

**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 III



JULIO-SEPTIEMBRE  
MCMLI

---

---

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

---

---

# **ESTUDIOS MONOGRAFICOS**



## El Derecho en peligro (\*)

LEONARDO PRIETO CASTRO

Catedrático de la Universidad de Madrid y Abogado de su Ilustre  
Colegio

El Derecho está en peligro, porque el concepto ideal del mismo, como valor permanente, no inspira la formación de los juristas, ni el Derecho positivo, ni la técnica de las leyes, ni la realización de éstas; y porque la conciencia jurídica del individuo se halla como embotada y no sabe reaccionar ante multitud de fenómenos de la vida jurídica moderna, que exigen una adopción de postura clara y definida para que, por encima de cualquier avar de los que sobrevienen, persista, incólume, el valor eterno del Derecho. Es decir, que hoy, más que nunca, no puede olvidarse que una cosa es el «Derecho jurídico» y otra distinta el «Derecho legal»: que, ciertamente—como se ha dicho hace poco—, junto a la Ley se halla el Estado; pero que también, y antes, al lado de la Sociedad está el Derecho, y por encima de la Sociedad, el individuo.

Concretamente, entre nosotros, no se ha producido una convulsión tan grande como la padecida tanto del lado de los que ganaron la victoria como de los que la vieron escaparse de sus manos; pero no por ello podemos permanecer tranquilos creyendo que nada de lo que fuera ha ocurrido nos es extraño. Que Alemania haya debido rectificar toda su trayectoria filosófica después de la catástrofe, parece un postulado. Ante el derrumbamiento del Estado como fuerza, creador de un sistema jurídico con el que el individuo ha visto caer, uno a uno, todos sus valores humanos e incluso los patrimoniales primarios, había que buscar otro sistema, refugiarse en él, invocando el último y el primero de los títulos que le restan: el ser hombre. De aquí por qué el esplendoroso renacimiento de la filosofía iusnaturalista en Alemania, en todas sus facetas, desde la tomista, con Petrascheck, por ejemplo, hasta la semipositivista, de Beyer, con las reservas de su *Warnung vor der ewigen Wiederkehr des Na-*

---

(\*) Conferencia tenida en la Universidad de Granada, el día 3 de abril de 1951.

*turrechts* (1947), aplicada incluso a la historia, como ha hecho Mitteis, el hijo del gran romanista alemán, con su obra de 1947. *Vom Lebenswert der Geschichte* (1947), un libro que llega al entusiasmo y patetismo de los humanistas, dentro de su corte profundamente científico; o Koschaker, con su estudio *Europa und das römische Recht* (1947), grandiosa exposición de la marcha evolutiva del Derecho del Occidente, donde el romano sería el factor aglutinante de toda la humanidad cristiana, como institución querida por Dios; e incluso la mentalidad misma de los rectores de la jurisprudencia práctica, que podrían sentirse ajenos a estos problemas, ha sido fuertemente influida por la atracción de la suprema entidad del Derecho natural, porque creen que también satisface los imperativos a que han de servir; y así, Weinkauff, en la inauguración del *Bundesgerichtshof* (el Tribunal Supremo de la Alemania Occidental), hace casi días, el 8 de agosto del año último, como Presidente del mismo, apuntaba que «no se podía predecir si el Tribunal entraría en el gran problema de nuestro tiempo, la antítesis entre Derecho natural y Derecho positivo», y agregaba que «sería una tarea hermosa, aunque difícil, partir de la base metafísica del Derecho, valorando los principios que incluso al legislador obligan, en contacto con la ciencia y las fuerzas culturales de la Nación».

Igual que los maestros se esfuerzan en inculcar esta mentalidad, y es un ejemplo el discurso que el Decano de la Facultad de Derecho de Frankfurt, Prof. Hallstein, pronunció en la apertura de la 38.ª reunión de los Juristas Alemanes hace muy poco también, el 14 de septiembre de 1950: pedía una ciencia jurídica que «descansase en el Derecho natural; en permanente coloquio para impulsar el progreso del Derecho y hacer de la política el arte de lo justo, igualmente anclada en el *Ethos* del Derecho». Pero también en el orden internacional, porque Geiler, hablando de la unidad jurídica de Europa, llegó a decir que «para superar la diversidad» era menester un «balance de las leyes concordantes», recalcando la significación que en esta labor de europeización «han de tener el Derecho natural y el Derecho romano». Incluso el caso de Nuremberg es juzgado desde un ángulo visual que puede parecer extraño, pero que no lo es en la trayectoria de humanización del Derecho, donde, el alemán se siente, ante todo, hombre.

Leemos en Haensel, bajo el significativo título «der Ausklang von Nürnberg»: «Los Tribunales de Nuremberg nos vuelven a enfrentar con el problema acerca de si el positivismo representa verdaderamente la conclusión última de la sabiduría y la cúspide de la Ciencia jurídica, o si, por el contrario, hemos entrado en una nueva época de cultura y con ello en un período que hemos de juzgar con nuevos criterios histórico-jurídicos, donde la práctica de los Tribunales se ofrecería como una argumentación que



no se basa solamente en normas jurídicas positivas y en su interpretación en el sentido del legislador» (1).

Goethe mismo es traído ahora a colación—y ello resulta natural—en el intento del Derecho de la nueva época: «El espíritu de Goethe alienta allí donde la tolerancia y la Humanidad son el impulso de la vida práctica. En Goethe se halla la fatiga y el esfuerzo que quieren asegurar la dignidad del hombre y la erección de una comunidad de Naciones presidida por la Ley moral, para cuya obra—¡no se ignore!—Nuremberg fué un fuerte pilar. Y si por acaso allí ocurrieron muchas injusticias, ahí está Goethe, que dijo: «Es preferible que se cometa injusticia contigo a que el mundo esté sin Ley» (2).

Algún país tan pragmatista, como Estados Unidos, se halla en estos momentos dominado por el ansia hacia un Derecho superior, abrumado por la angustia de que el simplemente legal no es en todo instante la única norma que puede lograr las aspiraciones éticas y morales de una sociedad sana. El senador Tobey, abrumado por la ola de inmoralidad que ha envuelto a algunos sectores de la vida americana, veía claro que no bastan, aunque sean muy importantes, graves penas para el perjurio y jueces investidos de grandes poderes, sino que hace falta una conciencia más recta, que se modela con la noción y la vocación de la moral jurídica, y hubo de exclamar pocos días hace, evocando al poeta Greenleaf Whittiers: «Solución no hay ninguna, si no es volviendo a la Ley de Dios.» Era la fórmula con que un honorable senador que no sabe de filosofía condensaba esta afortunada aspiración de nuestro tiempo.

Fórmula de un profesor alemán, como Würtemberg o Bayer, nos comunicarían con otra elocuencia y con profundidad europea: «No podemos hoy venir con los argumentos de Bergbohn para combatir al Derecho natural. Buscando el Derecho natural, el hombre obedece a un impulso muy serio: el hallazgo de un camino en esta indigencia espiritual de nuestra época. La resurrección de la idea del Derecho natural está hoy indisolublemente ligada con el intento de una renovación espiritual de la vida. El Derecho como fenómeno de la existencia social ha de soportar que, por lo menos dentro de ciertos límites, deba ser medido con unos módulos éticos. Y en tanto en cuanto a la idea del Derecho natural se asocie la vigencia de supremas máximas éticas, vinculantes para el hombre en el ámbito del Derecho, tal idea no podrá jamás ser desterrada de la filosofía del Derecho, ni siquiera de la dogmática jurídica» (3).

Con esto me limito a ofrecer algunas ideas salientes o reflejar el estado actual de la mentalidad jurídica germana del Occidente (que es casi toda la geográfica y la que intelectualmente

(1) Véase *Neue Juristische Wochenschrift*, 1949, págs. 367-8.

(2) En la misma Revista: *Goethe* (sin autor).

(3) Cfr. *Archiv f. d. zivilistische Praxis*, CL (1949), págs. 282-3.

cuenta), pasando por alto—porque el tema no es sólo esto—multiplicidad de obras, de conceptos y de construcciones que a diario están llegando a nuestras manos en este renacer, presentimiento de un novísimo humanismo jurídico. Es lo suficiente para mostrarnos el inmenso servicio que los juristas alemanes han prestado a la civilización occidental. El despecho y la desesperación tras la inmensa ruina pudo inclinarles hacia formas y concepciones que habían experimentado y que allí mismo, saltando una línea artificial, continuaban y continúan por desgracia existiendo. Pero la fuerza de la espiritualidad germánica les llevó a optar por el camino del optimismo, de la regeneración y de la más exaltada depuración de sentimientos, dándose la curiosa paradoja de que no han sido los poderosos vencedores occidentales quienes han debido prestar reservas morales a los vencidos, sino que, por el contrario, aquéllos parecen mostrarse necesitados del gran depósito del espíritu germánico (4).

Mas no todos los países europeos han tenido una reacción tan definida y tan categórica. Los factores que en ellos actuaron antes y después de la guerra eran distintos. Pero también es de tener en cuenta que su capacidad de pensamiento y de crítica ante el fenómeno del Derecho no es equiparable a la del pueblo alemán: no poseen igual profundidad de captación y de análisis.

De dos países principalmente podía esperarse una revisión de los valores jurídicos: Francia e Italia. La primera, bien aprovisionada económicamente, ha sentido poco la guerra, se halla entretendida en peligrosas experiencias sociales y sólo esporádicamente ofrece algún sintoma de preocupación por el trascendental problema. Los juristas franceses continúan entregados a su pragmatismo, con alguna obra aislada acerca de las nuevas direcciones que las realidades económicas imponen al Derecho. Su prestación máxima se halla en el existencialismo, que puede, según como se oriente, señalar caminos en esta marcha.

En Italia, donde siempre halló un fructífero cultivo la doctrina iusnaturalista no tenían tanta necesidad de revulsivos heroicos para remover su conciencia jurídica. Durante todo el período del fascismo poseyeron libertad para atacar los principios jurídicos en que esta teoría política se fundaba, por cierto no tan radicales como los germánicos de la anteguerra; crítica si no abierta al menos bajo títulos que indirectamente apuntaban hacia ellos: certeza del Derecho, seguridad jurídica, generalidad y abstractismo de las normas...

Mas, en definitiva, ninguna revisión a fondo; y es posible que su ancestral predilección por la fijeza y la seguridad del Derecho les aparte un tanto de una ideología, la iusnaturalista, cuya característica es el predominio de una fe sentida para ciertos valores y principios que, hoy por hoy, no están del todo definidos y me-

(4) Véase la trayectoria en los estudios y comentario bibliográficos de la Revista citada en notas anteriores.

nos escritos, es decir, algo discrepante de la fijeza y de la seguridad. Los italianos son predominantemente constructores técnicos del Derecho, y ahora continúan en esa empresa, la de su magnífica vocación tradicional, de tal suerte que en la elaboración doctrinal del Derecho, como ciencia y como técnica, han superado a los que en la Edad contemporánea les prestaron sus métodos, los alemanes; pero en el Derecho como filosofía, hoy están lejos de ellos.

De otros países, los anglosajones, no es preciso hablar. La vocación por los arduos problemas del espíritu no florece en climas de abundancia; las actividades intelectuales se ordenan principalmente a la valorización de sus riquezas; el Derecho es un material empírico más que un motivo de hondas especulaciones científicas y filosóficas; sólo sirve para una regulación positiva de problemas ordinarios de un vivir fácil, y, por consiguiente, una práctica jurídica de precedentes basta y sobra en esos pueblos. Sólo está por ver si esos países deberán formar filósofos que les enseñen los necesarios conceptos nuevos en Derecho, para caminar paulatinamente hacia los trabajosos sistemas jurídicos de la necesitada y superpoblada Europa continental; en vez de jueces creadores de la Ley habrá de formar legisladores que aprieten cinturones, como en esa Europa, donde ya ha entrado, y donde el discutir sobre el Derecho, su contextura, sus principios y sus categorías ha sido siempre una necesidad, y hoy más que nunca.

Nosotros, españoles y europeos, no estamos fuera de esta preocupación general, y todas las cuestiones que son sacadas a la luz del día como integrantes del gran problema que se formula y se intenta resolver bajo la advocación del Derecho natural, nos afectan y debe movernos a su acucioso examen, si queremos ser y tener juristas; porque no se es jurista en la formación de la juventud, explicando la Ley; ni en la profesión práctica, con sólo aplicarla; ni en el legislar, ideando normas casísticas o cláusulas generales según como el ocasionalismo pida. Ser jurista es penetrar en la esencia misma del Derecho, actuar con la abstracción y la hondura de pensamiento que se requiere para adquirir la verdadera conciencia del Derecho, lo que no exige precisamente ser un filósofo. No todo el mundo puede serlo; casi nadie lo somos. Es suficiente y necesario levantarse sobre el mecánico quehacer cotidiano de leer textos, aplicar artículos y entender las ordinarias lecturas acerca de alguna institución o faceta del Derecho práctico. En suma: tener una «idea» del Derecho más orientadora y útil para la vida individual de juristas y para el beneficio del Estado, que una versación muy amplia en alguna o varias de las ramas y tratados jurídicos.

Lector curioso de los derroteros de la ciencia jurídica, Profesor de Derecho, Abogado que no desdeña la llevanza de negocios judiciales en las instancias bajas para no perder oportunidades

de conocer a la vida y a los hombres, publicista de Derecho y hasta durante algunos años Juez contencioso-administrativo, he meditado mucho sobre todas las experiencias a que una actividad así múltiple nos somete, y me propuse dar forma a algunas de las ideas que me sugieren estas meditaciones, en confrontación con un panorama del Derecho que a grandes rasgos he trazado, con las limitaciones propias de esta oportunidad.

Desearía, ante todo, presentaros el espectáculo, peligroso para el Derecho, de las actuales generaciones de estudiantes que frecuentan las aulas universitarias, no sin adelantar la importante salvedad de que hablo en términos muy abstractos, dejando aparte los casos que difieren y son nuestro consuelo.

Evidente es que la Jurisprudencia, y hablamos de ella en su genuino concepto clásico de teoría jurídica—con Ulpiano—, es un menester que no se halla al alcance de todos: ninguna otra ciencia exige tantas dotes de generalización y de exquisitez intelectual como ésta para captar sus sutilezas, su complicada trama: su manejo es un operar con conceptos, sin contrastación con realidades vivas y tangibles, y aun aplicada a esas realidades sigue siendo sutil, volátil, escapadiza. Los romanos así lo entendieron, cuando no glorificaban a sus artífices que construyeran el circo máximo, la vía Augustea o el acueducto de Segovia, sino a sus juristas; y lo entendió el Rey Sabio, que no sólo creó un Código donde cada precepto lleva su propia exposición de motivos, como para ayudar a vencer las dificultades hermenéuticas del Derecho, sino que también a los maestros del Derecho y no a otros hombres otorgó el privilegio de ser y llamarse condes y de no hacer antepasados antes reyes y príncipes.

Pero es que no solamente una mayoría del alumnado jurídico está falto de aquellas dotes, sino que frecuentemente se envía a estudiar el Derecho a quienes no han podido vencer las dificultades de otras ciencias, y lo triste y lamentable es que terminan, con más o menos tropiezos, su licenciatura. Esto arguye que la enseñanza actual del Derecho no pone obstáculos para un estudio que pide las mejores inteligencias o, dicho con otras palabras, que no se enseña el Derecho con la extensión y profundidad que cerraría el paso a quienes no posean esa superior mentalidad. Parece como si existiese un acuerdo de reducir el contenido del Derecho y su enseñanza a lo indispensable para una práctica artesana. Y la idea de que así es y no de otra manera ha invadido de tal suerte a nuestra sociedad, que el alumnado se cree poco menos que víctima de rarezas y de drásticas exigencias cuando los Profesores se levantan sobre la superficialidad y la bagatela para presentar problemas, acuciar el sentido jurídico, mostrar la arquitectura íntima de las instituciones, criticar histórica y filosóficamente el Derecho positivo. Tedio y algún que otro ostensible bostezo son muchas veces la respuesta a los desvelos del Docente.

Las cosas no marcharían así si la Sociedad que recoge a esa

masa de Licenciados—cuando puede recogerla—, a los buenos y a los malos, pusiese un nivel más elevado. Es como si no se creyera con necesidad de juristas y que le bastan meros licenciados, administrativamente investidos del título, o, lo que sería peor, como si no le interesara distinguir entre unos y otros. El ingreso en las carreras jurídicas del Estado, no pide que se sea jurista; lo esencial es una amplia memoria para recitación, del modo «más brillante» — como dicen los adoradores de las «oposiciones» — algunos cientos de temas, y cuantos más temas haya habido que preparar y desarrollar, con superior sujeción a la letra, en tiempo «handicap», tanto mayor prestigio y estima, acreditados con una suma mayor de retribución económica. Evidentemente, esos «oposidores» son los que han de regir la vida política, económica, social, administrativa de la comunidad, y no son juristas, sino artesanos del Derecho, tienen deformada su mentalidad, perdido el menguado bagaje verdaderamente formativo que hubieran podido adquirir en la Universidad.

Acongojante en grado sumo es el cuadro que ofrece el ejercicio libre de la profesión de Abogado: para iniciarlo no hace falta ni siquiera algo parecido a aquellas recitaciones ni aprendizaje de ninguna especie. La deformación puede comenzar el primer día.

Sin duda alguna, en cada aula encontramos un grupo selecto, pero el ambiente presiona, salvo muy importantes excepciones, y contagia de una morbosa psicología que con dolorosa premura se adueña de nuestra juventud estudiosa: la del utilitarismo práctico, al que importan los beneficios materiales y no la verdadera sabiduría. Llevo varios años preguntando a los alumnos distinguidos, al comienzo de cada curso, si quisieran ser Profesores de Derecho o Jueces, y en muy pocos casos oí una respuesta afirmativa. Es menguado el rendimiento crematístico de esos puestos, aunque deban ser los preeminentes para la sociedad y el Estado, y no despiertan ya vocaciones.

De esta manera renunciamos a tener en futuras generaciones buenos juristas científicos, con grave peligro para el Estado y la sociedad: buenos legisladores y Jueces de Jurisprudencia que sean más que aplicadores automáticos dominados por el formalismo de unos preceptos inertes. Todas las calidades descienden. El riesgo que por ahí cela el Derecho es manifiesto y desconsolador.

Habremos, después, que dirigir nuestra mirada a la calidad de la Legislación y a su influjo sobre la sensibilidad jurídica. No podemos hacer figurar aquí un estudio acerca del formalismo del Derecho positivo, tema de superlativo interés doctrinal, porque no cabe duda que el legislador olvida muy frecuentemente que las normas jurídicas tienen un destino práctico al que con absoluta preferencia debe servir, procurando ante todo la asequibilidad de su contenido y la facilidad de su cumplimiento; hasta el punto de que con demasiada frecuencia no es el imperativo de la norma misma, sino la imperfección de su revestimiento lo que provoca

los conflictos jurídicos, para cuya solución se usa de la energía de los Tribunales, que deberían estar llamados a otras misiones más útiles: trátase de un aspecto de la técnica legislativa en el que no podemos ahora entrar. Como ejemplo podríamos citar hoy el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, sus anexos y concordantes y docenas de la Ley Arrendaticia Urbana y de su Novela de 1949.

También hemos de satisfacernos con una mera referencia a los dos vicios antagónicos que en el momento presente desfiguran al Derecho positivo. Son el sistema de cláusulas generales y su opuesto, el de casuismo atomizante. Tan peligroso es el uno como el otro para el Derecho; el primero, porque atenta contra su certeza y su seguridad; el segundo, porque lo esteriliza a fuer de quererlo fijar y amartillar. Después de lo que hemos dicho en oportunidad anterior—confrontando el postulado del Derecho natural con la seguridad jurídica—, debemos concluir que ni uno ni otro sistema son satisfactorios.

Las cláusulas generales fueron siempre usadas por el legislador. Ahí están los dos artículos más importantes del derecho de obligaciones, el 1.255 y, sobre todo, el 1.258 del Código civil, que con la invocación de la moral y el orden público, la buena fe y el uso, como ya hace milenios, difícilmente permitirían que ningún progreso o creación del comercio de los hombres pueda hallarse huérfano de sanción jurídica. Pero ello no debe confundirnos: el uso de reglas o máximas de experiencia o de «standards» jurídicos todos sabemos que es común y necesario para el legislador, el cual habría de construir leyes aún más interminables que las actuales si hubiese de definir todos los conceptos que necesita emplear. No se trata, pues, de esto, sino del uso deliberado de tales cláusulas generales, como una regla del legislar; y no se requiere decir más de cuanto, por ejemplo, Hedemman ha escrito sobre este problema de nuestro tiempo, en el que con el uso de tal sistema veríamos tantas leyes distintas como jueces aplicasen las normas así concebidas, según recogimos en los trabajos 67 y 68 de «Estudios» (5). Pero no debemos terminar este párrafo sin aludir a la peor amenaza que en ellas se envuelve: su empleo en el orden penal y, sobre todo, cuasi-penal novísimo, que lleva a las condenas por analogía en un ámbito donde la precisión de los tipos es una exigencia que ni siquiera admitiría su debilitación por ideales de orden supranormativo. De ahí por qué no sea posible prestar conformidad al modo de enfocar el estudio del «Derecho penal económico» de nuestra época, que no hace mucho adoptó nuestro querido colaborador el Fiscal Jiménez Asenjo.

A la inversa, el sistema de casuismo no es ni satisfactorio para el jurista, ni beneficioso para los particulares, ni facilitador para el trabajo jurisdiccional.

La necesidad de recoger hechos, derivaciones, peculiaridades,

(5) PRIETO CASTRO: *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*. II, 1950.

casos con multiplicidad de facetas, compele al uso de una técnica redactoria que obstaculiza la comprensión y acaba por llevar irremisiblemente las cuestiones a los estrados de la Justicia, donde ésta no siempre llega a descubrir lo que quiso el legislador casuista; y como con esto hay que contar, surge el temor de que los casos de la vida real tuviesen una solución distinta en cada distrito judicial—es decir, el fracaso completo de las normas—, y entonces se trata de lograr una unidad hermenéutica, encomendando un último conocimiento al Tribunal más elevado, cuyo cometido—que con otro sistema sería evitable—en tales supuestos es el que vamos a contemplar en seguida.

Piénsese en ciertos tipos de leyes de esta factura, ofreciendo a cada paso el impedimento de una permanente adjetivación adverbial, con todas las gamas y clases de adverbios; en leyes que construyen en su cuerpo normativo excepciones, a excepciones contenidas al margen de ellas, en otras disposiciones agregadas que suelen llamarse «transitorias», equivocando el concepto que de la transitoriedad de las reglas jurídicas tenemos adquirido. Y puesto que estas leyes son Derecho para la vida, desde luego legal, ya que no conspiren contra él, lo embarazan con perjuicio de los ciudadanos.

El legislador tiene el deber de hacer frente a las complicaciones de la vida moderna, haciendo por superarlas, pero a condición de que la inteligencia y el estudio le permitan huir del vicio de las situaciones excepcionales, esto es, refugiarse en la comodidad del arbitrio fácil de ambos extremos, casuismo enervante y generalizamiento arriesgado. Por esa ruta, que elude la improvisación y la falta de estudio, le sería dado captar, definir y clasificar los múltiples y variados intereses individuales y sociales, dispensando conscientemente la tutela merecida. Claro es que así no sólo se postula un legislador sabio y prudente, sino también un plantel de jueces que monopolicen el talento de las naciones, el más alto nivel en la escala social y la falta de miedo por la abundancia de medios.

Pasamos aquí a dar muy pocas pinceladas respecto del trabajo jurisdiccional. Anticipemos que si hubiésemos de elegir entre el predominio de la norma abstracta y la creación de disposiciones para el caso concreto por el Juez, postura esta última que, para la teoría y la práctica del Derecho, se discutió ampliamente hasta el final de la guerra, bajo el calificativo de *Rechtsfindung*, cualquiera de nosotros, por resguardo, se inclinaría hacia la norma general y abstracta, incluso los mismos Jueces, sin mayores comentarios ni necesidad de excusas para nadie, porque salvo el paréntesis de la *Rechtsfindung* a que acabamos de aludir, se trata de una preferencia ancestralmente justificada y experimentada.

Por tanto, sobre el Juez, la Ley. Pero cosa distinta es que el legislador sea de mentalidad de que la Ley es todo y la Jurisdicción y el Juez nada o muy poco y que, como correlato, en tal

exigüedad el Juez no necesite preocupar grandemente al Estado ni a la sociedad; no preocupe en el elevadísimo grado de formación que deba serle exigible, ni en sus preeminencias, ni en su estatuto superior de vida. El círculo vicioso ha de romperse con la afirmación de que las leyes normales piden Jueces que las sirvan con superior intensidad y altura en su cometido propio, porque deben y pueden así aplicarlos. El Juez será algo más y la Ley algo menos, sin despertar temor de errores, de injusticia, de ilegalidad, esto es, garantizando cuanto de la función jurisdiccional depende y se espera.

No sé cuántas cosas diría entrando en este tema, que es de los aquí simplemente apuntados para sugerir ideas y provocar meditaciones, pues no sólo lo que se expresa vale, sino también lo que se calla, y de esto escribió algo Horacio y saben mucho los Jueces que aquí por aventura escuchen y todos los Jueces que en el mundo haya.

Se me ocurriría, por ahora aportar comprobaciones vulgares de la vida cotidiana, pero vulgaridades reguladas y patrocinadas por las leyes y que son subsumibles bajo el juicio que puede formarse un lector leyendo a un jurista tan eximio como Heinrich Triepel, cuando, al hablar del estilo del Derecho, con fines de investigar su estética (6), sugiere: «Después de tantos años de constantes mutaciones legislativas, la Jurisprudencia ha temido que ocuparse de un montón de problemas pasajeros y dudosos en su fondo que no dejan margen para la meditación serena sobre el valor permanente del Derecho, con el peligro de que ella, en lugar de ser un arte, degenera en artesanía, técnica o táctica del «Sich-Irgendwie-Zurechtsfinden», esto es, «salir adelante como se pueda».

Creemos, no obstante, que el mayor de los peligros para el Derecho está en el positivismo de emergencia. Pensando en éste nos representamos un panorama mundial como hasta aquí, sin alusión concreta a ningún país y es sólo materia para un comentario científico, dejando a salvo la significación imperativa de las normas de emergencia, que piden acatamiento en cuanto son tales y ni siquiera hace falta decir que no se pone ahora en tela de juicio. El derecho emergente no es un peligro en sí mismo, porque sin duda es necesario, sino en sus efectos reflejos.

Puede admitirse incluso que también, fuera de las Jefaturas Supremas de las Naciones, por órganos y autoridades que esencialmente carecen de potestad normativa, se dicten disposiciones donde, con la facilidad de una simple Circular número tal o cual, o una Orden interna de servicio o, más simplemente aún, sancionando un caso particular, queden derogados media docena de artículos de un Código penal, quince de otro Mercantii y algún título de cualquier Código civil que rija en un país cualquiera, o que se

(6) TRIEPEL: *Vom Stil des Rechts. Beiträge zu einer Aesthetik des Rechts* (1947). Cfr. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1949, pág. 100.



cancelen determinadas garantías primarias de orden procesal. Para eso es derecho emergente y hemos de permitirle tantas desviaciones, las cuales, a la luz de un Derecho superior confrontativo, no sólo no nos gustarían, sino que las repudiaríamos. El Derecho emergente es el tributo que el mundo occidental paga por y para salvarse de la injusticia y el desorden como dogmas, de la inseguridad como principio de vida, de la hosquedad y la desconfianza como signo de la relación entre los individuos; y querríamos seguir pagándolo si es la consecuencia de nuestra defensa contra todo eso y la prenda para continuar evitándolo. Empleo esta fórmula para la interpretación del derecho legal de emergencia, que siempre me pareció muy difícil de calificar y situar dentro de un concepto jurídico del Derecho.

Lo que importa, por tanto, es considerar el valor de la adjetivación emergencia = transitoriedad, circunstancialidad, no abandonar el deseo de que por la total eliminación de las causas desaparezca el efecto.

Y esta idea debe presidir la mentalidad del legislador, de suerte que no será justo persistir en el vigor de una disposición circunstancial que repugne a la conciencia jurídica media formada en un estado de normalidad, si ya no existe ninguna razón que la legitime.

Cuanto antes hay que suprimir las normas innecesarias de esa clase, evitando factores de influencia nociva indirecta.

Los efectos reflejos más graves son éstos.

La Administración se encastilla excesivamente en una postura de predominio, con menoscabo de otras potestades del Estado. El Estado coadyuvaría a que la función jurisdiccional adquiriese la sensación, difusa, de una inferioridad, y entonces o se relajaría la conciencia de la propia importancia, pudiendo degenerar en la pérdida total de las prendas jurídicas y morales que la elevan a la cúspide de las actividades públicas, o si intenta sobreponerse podría incurrir en la desviación de aceptar una mentalidad administrativizada. El individuo, puesto que las normas de emergencia le vigilan en exceso, adquiere el hábito de sortearlas y—no pudiendo diferenciar entre unas leyes y otras—acabaría siendo un burlador impenitente de todas las leyes, fugitivo de la ética, de difícil acomodación a la normalidad. Pero todavía está lo más grave: el jurista (incluyendo al Juez) corre el riesgo, si por acaso no posee convicciones profundas y una formación muy sólida, de bastardearse.

Antes de seguir más adelante conviene hacer un distingo de mucha importancia, y es a saber que únicamente nos estamos ocupando del Derecho emergente de carácter privado o que atañe a las relaciones que interesan a los particulares, dejando aparte el administrativo, como tal, y el político.

Verificada esta delimitación, nos es lícito afirmar, como prin-

cipio, que las causas determinantes del derecho de emergencia son casi exclusivamente económicas, y se trata de ver hasta qué punto la Economía impera sobre el Derecho y en qué medida pueda dominarlo y sojuzgarlo. Sería absurdo que a fuer de juristas, quisiésemos fundamentar un Derecho desligado de la Economía. Como un término medio hemos de admitir que entre ambas categorías existe interdependencia.

El Derecho, pues, tiene ligamen con la Economía, y además indiscutible. Pero, ¿esta vinculación indisoluble ha de admitirse para todas las manifestaciones y todos los fenómenos económicos? Creemos necesario una respuesta negativa.

Sin embargo, en el campo de los juristas nos parece sorprender cierta desviación. Su capacidad creadora se realiza extraordinariamente cada vez que, con afanosidad, se aprestan y consiguen edificar la estructura jurídica que recoge las realidades económicas para las que el Derecho al uso no está preparado o carece de soluciones. Si hace sólo esto, no está cumpliendo su cometido; pues lo malo es que los juristas se limiten a crear esos arbitrios remediadores sin detenerse en calificarlos a la luz de una juridicidad pura, porque entonces no hacen más que encadenarse, marchando a remolque de la Economía. Exempla docent: No negamos que la cláusula «rebus sic stantibus», o lo que aquí llamamos «amparo judicial de los contratos» (trasladando al castellano la fórmula alemana "Vertragshilfe des Richters", o la posibilidad y necesidad de hacer un estudio independiente de los contratos de autorización administrativa (también adaptando el concepto germano de «Verträge mit verwaltungsrechtlicher Genehmigung») o cualesquiera otras apariciones análogas, deban estar a disposición de la doctrina y de la práctica jurídica moderna, como ya lo estuvieron, si no en todo, al menos en parte, entre los romanos para ciertos casos y determinadas circunstancias.

Distinto es rendirse a la idea de que la cláusula, y el amparo y la autorización hayan de ser para siempre instituciones del derecho de las obligaciones, como si fuesen conquistas sustanciales y definitivas del Derecho, el cual habría de asumirlas como un fondo de sus dominios, sin el que no puede pasar, de tal suerte que la fórmula de máxima libertad y seguridad, del art. 1.258 del Código civil («desde entonces—consentimiento—obligan... al cumplimiento de lo expresamente pactado») pudiera estimarse deseable y aún fatal que se convierta en letra muerta.

No es eso; no es una fatalidad que el Derecho deba sacrificarse o morir eternamente en obsequio de la Economía. Mientras no se dé un imperativo contra el que no quepa resistencia, hemos de luchar por la primacía del Derecho. Porque en el fondo, la subordinación del Derecho a la Economía en una crisis o coyuntura cualquiera, implica un atentado contra los derechos subjetivos del individuo. El Estado, ante el conflicto que se le plantea

entre las dos categorías, opta por el sacrificio de la jurídica. Es mucho más cómodo, por ejemplo, suprimir la libertad de comercio, en momentos de escasez, que poner los medios para eliminarla o atenuarla por lo menos; cuesta menos esfuerzo dejar sin efecto retroactivamente una situación cualquiera del tráfico económico-jurídico que lograr la noción anticipada o previsión de los acontecimientos futuros. Nadie—es cierto—aplaudiría hoy al Código civil con su media docena escasa de preceptos acerca de la relación de trabajo; pero sólo la deformación de la mente de los juristas, acomodados al «derecho-legal» de emergencia puede ser un impedimento para añorar la completa vigencia de cuantos preceptos hay en ese Código y en la ley de Enjuiciamiento civil acerca del contrato de arrendamiento de fincas urbanas, creyendo que sea un fatalismo el vivir para siempre con las leyes arrendaticias emergentes de tan larga duración ya; o que hoy sean anacrónicos preceptos como el del art. 480 del primero de esos cuerpos legales, donde se otorga al nudo propietario el derecho a la resolución de todos los contratos celebrados por el usufructuario para recibir la cosa libre de cualquier gravamen. La vuelta al Código civil no es el deseo de un trastocamiento de los criterios tutelares de la legislación de emergencia, sino el postular un estado económico normal, perfectamente asequible con el esfuerzo de la Política rectora de la legislación y de la Administración. En suma, no se pretende, poniendo un ejemplo vulgar, que el propietario pueda dejar al cielo raso a su inquilino, sino una situación donde a éste le sea dado hallar otro albergue en la acera de enfrente, o donde el colono encuentre con relativa facilidad nuevas fanegas de tierra regable. Actualmente, la presión de una economía desarreglada rompe con demasiado rigor el equilibrio de dos posturas contractuales que, a la luz del Derecho, que queremos salvar, merecen una tutela menos dispar, y que difusa o abiertamente conspira contra iniciativas que serían coadyuvadoras del retorno a la normalidad.

En cierta medida, bastante de lo expuesto nos descubre un fenómeno de descarnado formalismo jurídico, es decir, hay una vestimenta que se dice jurídica, pero carente de contenido de Derecho.

Ahora, como último tema a esbozar, figura otro formalismo claro y evidente, constituido por la superestructura procesalística del «derecho legal», o, mejor, superestructura procedimental, que conspira contra la facilidad de la Justicia y, en definitiva, contra la efectividad del Derecho.

Parecerá extraño que quien ha de cultivar con preferencia el Derecho procesal sienta una afirmación de esta clase. Pero quisiera decir que precisamente por ello. La cotidiana observación de los acaecimientos procesales, con una doble actitud de especialista y de profesional ejerciente, permite ver con otra luz el cuadro del procedimentalismo actual.

Los principios y garantías procesales han sido en todos los tiempos el índice sensible de la Cultura y de la Civilización jurídica, y, salvo los reparos que cada sistema admite, no cabe duda que en esta rama del Derecho se ha conseguido un extraordinario progreso, y que la mentalidad actual está en condiciones de idear un sistema con todas las perfecciones que el hombre puede conseguir.

Su panorama, empero, hoy por hoy, no es completamente satisfactorio desde el punto de vista científico ni menos en el aspecto legislativo.

Extraño al tema de esta conferencia sería un repaso histórico sobre las características de su desarrollo en la última etapa, que es la de su configuración como ciencia jurídica, desde el último cuarto del siglo pasado y lo que va del presente. El Derecho procesal pasa en ese tiempo desde el burocratismo procedimentalista hasta la más refinada precisión de conceptos en un ámbito doctrinal y en el de los códigos; ahí están, como ejemplo vivo, toda la teoría de sabios juristas que en Alemania, después en Italia y más tarde en otros países, le han conferido la dignidad de una doctrina científica; y ahí están igualmente los Códigos alemán (1878) y austríaco (1900) y hace poco el italiano (1940), que son el precipitado legislativo de una labor de investigación histórica, dogmática y constructiva merecedora del máximo galardón, puesto que han contribuido a hacer menos larga y engorrosa la vida práctica del Derecho y a estimular el comercio y el crédito por las garantías que les prestan.

Y no del todo necesario es, consecuentemente, decir que en el laborar para la creación de un Derecho procesal como ciencia jurídica independiente de las ramas jurídicas materiales o sustantivas, su doctrina ha incurrido quizás en exceso, que ahora, cuando a la cabeza se coloca la protección del derecho subjetivo, nos ha sido dado contrastar más claramente. Valga por todos los ejemplos aducibles, el de la acción. El esfuerzo máximo que la Ciencia procesal ha hecho desde que lucha por su sustantividad como tal Ciencia, lo dirigió hacia la absoluta separación del concepto de acción, y cuantos me escuchan saben que no existe en Derecho procesal un problema acerca del que tanta literatura se haya producido. Se quería un concepto de la acción que rompiera y nada tuviera que ver con el derecho subjetivo que se trata de proteger en el proceso. Salvo sobre ciertos puntos, hay tantos conceptos de la acción como autores. Y esto, ¿por qué? Simplemente, porque es imposible trabajar con una definición vacía, con un concepto formalista. La acción, sin estar referida al derecho material que tiene o se pretende por el justiciable que tiene tras de sí, no es nada. Pueden observar mis amables oyentes la amplitud de la rectificación a que he llegado. Efectivamente: Si no estoy dentro de la definición de Celso, poco me falta.

La Ciencia procesal no ha conspirado deliberadamente para

hacer una doctrina de conceptos formalistas, más nociva que el procedimentalismo burocrático contra el que ha combatido tantos años; es demasiado valiosa su aportación al Derecho para que podamos permitirnos semejante juicio. Lo único que hemos de reprocharle—y ya estamos en el centro de nuestro tema disertatorio—es haber dedicado sus mejores energías al empeño independizador a que antes nos referíamos y, en cambio, y precisamente quizás por esto haber descuidado un profundo examen: Que el Derecho procesal y el juicio y el procedimiento no son fines en sí mismos, sino instrumentos al servicio del Derecho; de donde la misión propia suya deba ser—con la conciencia permanente de esa servidumbre—despejar el camino, facilitarlo, apartando cuanto lo obstaculice y no sea absolutamente necesario. Los problemas acerca del tratamiento de los presupuestos procesales y de las excepciones dilatorias, del formalismo, en general; de las facultades del Juez en un sistema de justicia rogada o inquisitiva, y de la cosa juzgada y su intangibilidad o variabilidad, que son los impedimentos más graves con que tropieza la persecución y la defensa del Derecho, están sin resolver, al menos en los sistemas continentales, y ni siquiera en el Código más perfecto, el de Klein en Austria.

Pero esto no tiene nada de particular que—excepto algunos laborantes del Derecho procesal, entre los que no tengo más remedio de incluirme—los procesalistas estén dejando sin examen ni crítica ciertas realidades del Derecho procesal positivo, que vienen a ser el último de los peligros que amenazan al Derecho de que se trata.

El legislador, fuera de la doctrina científica o a despecho de ella, está imponiendo un tributo muy difícil de soportar a los ciudadanos. Cuando legisla, da la impresión de que se inspira en tantos criterios diversos como redactores concretos de cada ley hayan intervenido. Tergiversa y crea confusión en el léxico tradicional. El Juez, según la escala en que actúa, para iguales negocios, que sólo se diferencian por su importe económico, posee distintas facultades de instrucción, y ha de soportar una carga más o menos pesada de responsabilidades. El particular tiene aseguradas las costas del vencimiento o ha de pechar con ellas según la clase de justicia de que se trate (municipal o no municipal) por virtud de innovaciones que no pueden ser parciales dentro de un mismo sistema jurídico, afectando sólo a determinados grados de la Justicia. El Justiciable se coloca a diario en el trance de soportar dos instancias y un recurso superior para que, al final, en muchas ocasiones, se le diga que el procedimiento elegido no era el adecuado, y vuelta a empezar. Indudablemente se impide la Justicia con hacerla depender de cauciones cada vez más frecuentes y de depósitos que no pueden ser condición de la tutela jurídica, incurriéndose en antipopularidad. Y el profesional puede hallar la sorpresa de que, por el sistema de remisiones de unos

tipos de procedimientos a otros, «rem perdit» porque no previera la posibilidad y, por ejemplo, ya no quepa petición de prueba. Imperfecciones y anormalidades, en suma, que conspiran contra la efectividad del Derecho y que el ciudadano, a cuenta de quien todo esto va, nunca podrá comprender.

Y es que no es el proceso para el proceso, sino el proceso para el Derecho y para la Justicia.

# Ex-arrendamientos<sup>(1)</sup>

IGNACIO NART

Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. DETERMINACIÓN DE LA BASE OBJETIVA. — A) Concepto de finca urbana.—B) Concepto de finca rústica.—C) Concepto de vivienda.—D) Concepto de los otros locales.—E) Concepto del local de negocio.—a) Local de negocio con vivienda.—b) Vivienda con negocio.—F) Concepto del local industrial de espectáculos.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS SITUACIONES «ARRENDATICIAS».—A) El arrendamiento de estas cosas hasta el Código civil.—B) En el Código civil.—1) Significado de la Lex Emptorem.—2) La posibilidad del subarriendo.—3) La adquisición inmediata de los frutos.—IV. EL ARRENDAMIENTO DE ESTAS COSAS EN LAS LEYES ESPECIALES.—A) *La normación legal del contrato originador.* a) Sobre fincas urbanas (alquiler obligatorio, desdoblamiento de la renta de viviendas amuebladas e inmovilización de la renta.—b) Sobre fincas rústicas (revisión y estabilización de la renta).—B) *Los efectos reales de la situación originada.* — 1.º *La prórroga forzosa.*—1) En el régimen de la L. A. U.—a) La «sucesión» en el inquilinato.—b) La subrogación del consocio.—c) Excepciones a la prórroga.—a') La necesidad de la vivienda.—b') La necesidad del local de negocio.—2) En el régimen de la L. A. R.—a) Frente al propietario.—a') Colonatos especialmente protegidos.—b') Restantes colonatos agrícolas.—c') Restantes colonatos pecuarios.—b) Frente al adquirente.—c) La muerte del colono (sucesión).—2.º *Facultad de preferente adquisición* (naturaleza jurídica).—a) La regulación en la L. A. U.—b) La regulación en la L. A. R.—a') Retracto común.—b') Retracto especial.—c') Retracto conjunto.—c) Situación del adquirente por retracto.—3.º *Goce exclusivo y excluyente.*—4.º *Disponibilidad.*—a) La cesión de la vivienda.—b) El subarriendo de la vivienda.—c) El traspaso del local de negocio.—d) ¿Cabe el traspaso gratuito o donación del local de negocio?—e) El subarriendo del local de negocio.—f) La cesión y el subarriendo del colonato.—5.º *Poder directo sobre el edificio reconstruido.*—V. CONCLUSIONES CRÍTICAS. — 1) ¿Está desvirtuado el arrendamiento?—2) ¿En qué se diferencia de la enfiteusis?

## I. INTRODUCCIÓN

La tradición romanística ofrece al Derecho moderno una noción tan amplia del arrendamiento, que en ella se comprenden múltiples y diversas figuras contractuales. Objeto del arrendamiento

(1) Después de terminado este trabajo llega a nuestras manos la magnífica monografía de VALLET GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio*, cuya introducción se muestra partidario de la concepción realista de este derecho con razonamientos coincidentes en muchos puntos a los nuestros.

miento lo puede ser una cosa, los servicios de una persona o la actividad de esta misma, en cuanto va encaminada a la producción de un cierto resultado.

A estas tres variedades corresponde la clasificación del Derecho romano en arrendamiento de cosas, de servicios y de obra.

Ahora bien: el esfuerzo sintético que exige la inclusión de tipos contractuales tan heterogéneos en un esquema general, como son los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas, de cosas muebles de derechos, de explotaciones mineras, de establecimientos mercantiles, de trabajo, de prestaciones de obras, etc., suscitó una corriente científica que propugnaba la meta distinción de tales figuras, sujetándolas a disciplinas independientes, ya que aquella unidad conceptual sólo era defendible en un estado menos progresivo de las relaciones económicas y sociales.

Esta lección doctrinal fué acogida por las legislaciones más científicas y recientes.

El *Código alemán* regula con entera independencia el contrato de servicios o de trabajo (*diensvertrag*) y el de obras (*werkvertrag*); y del arrendamiento de cosas hace dos tipos: el alquiler de fondos urbanos y de cosa muebles (*miethe*), y el arrendamiento de fincas rústicas y derechos (*bacht*).

El *Código suizo* disciplina también con autonomía la locación de servicios (*contrat de travail*) y el de obra (*contrat d'entreprise*); y del arrendamiento de cosas hace también dos figuras: el de uso (*bail à loyer*) y el de uso y disfrute (*bail à ferme*).

El *Código civil español*, siguiendo la tradición romanista antes aludida e imitando al Código francés y al italiano de 1865, continúa fiel a aquella unidad conceptual del contrato de arrendamiento, distinguiendo bajo su rúbrica general, los arrendamientos de cosas, de obras y de servicios.

Pero el imperativo de las nuevas condiciones sociales y económicas ha logrado, al través de una legislación especial, la perfecta diferenciación de tales figuras contractuales, cuyos principios y naturaleza jurídica son, desde luego, distintos.

El panorama legal español «extra vagante» del C. c. se contiene en las leyes de Arrendamientos *rústicos* de 1935 (modificada y desfigurada por varias disposiciones posteriores, faltas de toda sistemática, que en ocasiones hacen difícilísima la determinación de lo vigente y lo derogado), y de Arrendamientos *urbanos* (también modificada por otras posteriores), en las cuales se contiene la regulación de *seis situaciones* distintas: del colonato y de la aparcería en cuanto a las *fincas rústicas*, y del inquilinato de viviendas y de la locación de locales de negocio, de otros que no son ni lo uno ni lo otro, y de locales de espectáculos, en cuanto a las *fincas urbanas*.



## II. DETERMINACIÓN DE LA BASE OBJETIVA

Importa, pues, una previa determinación del ámbito objetivo de cada situación y aun antes de lo que a los efectos de ellas es finca rústica o urbana.

A) *Concepto de finca urbana*.—La ley de 31 de marzo de 1947, titulada «de arrendamientos urbanos», contiene la regulación de las situaciones arrendaticias recayentes sobre *viviendas y locales de negocio* y otros locales que no son ni lo uno ni lo otro.

Excluye expresamente de su ámbito (artículo 4.º) a los arrendamientos de *industria*; y si bien el de *locales de espectáculos* queda sometido a la prórroga obligatoria y a su régimen de excepciones, ello es una incidencia y no materia propia de la ley.

El legislador aprovechó la ocasión de ésta para dar un régimen o estatuto a tales arrendamientos que, por su materia, están fuera del *espíritu* animador de la L. A. U.: *el aseguramiento de dos cosas de primera necesidad* para la vida del hombre: la vivienda familiar, como *sede del hogar*, y el local de negocio, como *sede de la Empresa* u organización económica del trabajo.

Este espíritu marca el ámbito objetivo de la aplicación de esta ley.

Aunque el artículo 1.º comienza diciendo que «el arrendamiento que regula esta ley es el de *fincas urbanas*», tal dicción no sirve más que para excluir de un modo tajante a las *fincas rústicas*, que siguen sometidas a la confusa legislación compuesta, principalmente, por las leyes de 1935 y 1942.

La *calificación de una finca* en rústica o urbana es una cuestión de hecho, que el Juez apreciará libremente, sin que a ello le ligue la apreciación que hubieran hecho las partes en el contrato originador de la situación.

A nuestro juicio, más que el «destino», el criterio diferencial es el *objetivo*: será finca *rústica* la que produzca *frutos naturales*, y *urbana* la que no pueda producir más que *frutos civiles*, es decir, rentas, dinero.

Es cierto que la finca rústica arrendada produce también frutos civiles para el propietario; pero, en definitiva, ello se debe a una conversión de los frutos por negocio jurídico. O sea, que las fincas rústicas producen frutos naturales y que las urbanas sólo proporcionan directamente la utilidad del goce, pues para producir exigen un negocio jurídico de conversión de la utilidad en frutos civiles.

Siguiendo este criterio, las situaciones confusas se resolverán más fácilmente, porque en las fincas que pudiéramos llamar «híbridas», siempre predominará un dato objetivo: será más importante la parte directamente productiva que la productiva por conversión (o viceversa).

En el fondo, este es el criterio consagrado en el artículo 3.º.

cuando dice que: «se presumirá, salva prueba en contrario, que el objeto principal del arrendamiento es la explotación de aquel predio (donde haya una edificación), cuando la contribución territorial de la finca, por rústica, sea superior a la urbana».

Pero, ¿a qué se referirá la prueba en contrario? Si lo pensamos como una determinación contractual de la finalidad, ésta influirá decisivamente, al través de la determinación del tipo de finca, en la legislación aplicable: y, ¿puede hacerse depender la aplicación de una u otra ley de la voluntad privada?

A nuestro entender, la prueba en contrario ha de referirse a que, *objetivamente*, es principal la parte edificada del predio con relación a la cultivable, o sea, a la falta de correlación de la imposición tributaria con la realidad.

El índice tributario es, pues, una presunción de principalidad y accesoriedad; pero la realidad de éstas prevalecerá sobre aquél.

Excluida con la frase «fincas urbanas», la aplicación de esta ley a las rústicas, el mismo artículo 1.º constriñe seguidamente su ámbito objetivo de aplicación, dentro de éstas, a las *edificaciones habitables*, excluyendo, por tanto, a los *solares*, cercados, etcétera, aunque sean objeto de contrato con fines industriales, como dedicados a secaderos, parques de atracciones, etc.

La locución «edificaciones habitables» hemos de entenderla referida, sin embargo, a una habitabilidad en sentido muy amplio y no en el concreto que tiene, por ejemplo, para la Fiscalía de la Vivienda; porque la comprensión legal de los *depósitos* y *almacenes* (artículo 10), nos indica una idea mínima de *cobijo*, como indudablemente son aptos a tal efecto esos locales para el alojamiento, por ejemplo, de unidades militares en maniobras o en operaciones de guerra.

Habitabilidad se refiere, pues, a *edificación con techumbre*; se ha dicho muy bien que la idea mínima del hogar es un fuego, a cuyo alrededor se reúne una pareja humana con sus hijos, recogido o abrigado por unas paredes y un tejado.

Pero la *necesidad* de la vivienda y del local de negocio sólo es tal cuando constituyen las sedes el hogar y de la Empresa; es decir, cuando se da la circunstancia de la *permanencia* del hombre en el lugar geográfico donde se fija, donde *reside*.

Y como la L. A. U. no quiere proteger *conveniencias* sino *necesidades*, excluye de su amparadora regulación, en su artículo 2.º, a los arrendamientos llamados «*de temporada*» (de verano en unos lugares y de invierno en otros), donde la necesidad de la vivienda no es tal, sino comodidad; y donde el local de negocio no implica continuidad comercial e industrial, sino *ocasión* de mejor y extraordinario lucro: es decir: *donde la vivienda y el local de negocio no son sedes, respectivamente, de la familia y de la empresa*.

Vivienda y local de negocio son los dos objetos concretos de la regulación protectora de la ley.

Pero aquella su distinta función marca fuertes consecuencias en su régimen, hasta tal punto que puede decirse que esta ley contiene cuatro regulaciones distintas, que son cuatro leyes, en cuanto que disciplina de un modo divergente las cuatro situaciones.

B) *Concepto de finca rústica*.—La determinación del concepto de finca rústica es fundamental para fijar el ámbito de aplicación de cuantas leyes, desde 1935 hasta hoy, tratan de ordenar las situaciones arrendaticias sobre ellas.

Tal concepto podemos formarlo a base de los criterios de inclusión señalados en la ley de 1935 y de los de exclusión contenidos en la L. A. U.

Según el artículo 2.º de la ley de 1935, se considerarán rústicas las fincas cuyo disfrute o aprovechamiento se ceda para una explotación agrícola, pecuaria o forestal, con inclusión de las construcciones o edificaciones en ellas enclavadas, a menos que éstas se exceptúen en el contrato.

Y frente a esta determinación positiva, realiza la negativa excluyendo:

- 1) Los solares edificables, enclavados en un núcleo urbano o en sus planes de ensanche.
- 2) Los terrenos accesorios de edificios, cuya accesoriedad resultará de su valor inferior con respecto a las edificaciones.
- 3) Las tierras que, por su proximidad a poblaciones, puertos, carreteras o estaciones, tengan un valor en venta superior al duplo del que normalmente les correspondería, de no darse aquellas circunstancias.

A pesar de la aparente inclusión como rústicas de las fincas destinadas a explotaciones forestales (y que, indudablemente, lo son a los restantes efectos civiles e hipotecarios), el artículo 1.º de la misma ley de 1935 sujeta exclusivamente a su ámbito las situaciones creadas sobre fincas rústicas «con el fin de dedicarlas a la explotación agrícola o ganadera», sin mencionar ni referirse para nada en el resto de su articulado a las de dedicación forestal, por lo que los comentaristas (Royo, Trat. Arr. Rúst., pág. 227), entienden, con razón, que las fincas de explotación forestal no están sujetas a esta especial legislación (inadaptable, por lo demás, a ellas), y que, por lo tanto, se habrán de regir por la legislación civil, común y foral.

Pero el ámbito de aplicación de la legislación especial del colonato no se integra solamente con datos objetivos, sino subjetivos también.

Quedan excluidas de ella, por imperio del párrafo final del artículo 1.º de la Ley de 1935, las relaciones creadas «entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción, como igualmente los (contratos) celebrados entre colaterales de segundo grado».

Publicada la ley de 1942 se ha entendido por algunos que sus términos generales borran esta excepción. Pero tal ley, como

las de 1940 y 1941, son accesorias y reformadoras de la sustancial en materia de arrendamientos rústicos, que es la de 1935, a la que solamente derogan en aquellos puntos que señalan expresamente o que están en contradicción con sus nuevas prescripciones (derogación tácita). Y al no referirse para nada a esta excepción del ámbito de aplicación personal, habrá que entenderla subsistente, aunque ni tenga un fundamento claro y aunque origine algunas injusticias objetivas, como la recogida en la Sentencia de 16 de octubre de 1940, que deniega el retracto arrendaticio a un hermano, sobre finca originaria del patrimonio familiar, que fué vendida a un extraño.

Así, pues, las situaciones arrendaticias creadas contractualmente entre estas personas (observando que está *excluida la familia natural*), se regirán por la legislación común, con todas sus consecuencias, especialmente sobre libertad de renta, duración y carencia del derecho de preferente adquisición que la legislación especial atribuye al colono.

C) *Concepto de vivienda*.—Como las edificaciones, entendidas del modo que antes dijimos, sirven al hombre para vivir y para trabajar, y como ambos fines cabe que sean cumplidos simultáneamente por el mismo objeto (pues se puede trabajar donde se vive y se puede vivir donde se trabaja) importa aclarar también la clasificación jurídica que corresponda a las situaciones intermedias.

No define la ley el concepto de vivienda, y ello no parece necesario, pues su idea nos viene dada primeramente por la realidad; pero importa determinar la trascendencia de calificación que puede tener el *trabajo* que en ella se realice por su ocupante. A este respecto, el artículo séptimo establece que: «El contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino, su cónyuge o parientes de uno u otro hasta el tercer grado, que con cualquiera de ellos conviva, ejerzan en la vivienda o en sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación.» El contenido de este precepto plantea cuatro importantes cuestiones: 1) El supuesto personal de su aplicación; 2) El concepto de la pequeña industria; 3) Si supone un permiso legal que hace innecesario el del propietario, y 4) La posible eficacia de la prohibición del arrendador (2).

1) Pártese de la base de que la profesión o pequeña industria doméstica ha de ejercerse por el propio inquilino, por su cónyuge o por los parientes de uno u otro «hasta el tercer grado», añadiendo el artículo «que con cualquiera de ellos conviva». ¿Qué significan estas expresiones y qué alcance hemos de atribuirles? ¿Deberán entenderse incluidos los parientes que se hallen *den-*

(2) En este punto seguimos muy de cerca a Cossío. *El arrendamiento de locales de negocio*, en «Anuario del Derecho civil», 1948, págs. 1200 y siguientes, si bien disenzimos en algunos extremos.

tro de ese tercer grado? Si tenemos en cuenta que el artículo 71 emplea los mismos términos; que el 72 se refiere concretamente a parientes que se hallan precisamente en ese tercer grado (tíos y sobrinos), y que, a mayor abundamiento, en la 9.ª disposición transitoria, que se refiere a tales artículos, se dice expresamente «parientes dentro del tercer grado», no cabe poner en tela de juicio que la norma examinada comprende a los parientes dentro del tercer grado inclusive.

No se aclara, en cambio, si ese parentesco ha de ser necesariamente por consanguinidad, o si se admite también por afinidad (por ejemplo, cuando se trate de yerno); pero teniendo en cuenta que el mencionado artículo 71 concede el derecho de «sucesión» en el arrendamiento a «los parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad», estimamos que, incluso, los afines deben ser comprendidos.

Es preciso, además, que tales parientes *convivan* con el inquilino o su cónyuge. ¿Cómo hemos de interpretar tal convivencia? *Convivir significa vivir bajo el mismo techo*, que en este caso no puede ser otro que el de la finca arrendada; pero surge la dificultad, en cuanto que al admitir que esa convivencia puede ser con el inquilino o su cónyuge, de que pudiera pensarse que, en el supuesto de que los cónyuges no vivan en la misma casa, por hallarse separados de hecho o de derecho, sería la aplicación el precepto aun en el caso de que el pariente que ejerciese la profesión o industria en la finca arrendada no viviese en ella, sino que conviviese en otra con el cónyuge no arrendatario.

Estimamos que tratándose de una norma excepcional, no puede ser interpretada extensivamente, y que únicamente cuando la convivencia tenga lugar en la misma finca arrendada será lícito aplicar la norma contenida en el artículo 7.º que examinamos.

2) Es importante la determinación del *concepto de la pequeña industria*, porque el exceso determina un cambio de destino de la cosa que puede dar lugar al desahucio y, si el propietario lo consiente, al cambio de régimen legal de vivienda por el de local de negocio.

El concepto hay que formarlo a base: a) de la idea de *accessoriedad* de la actividad con respecto al fin de habitar, es decir, a la inversa, que en el caso de habitación en el local de negocio: b) por la *reducida magnitud* de la industria, en que la máquina o máquinas que se emplean no predominen sobre la actividad personal o manual, siendo la máquina, es decir, el capital, lo que determinará la prevalencia. y c) el *carácter doméstico*, excluyente de la cooperación mayoritaria e importante de personal asalariado no conviviente. Todo ello juzgado, como señala Ferrara, no con criterios aritméticos, sino económicos y funcionales.

Finalmente, aunque la dicción legal se concrete a *industria* y en los demás casos distinga esta actividad de la comercial, no debe considerarse excluido el *comercio de insignificante tráfico*,

es decir, el que pueda desenvolverse en una vivienda sin que resulte desvirtuada su finalidad específica de servir de casa habitación (3).

3) ¿Supone este artículo 7.º una *autorización legal* para el ejercicio de tales actividades por el inquilino, aunque ello no haya sido especialmente estipulado en el contrato?

Indudablemente, porque ello no supone cambio de destino, ya que el artículo 149 sólo admite como causas de resolución el ejercicio de oficio, profesión o negocio inmoral, peligroso, incómodo o insalubre, y ello sólo en el caso de que tales circunstancias «fueren ignoradas por el actor (propietario) en el momento de la celebración del contrato, o al producirse la subrogación o continuación en los derechos del inquilino».

4) Finalmente, *la cláusula contractual prohibitiva de tales actividades, ha de considerarse totalmente ineficaz*: no solamente como no limitadora de las posibilidades del inquilino, sino también (y en ello disentimos de Cossío, pág. 1304) como no productiva de un resarcimiento, porque: a) no es posible determinar qué daño o perjuicio puede sufrir el propietario por ello, y b) ni aun en vía de cláusula penal podríamos conceder tal eficacia, ya que según el artículo 11, «los beneficios que la presente ley otorga a los inquilinos de viviendas... serán irrenunciables, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga».

D) *Concepto de «los otros locales»*.—Por lo demás, la L. A. U. somete al ordenamiento propio de las viviendas a los locales ocupados:

a) Por *dependencias del Estado y demás Corporaciones* de derecho público (artículo 8.º, párrafo 1.º);

b) Por *entidades benéficas*, Asociaciones piadosas y, en general, cualquier otra *que no persiga fin de lucro* (art. 8.º, p. 2.º), y

c) Para *meros escritorios, oficinas, depósitos y almacenes* no comunicados interiormente con un local de negocio del mismo arrendatario, porque, si existe tal comunicación, su régimen será el de estos locales, según dispone el artículo 10 de la L. A. U., a cuyo tenor: «El local destinado a mero *escritorio u oficinas* no se reputará local de negocio, sino vivienda, aunque su inquilino se vaya de él para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo: pero *cuando interiormente se comunique* con otro ocupado por el mismo arrendatario, que merezca la conceptualización de local de negocio, *ambos se considerarán como uno solo de este último carácter*. Será también aplicable a los *depósitos y almacenes* lo establecido en el párrafo anterior para los *escritorios u oficinas*.» Y es que la realidad social reclamaba la estabilización, no sólo de las situaciones extremas (viviendas y locales de negocio), sino también de las intermedias, representadas

(3) Cossío. cit. pág. 1301.

por aquellos locales que, no siendo sedes de negocios y representando respecto de ellos la cualidad de fungibles o sustituibles, implicaban igualmente la necesidad de la permanencia *ante la escasez de medios de sustitución*.

Para estos tipos de ocupaciones de locales era necesario, pues, arbitrar un régimen de permanencia. Y la Ley, reconociendo que no son viviendas, los asimila a éstas.

Sin embargo, no todo este régimen es de aplicación a ellos: pues por su propia naturaleza no cabe ni la «sucesión» en el inquilinato, ni la «cesión» a los parientes, porque faltará siempre la convivencia y la relación familiar; es decir, el «hogar», en torno al cual nace, vive y muere el derecho del inquilino.

En realidad, tales locales sólo tienen de la vivienda el régimen de permanencia *personal*: lo que la L. A. U. quiso, al hacer tal asimilación, fué excluirlos de la patrimonialización del derecho del arrendatario de locales de negocio, propiamente dichos.

La vivienda es una *necesidad familiar*, mientras que el local de negocio es un *valor patrimonial*. Y no siendo justo acordar la cesibilidad de aquéllas fuera del ámbito familiar (lo que frustraba su función), resultaba necesario concederla respecto de éstos, pues sin el local, como asiento del negocio, éste quedaba desarticulado y convertido, de «entidad patrimonial con vida propia» (art. 4.º), en un conjunto de cosas: *el local es la base del arrendamiento*.

Pues bien: la L. A. U. excluye la negociación de tales locales, negándoles la cualidad de valor patrimonial para el arrendatario.

Más que asimilación a las viviendas, lo que no cabe en manera alguna por la diversidad de función, hay una exclusión del régimen de los locales de negocio.

Y aquella asimilación en lo único posible, el régimen de permanencia o prórroga y de sus excepciones, es bastante externa y adjetiva para fundar una fusión completa.

Creemos, pues, que *dentro de la L. A. U. hay cuatro regímenes* distintos: el de las viviendas, el de los locales de negocio (ambos especialmente regulados), y el de las oficinas, escritorios, almacenes y depósitos y el de las industrias de espectáculos, regulados éstos por reenvío.

El problema se plantea respecto de las oficinas, almacenes, etc., «cuando *interiormente se comuniquen* con otro, ocupado por el mismo arrendatario, que merezca la conceptualización de local de negocio», pues el artículo 10 sigue diciendo que «ambos se considerarán *como uno solo* de este último carácter».

No hay cuestión cuando ambos locales (el de negocio y el otro, unido al primero *orgánicamente* o, como dice la ley, «interiormente»), pertenezcan también al mismo propietario, ya que la situación puede considerarse única, tanto si fué creada simultáneamente en el mismo contrato (dando una cosa principal y otra accesoria), como si ambos locales fueron objeto de contratos sucesivos

(pues la principalidad y la accesoriedad quedaron establecidas después).

La dicción legal plantea el problema de si, perteneciendo el local de negocio y el accesorio, a aquél unido orgánicamente, a distintos propietarios, cabe un traspaso único, al que podrían concurrir en conflicto, que Cossío (4) estima insoluble, los tanteos y retractos de ambos propietarios.

Cree Cossío que no puede darse una completa  *fusión de contrato*  y que, por razón de aquella insolubilidad del conflicto, el artículo 10 debe entenderse en el limitado sentido de que impone, para el local accesorio, el régimen de los de negocio; pero de un modo aislado; es decir, corriendo, bajo tal régimen, una suerte independiente con respecto al local de negocio principal, que le arrastró a tal cambio de ordenación jurídica.

Esta nuestra manera de poner de relieve el nervio del pensamiento de Cossío, que él apenas esboza, basta para invalidar su tesis.

En efecto, la oficina o almacén que así cambia de régimen no es lógico que, habiendo sufrido tal cambio por razón de su accesoriedad, corra después una suerte independiente, sino que lo natural es que sufra los avatares de su cosa principal.

Y en la principalidad y accesoriedad estará la solución del conflicto entre los tanteos y retractos de los distintos propietarios: será preferente el del local intrínseco de negocio con respecto al propietario de la oficina o almacén accesorio; y sólo en el caso de que ambos no tanteen podrá su arrendatario traspasarlo a un tercero. A los efectos del traspaso, la oficina o almacén unidos orgánicamente a un local de negocio, «se considerarán como uno solo de este último carácter», dice el artículo 10 de un modo claro e inequívoco.

No se trata, pues, de ninguna  *fusión de contrato* , como dice Cossío, sino de unidad de situación arrendaticia: de incorporación de un derecho real sobre una cosa, a otro que recae sobre otra, que es principal con respecto a la primera.

La  *organización de la dependencia*  entre el local accesorio y el principal, viene fijada por la ley en la frase «unidos interiormente». Tal incorporación, por unión interior,  *es una cuestión de hecho* , de la libre apreciación del Juez, pues la ley no señala más criterios.

Pero, a nuestro juicio, es necesario  *que tal unión interior* , en el caso de pertenencia a distintos propietarios,  *haya sido consentida*  (y, por lo tanto, conocida)  *por el del local accesorio* , ya que tan fuertes consecuencias jurídicas derivadas de aquel cambio de régimen, no se pueden imponer a quien no consintió tal incorporación.

---

(4) Cit. pág. 1316.



La falta de facultades de visita e inspección que el propietario padece en el régimen vigente, impone que no pueda darse valor ninguno a su falta de silencio o falta de protesta a la unión hecha autónomamente por el arrendatario; y que sólo pueda considerarse como jurídicamente consumada, a estos efectos, cuando fué obtenida su autorización o, cuando habiéndole sido notificada, no se hubiera opuesto a la ya realizada. Porque, de suyo, la transformación de la vivienda en local de negocio (y esta situación es paralela, porque hay una conversión de régimen) es causa de resolución del arrendamiento (149, 4.<sup>o</sup>).

No hay plazo legal alguno de caducidad de tal acción, y habrá que remitirse a la teoría general sobre el valor jurídico del silencio, que no es oportuno exponer aquí. La L. A. U., con ser tan excesivamente casuística, no prevé ninguno de estos supuestos; lo que demuestra la conveniencia de leyes sintéticas, cuyo nervio orgánico es más fácil de descubrir y cuyas lagunas naturales más sencillo de llenar que estas otras, barrocas de puro casuísticas, que ni apresan toda la vida, porque ello es imposible, ni permiten al intérprete una visión orgánica y de conjunto para una correcta ampliación analógica.

E) *Concepto de local de negocio.*—El concepto de local de negocio viene dado por el artículo 1.<sup>o</sup> de la L. A. U., como *el establecimiento abierto para el ejercicio de una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con fin lucrativo*.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, entiéndese por *comercio* aquella «negociación que se hace comprando, vendiendo o permutando mercancías»; y por *industria*, «el conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno a varios productos naturales».

Pero, como dice Cossio (5), sería inútil acudir a una delimitación demasiado precisa de estos conceptos, ya que, ordinariamente, la palabra «industria» suele ser empleada para la designación de todas y cada una de estas actividades; por lo que parece más acertado estimar que el llamado arrendamiento de locales de negocio es aquel que tiene por objeto *el establecimiento de una Empresa en el local arrendado*.

Ello no impide, naturalmente, que se pueda establecer una distinción, relativamente precisa, entre la industria propiamente dicha, y el comercio, caracterizado éste por ser una intermediación lucrativa y profesional entre productores y consumidores.

Ahora bien, la nueva doctrina tiende a sustituir el concepto de *comerciante* por el más amplio del *empresario*, que comprende también al industrial. Y esto es lo recogido por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El local de negocio precisa, pues, un titular empresario: no basta con que ocasionalmente se haya desenvuelto en el local arren-

(5) Cit. pág. 1294.

dato una actividad de producción o cambio, para que el arrendamiento pueda estimarse de local de negocio.

El *fin lucrativo* es, también, esencial al concepto y va insito en la actividad comercial o industrial.

No así en la de enseñanza que, desenvuelta por Asociaciones o Congregaciones religiosas, tiene fines distintos y más altos, y cuyos locales arrendados deberán ser reputados, por lo tanto, como *viviendas* a los efectos de la ley (art. 8.º).

Claro es que un negocio no deja de serlo porque lo ejercite una entidad benéfica o piadosa; pero esto es de aplicación en cuanto a las actividades que no sean sus propios fines, aunque sí medios de sostenimiento económico de aquéllos, como, por ejemplo, talleres cuyo rendimiento sirva al mantenimiento del fin: la corrección de los descarriados, la enseñanza, etc.

Por no tener fin lucrativo sus actividades industriales y comerciales, deben ser excluidos también de la regulación de locales de negocio los ocupados por sociedades *Cooperativas* cuyo régimen se ajuste a la Ley de 2 de enero de 1942; y conceptuados como *viviendas* a los efectos de la L. A. U., de acuerdo con el artículo 8.º

Tales actividades comerciales, industriales o de enseñanza con fin lucrativo, han de ejercitarse con *establecimiento abierto*. Tal exigencia aparece impuesta expresamente por el artículo 1.º de la L. A. U. y parece no haber merecido, hasta ahora, una atención especial por parte de la doctrina y de los comentaristas.

Pues bien, a nuestro juicio, aquí está la raíz de la protección legal, hasta tal punto que estimamos que todo arrendamiento de edificaciones para la industria o el comercio, que *no sean establecimientos abiertos al público, que ubiquen la clientela, quedan fuera de la L. A. U.* y se regirán por el Código civil.

No quiere esto decir que haya de constituirse el concepto reducido a las Empresas de *clientela anónima*, por reclutarse entre el público en general, sino que hasta (pero es precisa) la relación entre local y clientela, aunque ésta sea restringida, como, por ejemplo, ocurre en los establecimientos de los mayoristas con relación a sus clientes, los minoristas.

Pero no hay local de negocio, en el sentido de la L. A. U., y para merecer su protección, si el local no es base de relación con la clientela; es decir, si el local es sustituible o fungible, a los efectos económicos del negocio.

Entendemos, pues, que la L. A. U. se refiere exclusivamente a las *pequeñas empresas*, en las que el local es la base de la organización, no a las *grandes empresas*, aunque en cuanto a éstas tenga también aplicación con respecto a los locales de que se sirvan para sus relaciones con el público; pero no para aquellos otros donde, funcionando quizá la sede de la organización comercial o industrial, no sean establecimientos abiertos, cuyos arrendamientos habrán de regirse por el Código civil.

Los locales-sedes de las pequeñas empresas y los despachos abiertos al público de las grandes, constituyen el medio de realización práctica de la organización comercial, del logro de la clientela, que no es un elemento intrínseco de la Empresa, sino su resultado.

La ley no protege ni puede proteger a la clientela, porque no es cosa, pero sí ampara los medios lícitos de obtenerla, que exigen al empresario *la organización de los elementos de su negocio, que han de estar forzosamente ubicados en un local de trato*, cuya no protección destruiría todos aquellos esfuerzos organizadores.

La Empresa, como fuerza económica que la sociedad no puede desconocer ni permitir su destrucción, exige, para su permanencia, la estabilidad de la situación arrendaticia.

Podríamos, pues, definir sintéticamente el *local de negocio*, a los efectos de la L. A. U., como *el lugar en que la Empresa se relaciona con su clientela*.

Hemos dicho antes que las edificaciones a que se refiere la L. A. U., entendidas como dejamos dicho, sirven al hombre, tanto para establecer su hogar como para organizar su Empresa; y como ambos fines cabe que sean servidos por el mismo objeto (pues se puede trabajar donde se vive y se puede vivir donde se trabaja), importa también aclarar las *situaciones intermedias*, representadas por los casos en que el local de negocio incluye, o puede incluir orgánicamente, una vivienda; o en que ésta (independiente, pero dentro del mismo edificio) ha sido incluida en el mismo contrato como objeto complementario de aquél; y también por los supuestos en que se desarrolla, en una vivienda propiamente dicha, ciertas actividades que puedan o parezcan transformar su función.

a) *Local de negocio con vivienda*.—A contrario sensu del artículo 7.º de la ley, que después estudiaremos, se dispone en el artículo 9.º que: «El contrato de arrendamiento de local de negocio no perderá su carácter por la circunstancia de que el arrendatario, su familia o personas que trabajen a su servicio tengan en él su vivienda.»

Tal disposición es perfectamente congruente con la exigencia del artículo 1.º, según el cual lo que cualifica el local de negocio es *el destino, no exclusivo, sino primordial* a que el mismo se dedique, según el arrendamiento.

Ello, sin embargo, plantea un doble problema: 1) si son posibles los arrendamientos mixtos, de vivienda y local de negocio; y 2) si el arrendatario de un local de negocio puede, sin autorización del propietario, establecer en él una vivienda para las personas indicadas.

1) En cuanto a los *arrendamientos mixtos*, hemos de excluir de tal concepto a la vivienda que, si bien distinta del local de negocio, esté unida con él orgánicamente (o, como dice el artícu-

lo 10 que acabamos de estudiar, "interiormente"), porque si aun perteneciendo la oficina o almacén a distinto propietario se considerarán como *una sola cosa* con el local de negocio, con mayor razón ocurrirá ello cuando en el mismo edificio haya organicidad de unión entre una vivienda y un local de negocio y su propietario los dé en arrendamiento único a la misma persona.

La cuestión se refiere, pues, a los supuestos en que bajo la misma unidad de contrato, se den a un arrendatario un local de negocio complementado por una vivienda, que puede estar en el mismo edificio (pero sin unión orgánica con aquél), o en casa distinta y separada, señalando para todo ello una renta única.

Lo más frecuente será el primer caso, o sea, la entrega de los bajos de un edificio para la instalación de un negocio, y de una de las viviendas del mismo para que sirva de habitación al empresario, que atenderá más cómodamente su negocio.

Creemos con Cossío (6) que la unidad de la causa contractual y la inexistencia de un precepto legal que autorice y regule la escisión de la renta, impone contemplar el supuesto como un arrendamiento de local de negocio, cuyo objeto único está formado por el local propiamente dicho y por la vivienda, en relación mutua de cosa principal y cosa accesoria.

2) En cuanto a la posibilidad de que el arrendatario de un local de negocio establezca en él su vivienda, la de su familia o la de personas a su servicio, sin autorización del propietario (aparte de la tácita implicada en que el local esté ya acondicionado para ello, por contener cocina, servicios y otras habitaciones), la cuestión ya no nos parece de tan fácil solución, porque falta un precepto paralelo al artículo 7.º, y que supone un verdadero permiso legal para que el inquilino ejerza en su vivienda, sin que ello desvirtúe el inquilinato, una profesión, función pública o pequeña industria doméstica.

El artículo 149 señala, bajo el número 4, como causa de rescisión del arrendamiento, la transformación de local de negocio en vivienda (y a la inversa); pero nuestro supuesto excluye tal *transformación*, pues imaginemos, simplemente, que el arrendatario, continuando su tráfico en el local, instala en él su vivienda.

En primer lugar, ello ha de ser objetivamente posible: es decir, el local ha de admitir, arquitectónicamente, las obras necesarias para que resulte una vivienda suficiente y salubre. Si ello es imposible, podemos, sin más, conceder al propietario el derecho de oponerse a tales obras, al menos como contrarias a las disposiciones legales que regulan la materia (cédulas de habitabilidad de la Fiscalía de la Vivienda): pero es que, además, el propietario (y en esto no ha parado su atención Cossío) podrá oponerse en todo caso, porque el arrendatario sólo puede realizar por sí mismo y sin autorización alguna, las *obras de urgente reparación* (143)

16. Cit. págs. 1304 y 1308.

y las que, ordenadas por las autoridades competentes, no hubieran sido iniciadas por el propietario dentro del mes del mandato (142).

Y es que el artículo 144, según el cual «salvo estipulación escrita en contrario, las demás obras que en la vivienda o local de negocio realizare el arrendatario o su continuador, quedarán en beneficio de la finca», *no se refiere más que al problema del reembolso del coste de las obras, sin que suponga la concesión de la facultad de hacerlas.*

b) *Vivienda con negocio.*—Nos remitimos a lo dicho antes sobre el concepto de la *pequeña industria doméstica*; pero aún hay otro punto, en contacto con el anterior, en que el régimen del inquilinato puede tener que dejar paso al del arrendamiento de locales de negocio.

Al tratar la ley del subarriendo de viviendas deja fuera de ordenamiento el caso de que el inquilino «tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda», que considera como un caso de *hospedaje* «sometido a las disposiciones que regulen la materia» (art. 26).

Desde luego, *esto no es subarriendo*; pero, ¿queda tan fuera de la previsión legal como parece resultar de la dicción del artículo 26?

El contrato de hospedaje, sí; pero es indudable que *la vivienda en que habitual y profesionalmente se hospeda, no es tal vivienda, sino local de negocio* (y todos sabemos que las llamadas «pensiones» son objeto frecuente de traspaso), sin que el hecho de que no se pague matrícula industrial lo contradiga, aunque en el caso afirmativo el «alta» que en ella hubiera hecho el inquilino constituya una declaración expresa, por inequívoca, de ello.

Y la conversión de la vivienda en local de negocio, es decir, el cambio de la función (de sede del hogar a sede de la Empresa), es causa de resolución del inquilinato (149, 4.<sup>a</sup>).

Sin embargo, si los huéspedes no pasaran de dos personas y los hijos de cualquiera de ellas, sin limitación de número, el artículo 27 no sólo excluye tal convivencia de la calificación prohibitiva de «subarriendo», sino también de la de «hospedaje», sin duda porque no se llega con ello a convertir la vivienda en local de negocio, ya que aquella no ha perdido su función de sede del hogar familiar, ni el negocio de huéspedes excede de la «pequeña industria doméstica» permitida por el artículo 7.<sup>o</sup>

F) *Concepto del local industrial de espectáculos.*—Ya dijimos al principio que la L. A. U. en su artículo 4.<sup>o</sup> excluía de su ámbito a los arrendamientos de «industrias o negocios»; es decir, *de Empresas*, que se regirán «por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil común y foral»; y, con todo rigor técnico, añade que: «sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido; de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en el mismo se enumeren, sino una unidad

patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente, para serlo, de meras formalidades administrativas". Este precepto viene completado interpretativamente por el artículo 5.º, según el cual no hay arrendamiento de industria, aun cuando con el local se incluyan otros elementos, por muy importantes, esenciales o diversos que sean (tales como saltos de agua, maquinarias, etc.), cuando la finalidad fuera el establecimiento por el arrendatario de su *propio negocio o industria*; es decir, cuando aquellos importantes elementos no estuvieran especialmente organizados por el propietario para el mismo negocio a que los dedicara el arrendatario o, estándolo aquél no hubiera iniciado su actividad comercial ni estuviera a punto de ello o, como dice el artículo 4.º, «pendiente de meras formalidades administrativas» (7).

(7) El arrendamiento de industria queda, pues, fuera de la L. A. U., y la dificultad de su regulación está, ni más ni menos, que en la *posibilidad o imposibilidad de constituirlo*; es decir: que es la situación paralela a la del *usufructo de Empresas*: las facultades dispositivas que hay que atribuir al arrendatario (como al usufructuario) sobre los elementos «flotantes»; facultades dispositivas que parecen imposibles fuera de la relación de propiedad.

El problema del usufructo suele ser más difícil, porque mientras el arrendamiento nace siempre en virtud de un contrato, en el que las partes pueden resolver cuantas dificultades vislumbren, el usufructo puede haber sido impuesto en una cláusula testamentaria de dos líneas, y son los albaceas-partidores los que tendrán que «construirlo» íntegramente.

Al constituirse un usufructo sobre una Empresa mercantil se intenta crear aquel derecho real sobre un conjunto de cosas organizadas en Empresa.

Las partes toman la Empresa como una «res nova», objeto unitario del usufructo; pero como esta nueva cosa no tiene reconocimiento jurídico y el poder creador de la voluntad no alcanza a sustituir la «base» de los derechos reales, sometida a un «ius cogens», ha de investigarse, para ver la posibilidad de aquel negocio, si éste puede proyectarse descompuesto sobre los elementos que componen el conjunto.

Ningún obstáculo hay con respecto a los bienes inmuebles y a los muebles no consumibles (edificios, máquinas, etc.).

Si lo hay, en principio, respecto a las *cosas consumibles* (física o jurídicamente, como las mercancías enajenables).

Pero, ¿cabe un usufructo sobre cosas consumibles?

Para unos, la consumibilidad es un obstáculo insuperable para la constitución del usufructo, porque las cosas consumibles perecen al ser usadas. De donde concluyen que el atribuir a una persona distinta del propietario la facultad de hacer perecer una cosa, es traspasarle la propiedad de la misma.

El resultado práctico de esta posición (con miras al cual debe ser contrastada) es que si un bodeguero da en usufructo su bodega, será nudo-propietario del edificio, vasijas, etc.: pero se convertirá en acreedor por el importe de los caldos que, bajo la falsa denominación de usufructo, han pasado a la propiedad de un verdadero comprador.

La consecuencia catastrófica de esta concepción es que si el usufructuario-comprador cae en quiebra, conservando aún todos o casi todos los primitivos caldos, el nudo propietario-vendedor será un acreedor entre los demás por el importe de aquéllos, que cobrará según el rango que le corresponda, a pesar de estar en sus vasijas los mismos vinos que fueron objeto de la constitución del usufructo.

Para evitar este inconveniente piensan otros que el paso de propiedad no se verifica por la tradición (como en la compraventa), sino por el *consumo*, en cuyo momento el usufructuario obra como propietario, destruyendo licita-

Esta inmediata proximidad a la efectiva explotación, está equiparada por la L. A. U. a la explotación misma, y los arrendamientos que sobre tales locales y elementos se concierten, quedan fuera

mente la cosa. Al consumir ésta, añaden, el nudo propietario deja de serlo; pero hasta tal momento ha habido un usufructo y una nuda propiedad.

Esta teoría imposibilita también la constitución del usufructo sobre Empresas mercantiles que contienen mercaderías de consumo o venta (consumo jurídico).

Y observemos que si en el momento del consumo desaparece la nuda propiedad, *también desaparece el usufructo*; es decir, que en el mismo momento del perecimiento de la cosa se esfuman las dos titularidades reales establecidas sobre ella, sucediéndose una etapa de relación obligatoria, en la cual el usufructuario debe al nudo propietario su valor u otro tanto de la misma especie y calidad.

Pero el usufructuario, para conservar la Empresa, debe *reponer* y, al hacerlo, *la nueva cosa se subroga en el lugar de la consumida, renaciendo sobre aquélla la doble titularidad* (nuda propiedad y usufructo), *para mantener la sustancia de la cosa* (la Empresa), que al constituirse el usufructo se tomó en consideración.

Podría objetarse a esto que la obligación de restituir se da para cuando termine el usufructo, pero no antes (482 C. c.); ahora bien: *la propia naturaleza de la Empresa mercantil exige que aquel deber de conservar la cosa usufructuada se traduzca:*

1.º En una *renovación constante* de los elementos desaparecidos, porque no es un usufructo «instantáneo» de cosas consumibles, sino una situación permanente sobre un conjunto de cosas (unas consumibles y otras no) tomadas como unidad funcional, donde las consumibles se están renovando constantemente y, siendo sustituibles o fungibles, hacen que la subrogación automática de las nuevas por las desaparecidas mantengan la *identidad de la sustancia* de la cosa que, al constituirse el usufructo, se tomó en consideración.

2.º En un *deber de explotar*, de donde el usufructuario ha de ejercer la Empresa para que no perezca, enajenando sus mercaderías, sobre las cuales no tiene una facultad anormal de disposición, sino la normal de este tipo de disfrute. No es que el usufructuario «pueda» enajenar, sino que «debe» hacerlo para disfrutar según su derecho y para cumplir su obligación de conservar la cosa que disfruta. No es, pues, un «usufructo de disposición», sino, pura y simplemente, de goce.

Tampoco ofrece dificultad concebir los poderes del usufructuario sobre los *créditos* de la Empresa, porque *no son créditos rentarios*, sino de percepción para la Empresa.

Por ello hay que considerarlo legitimado para cobrarlos y aplicarlos a su tráfico.

Las *deudas* de la Empresa no pasan «ipso iure» al usufructuario. Este responde de ellas por pacto expreso con el propietario, o cuando el usufructuario se haya constituido en fraude de acreedores (500, que se remite a los 642 y 643 del C. c.); pero resulta del art. 510 C. c. que el usufructuario *podrá* anticipar las sumas necesarias para el pago de las deudas de la Empresa, y tendrá derecho a exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo.

La misma solución constructiva que acabamos de dar para el usufructo *debe ser trasladada al arrendamiento*.

También el arrendatario tiene el *deber de conservar* la cosa arrendada, y también este deber hay que considerarlo desdoblado en una obligación de *explotar* y de *renovar* constantemente los elementos «flotantes» que en el tráfico negocial de la Empresa vayan desapareciendo.

La única diferencia consiste en que en esta renovación, las nuevas cosas, al subrogarse en el lugar de las desaparecidas, entran en la plena propiedad del arrendador (en el usufructo renacia sobre ellas la doble titularidad).

de su ámbito, rigiéndose por lo pactado y por la legislación común, civil y foral.

Sin embargo, los *locales de espectáculos* están por sí mismos equipados para tal inmediata explotación; y frecuentemente explotados por su mismo propietario.

Pues bien: los arrendamientos que sobre ellos se concierten y cuya duración contractual excediere de dos años, quedan sujetos a la prórroga obligatoria y al régimen de sus excepciones, si bien y en cuanto a éstas el propietario que deniegue la prórroga no está obligado a cumplir el requisito que, para los locales de negocio exige el apartado b) del artículo 90, del previo ejercicio de negocio o industria similar, en local arrendado, con un año de antelación. Por lo tanto, el propietario de un local de espectáculos puede reclamarlo para convertirse «ex novo» en empresario de tal negocio.

Y como ya dijimos, el arrendamiento de estos locales de espectáculos, y el de las oficinas, escritorios, depósitos y almacenes, constituyen los tercero y cuarto géneros de los regulados por la L. A. U., que dicta normas específicas para los de viviendas y de locales de negocio, y ordena por reenvío el régimen de estos otros tipos.

### III. NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS SITUACIONES «ARRENDATICIAS»

Apenas hay otro parentesco entre estas situaciones que su regulación bajo un mismo rótulo en dos leyes; sin embargo, la determinación de lo común y de lo diferenciado para cada situación, nos impone una breve excursión histórica, en la que hemos de tener en cuenta las disposiciones, ya superadas, del Código civil y de la Ley Hipotecaria.

A) *El arrendamiento de estas cosas hasta el Código civil.*—El arrendamiento de inmuebles dice Cuq, no tenía razón de ser en la antigua Italia, pues todo ciudadano tenía un domicilio propio sobre un terreno concedido por el Estado, y cuidaba directamente de sus bienes y ganados con la ayuda de los miembros de su familia.

En cambio, desde antiguo fué conocido el arrendamiento de semovientes, porque las bestias de carga o tiro tenían demasiado precio para que cada jefe de familia pudiera poseer número suficiente de ellos; y era preciso alquilarlas cuando no se encontraba quien las prestase.

A ello se debe que, mientras la locación de animales era ya conocida en los tiempos de las XII Tablas, el de cosas sólo se desenvolvió cuando, después de las guerras púnicas, afluyeron a Roma gran número de extranjeros; y que el de tierras no se introduzca hasta el siglo VII de Roma, al aplicar a las de los particulares la relación jurídica que, en un principio, sólo se había usa-



do a propósito de las tierras de dominio público, que el Estado no podía usar directamente.

Precisamente el hecho de que la forma originaria de la locación de cosas fuera el arrendamiento de semovientes hizo, como observa Dernburg (8), que en derredor de la misma y conforme a sus fundamentos, se dibujara la teoría general de la locación y, con ella, su naturaleza jurídica. Dato éste de la máxima importancia para explicar algunos fenómenos singulares de la reglamentación romana de este contrato y, especialmente, el principio *emptio tollit locatio* consagrado por la *Lex Emptorem*, cuyo rigor, perfectamente justo cuando se trata del arrendamiento de bienes muebles, se concibe difícilmente tratándose del arrendamiento de bienes inmuebles.

Pero a todo esto, había aparecido, en la creación jurídica romana, la institución del *derecho de superficie*, para regular la ocupación (libre en un principio) del «ager publicus» para fines de edificación y *vivenda*, que desde una *relación personal de derecho público*, en la que el edificante pagaba un tributo llamado «solarium» por el terreno ocupado, que continuaba siendo del dominio público, se convierte en un *derecho real sobre cosa ajena* cuando el concesionario en vez del Estado, pasó a ser un particular, y se equipó jurídicamente al tenedor del suelo de un *interdicto* primero y, después, de las *demus acciones reales* por concesión pretoria, previa «causa cognitio»: la «*utilis petitio re, confessoria, negatoria*», la «*novis operis denuntiatio*», la «*cautio damni infecti*» e, incluso, la «*publiciana in rem*», a pesar de que según la opinión más corriente, no podía usucapir.

La finalidad de la previa «causa cognitio» nos la explica el mismo Digesto (43, 18, 3) al decir: «...a la verdad, con conocimiento de causa, le compelerá la acción real al que tomó en arrendamiento la superficie por no corto tiempo...» (*non módicus tempus*).

De modo que la diferencia práctica entre el arrendamiento (acciones personales) y la superficie (acciones reales) fué, para la jurisprudencia romana, una *diferencia puramente cuantitativa o de tiempo*. Al pasar cierto límite, el arrendamiento ya está protegido por acciones reales y, por ende, lo podemos clasificar como derecho real.

Pero, ¿cuál era la tasa del «módicus tempus»? Parece que quedaba al arbitrio judicial. Más tarde la Glosa sustentaría los criterios más diversos: treinta días, dos, cinco y hasta diez años, etc.

El objeto de la superficie lo podían ser las *edificaciones* o construcciones, *siempre que tuvieran adherencia al suelo* (no, por ejemplo, el «*hórreum frumentarium*»).

Paralelamente al derecho de superficie, nace y se desarrolla la *enfiteusis*, cuyo objeto son los predios rústicos, generalmente, aunque no siempre, terrenos yermos para su roturación y cultivo, que

8. *Pandect.*, II, pag. 491.

se concedían a cambio de un *canon* por años, llamado «vectigalis» (del «ager vectigalis»).

Comienza por ser un *arrendamiento* por tiempo limitado, *que se va convirtiendo en perpetuo*, y que el Pretor protege concediendo al enfiteuta una acción real: la *actio in rem vectigalis*, que es una variante de la «rei vindicatio utilis».

El enfiteuta adquiere el derecho a disfrutar la finca cedida en su plenitud y, mientras dura su derecho, *ocupa la posición de un verdadero dueño*: percibe sus frutos y rendimientos, la mejora varía su cultivo y goza de la protección posesoria.

Sus obligaciones se reducen al pago del canon, a no deteriorar la finca y a notificar al propietario su voluntad de traspasar el derecho, para que éste pueda tantear (iu: protimiseos). Si falta a alguno de estos deberes, el dueño puede despojarle de su derecho y expulsarle de la finca.

La diferencia entre la superficie y la enfiteusis se produce como consecuencia de su coincidencia económica: la *absorción total del valor en uso de la finca* que constituye su objeto, que, siendo de naturaleza *rústica* se concreta en el aprovechamiento de sus frutos (enfiteusis), mediante su roturación y *puesta en cultivo*, ya que las edificaciones que en ella se construyan lo serán para mejor cumplir tal finalidad (accesorias); y tratándose de fincas *urbanas* (solares), su utilidad se contrae exclusivamente a su *edificación*.

Es preciso tener muy presente esta *coincidencia* entre ambas instituciones, porque nos explica que la enfiteusis haya prevalecido en el tiempo (ya que hasta muy recientemente lo rural absorbía, social y económicamente, a lo urbano), y que mientras la regulación de aquella se concretó minuciosamente en las legislaciones, la de la superficie haya sido apenas apuntada en muchas, debiendo ser completada con las normas de la primera.

Así ocurre en nuestro Código civil que sólo de pasada menciona la superficie en el párrafo tercero del artículo 1.611, al remitir a una ley especial que habría de dictarse (el R. D-L. de foros de 1925) la redención de este derecho real, en tanto que regula minuciosamente la *enfiteusis*, *bajo el nombre de contrato*, pero *configurando la situación*, de tal contrato resultante, *como de verdadero derecho real*, aceptando aparentemente la teoría del dominio dividido, nacida en la Glosa por un error de Bulgaro, quien viendo en el Derecho romano acciones directas y útiles y la atribución pretoria al enfiteuta de la «*utilis rei vindicatio*», creyó que existían dos tipos de dominio: directo y útil.

Pero nuestro Código, si bien utiliza para la enfiteusis esta terminología lo hace por economía del lenguaje.

En la situación legal, el *propietario es*:

1) Para unos (Castán, Sánchez Román y Sanz), el enfiteuta, ya que hace suyos los productos y accesiones de la finca, tiene «los derechos que corresponderían al propietario» sobre las minas

y tesoros (1.632), y porque fiscalmente se liquida la transmisión del dominio y la constitución del canon.

2) Para los que aceptan la teoría romana, como Traviesas (9), *el propietario es el censualista*, porque tiene el derecho al *reconocimiento* del censo y al *comiso* por el mal uso (último germen de la potencia expansiva del derecho de propiedad).

La *redención* del enfiteuta no es, pues, una liberación, sino *un acto constitutivo, una verdadera expropiación* por utilidad privada en función de consideraciones de organización de la economía social (como en la *servidumbre forzosa de paso*).

Las consideraciones de la opinión contraria no son concluyentes. En efecto: la adquisición de los frutos es el fin económico de la enfiteusis, su contenido, cuya protección jurídica con efectos reales constituye este derecho; el derecho del enfiteuta a los tesoros es, como dice el mismo Código, «el que correspondería al propietario», es decir, que señala el ámbito del derecho del enfiteuta frente a éste; y, finalmente, el criterio fiscal no puede ser base del jurídico, sino al revés, aunque frecuentemente lo perturbe.

Pero, además, en el caso de que el enfiteuta abandonase la finca, devendría "nullius" bajo la primera teoría, y con la segunda, el dominio directo reabsorbería el útil, cosa que está consagrada en el artículo 1.625 del Código civil para el caso de que, habiéndose perdido parcialmente la finca, no le convenga al enfiteuta pagar íntegra la pensión y «prefiera abandonar la finca al censualista».

No obstante nuestra posición, hemos de afirmar que *el censualista es la mínima cantidad de propietario posible*, porque mientras que sus facultades frente al enfiteuta se reducen a retraer cuando enajene y a decomisar la finca si la deteriora, las del enfiteuta son: redimir, transmitir libremente por herencia y enajenar a título oneroso, aunque bajo tanteo y retracto: *la enfiteusis es, para el enfiteuta, un puro valor patrimonial*.

Por eso la conservación de la finca y el pago de sus contribuciones corresponden al enfiteuta y no al *censualista*, que es un *propietario claudicante: la relación tiene su centro de gravedad en el enfiteuta, que atrae al dominio*.

En la *Edad Media*, los arrendamientos inmobiliarios se caracterizan por su tendencia a la perpetuidad, hasta tal punto que la historia del arrendamiento se confunde durante esta época con la de enfiteusis.

Pero la enfiteusis, a su vez, se había confundido y deformado con las *concesiones feudales* o señoriales, conservando de su carácter patrimonial la armazón técnico-jurídica heredada del Derecho romano.

Y cuando a mediados del siglo XIX las tendencias políticas de la época destruyeron los restos de la antigua y superada organización político-social asentada sobre las jurisdicciones personales, para fundar un nuevo orden político sobre la soberanía del pueblo

(9) Notas de sus explicaciones en la Cátedra de Oviedo en el curso 1931-32.

considerado como Nación, el movimiento político, extremista como todo movimiento pendular no se limitó a la abolición de lo puramente caducado por señorial, sino que arrastró al aniquilamiento lo que de aquel sistema tenía de ordenación económica.

La fobia a lo señorial fué enemiga, también, de la institución enfiteútica, que se aceptó a regañadientes como situación jurídico-económica de no inmediata liquidación, pero cuya desaparición era deseable (lo que sólo tenía justificación en cuanto al desorden que tuvo en su crecimiento, manifestado en la subenfiteusis).

De aquí que *el contrato de arrendamiento readquiriese una enorme importancia.*

Y los principios de la economía liberal (libertad de contratación y libertad de contenido), influyeron decisivamente en su regulación, inspirando leyes de sentido fuertemente individualista o anárquico, en que el hombre sólo encontraba en el contrincante su limitación, como lo fueron nuestros Decretos de 8 de junio de 1813 sobre arrendamientos rústicos y la Ley de 9 de abril de 1842 sobre arrendamientos urbanos, en los que quedó consagrada la absoluta libertad contractual y, con ella, el predominio de los propietarios, económicamente más fuertes.

B) *En el Código civil.*—De estas disposiciones se pasa, al través de la Ley Hipotecaria, a los artículos 1.546 y siguientes del Código civil, que regulan el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas de un modo unitario, como un *contrato* productor de las siguientes obligaciones y derechos:

1) Para el *arrendador*, de proporcionar al arrendatario el uso y disfrute de la finca arrendada, durante el tiempo convenido, lo que implica: una obligación de saneamiento (correlativa a la de la compraventa), consistente en mantenerle en aquel uso y disfrute; en el deber de mantener la cosa apta para ello, realizando las reparaciones necesarias; y, aunque no se diga expresamente, a pagar las contribuciones e impuestos de la finca.

2) Para el *arrendatario*, la obligación de pagar la renta convenida, no alterar ni deteriorar la cosa, y devolverla al finalizar el plazo contractual.

Pero, a pesar de este cuadro obligacional de la misma regulación del Código resalta, imponiéndose, un hecho con consecuencias jurídicas: *la atribución de la posesión de la finca al arrendatario en virtud de un título*: el contrato de arrendamiento.

Y esto implica el establecimiento de una situación jurídica, cuyas consecuencias, independientes de contrato-título, son: la *protección posesoria* directa del arrendatario contra los perturbadores de hecho, por medio de los interdictos; la *adquisición inmediata de los frutos*; y la *posibilidad normal de subarrendar*, salvo pacto prohibitivo.

Todo ello supone una base de derecho o *relación real*, que fué desconocida por la doctrina, obcecada por un solo precepto, el artículo 1.571, que consagra el criterio de la *Lex Emptorem* con dos

leves correcciones, en la redacción de su primer párrafo, que dice así:

«El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario, y lo dispuesto en la ley Hipotecaria.»

Aquella situación y este precepto nos imponen un breve estudio del significado de la *Lex Emptorem* y de sus correctivos, de la facultad de subarrendar que, salvo pacto, tiene el arrendatario y, finalmente, de la adquisición inmediata de los frutos por parte del arrendatario.

1) *Significado de la Lex Emptorem.*—El principio creado por la *Lex Emptorem* de que *emptio tollit locatio*, se generalizó en las legislaciones positivas, consagrándolo diferentes brocados: venta mata arriendo, vendage passe louage, Kauf bricht Miete, etc.; y fué recogido, dentro del Derecho histórico español, por las PARTIDAS (V. ley 19, tít. 8).

Al desaparecer el feudalismo estas reglas cobraron esplendor, mientras simultáneamente decaía la enfiteusis.

Pero como el principio de la *Lex Emptorem* constituye la negación de la estabilidad arrendaticia, dentro de las mismas codificaciones, exponente máximo del espíritu liberal, se implantan normas de *corrección*: el C. c. francés dispuso la permanencia del arrendatario si el arrendamiento constaba en documento notarial, salvo que el arrendador se hubiese reservado aquel derecho; el C. c. italiano de 1865, paralelamente, se refería a documento notarial o a documento privado de fecha cierta; el nuestro exceptúa el «pacto en contrario» de vendedor y comprador y el arrendamiento inscrito; en la codificación alemana, mientras el proyecto sancionaba plenamente la *Lex Emptorem*, el B. G. B. dispone la subrogación del comprador en los derechos y obligaciones «del contrato»; y, finalmente, el nuevo C. c. italiano adopta un criterio de amplia protección, según se trate de arrendamientos por más o menos de tres años, en combinación con el Registro de transcripción.

Suele entenderse la *Lex Emptorem* como la negación más completa del posible carácter real del derecho del arrendatario. Todo derecho real, se dice, debe reunir dos características: ser un poder directo e inmediato sobre la cosa y tener una oponibilidad «erga omnes» (lo que ahora se llama, con feísimos barbarismos, «inmediatividad» y «absolutividad»).

El primer aspecto lo trataremos más adelante, con relación al subarriendo. Ahora nos ocuparemos del segundo: *la caducidad del arrendamiento cuando se vende la finca arrendada, ¿implica necesariamente que carezca de carácter real?*

Piensen que si muchos autores, tanto extranjeros como nacionales (Fubini, Venzi, Pacifici, Ruggiero, Enneccerus, Castán y Roca Sastre): pero *no tienen razón*.

En efecto: la eficacia «erga omnes» no es más que la expre-

sión del deber general de *respeto a las situaciones jurídicas ajenas*, y es, en sí mismo, predicable tanto de los derechos reales como de los de crédito. Ahora bien: puede ocurrir que el orden jurídico *libere* de ese deber de respeto a ciertas personas: eso ocurre al comprador de la finca arrendada según la *Lex Emptorem*, y eso le pasa al adquirente de buena fe según el Registro y al protegido por el artículo 464 del C. c. ¿Dónde está la eficacia «*erga omnes*» de un usufructo no inscrito, en el caso de que la finca sea adquirida como libre por un tercero protegido por la fe pública?

La única diferencia entre ambas situaciones radica en que, para las derivadas de la protección al tráfico se exige el desconocimiento de la situación jurídica (buena fe), situación que se impone al adquirente que la conoce (mala fe), en tanto que el comprador de la finca arrendada puede romper el arriendo, según la *Lex Emptorem*, aunque le constase su existencia.

En todo caso y por este lado, *bastaría la derogación de la Lex Emptorem para que el derecho del arrendatario adquiriese carácter real*.

Ya reconocieron esto los autores de nuestra primitiva *Ley Hipotecaria*, cuando dijeron en su Exposición de Motivos que con la inscribibilidad del arrendamiento «se establecía implícitamente un derecho real»: pero esta afirmación, un tanto tímida (tal era el peso de la tradición obligacionista del arrendamiento), sólo tuvo una trascendencia jurisprudencial: tratar el arrendamiento inscribible como un *acto de riguroso dominio*, apartándolo del campo de los negocios de administración.

Por lo demás, la doctrina de entonces y, lo que es más curioso, la de ahora, desconociendo la realidad real (valga la redundancia), se perdió y pierde en una serie de disposiciones bizantinas acerca de *si la inscripción puede o no alterar la naturaleza del derecho inscrito* (lo que se niega), y, sobre la base del riguroso carácter creditual del arrendamiento, estima que su registración debió hacerse por medio de la *anotación preventiva*, como en el sistema suizo, y no en la forma de una propia inscripción, que debe reservarse para los derechos reales.

Por otra parte, intenta explicar la subsistencia del arrendamiento para el comprador por aquellas otras palabras de la Exposición de Motivos, en la que se dice que éste entra en la finca «con conocimiento de las obligaciones en que es sucesor», lo que debe rechazarse, porque: *a*) el Registro no es instrumento para la sucesión en obligaciones, sino en derechos reales; *b*) tal sucesión en las deudas exige el consentimiento del arrendatario o acreedor de ellas.

Esta doctrina, representada actualmente por Roca Sánchez, afirma, pues, en sustancia, que la publicidad del Registro no puede cambiar la naturaleza de un derecho y que la registración del arrendamiento sólo le atribuye (sin alterar por lo demás, su naturaleza

y régimen que el C. c. regula) la oponibilidad a los terceros adquirentes de la finca arrendada.

El resultado es, resume Roca (10), *un derecho personal con efecto de derecho real*, al igual que ocurre con las anotaciones preventivas de demandas en las que se ejercita una acción personal dirigida a provocar un cambio real.

Esta afirmación no puede ser más sofisticada. Si se niega el carácter real al arrendamiento por su falta de oponibilidad al adquirente, logrado este efecto, ¿por qué seguir negándole tal carácter?

La verdad es que *si la registración atribuye a un derecho un determinado efecto, es porque puede dársele*, es decir, porque su naturaleza intrínseca, no sólo lo permite, sino que casi lo exige y porque su carencia se debía a una circunstancia legal, ajena al derecho en sí. La obligación de pagar algo a otro no es inscribible y si se inscribiera, ni cambia su ser ni puede adquirir efecto alguno.

Si el arrendamiento inscrito puede adquirir una oponibilidad de la que, en principio, carecía, es porque puede tenerla: porque era un derecho real débil o mal conformado, pero capaz de recibir salud y fuerza por la inscripción. La inscripción puede vigorizar un derecho, pero no puede darle nada que, por su propia naturaleza, no sea capaz de recibir.

La analogía que Roca pretende establecer entre el arrendamiento inscrito y la anotación de la demanda de una acción personal, nos parece también inexacta y desafortunada, porque *la demanda anotada no supone la registración de una obligación*, sino la inmovilización judicial de un bien sobre el que poder hacer efectiva una pretensión en vías de discusión. Y el arrendamiento no es una pretensión, sino una situación.

Pero es que, además (y en esto hay perfecto acuerdo), *la anotación implica una interinidad, una transitoriedad de situación; y la registración del arrendamiento supone, busca y consigue la permanencia*.

*Si el arrendamiento puede inscribirse con eficacia jurídica será, pues, porque su naturaleza intrínseca es de derecho real*, sin efecto, en principio, frente al adquirente de la finca arrendada, pero que puede adquirirlo, porque a ello tiende, por dos caminos:

1) Por creación contractual del efecto de oponibilidad, al que naturalmente tiende; creación que, en el régimen jurídico de carencia, debe ser registrada, como excepción que los terceros deben conocer para tener que respetarla.

Por eso, cuando el régimen jurídico cambia de signo y lo normal es la oponibilidad, *la registración nada tiene que hacer en el régimen de arrendamientos*, porque nada les puede añadir como situaciones posesorias que llevan en sí mismas mayor publicación

que la del Registro (al que hay que acudir cuando las cosas no entran por los ojos, pero que es innecesario en las situaciones que se dan a conocer por sí mismas), y mejor *publicidad* también (la legal).

2) Por pacto entre el vendedor y comprador de la finca arrendada de respetar el arriendo vigente, es decir, de renuncia, por parte del comprador, a su derecho de destruir el derecho real que no tiene fuerza frente a él.

No es posible concebir esta situación de otro modo, que tendría que ser el de una estipulación a favor de tercero que, como tal, exigiría la aceptación del arrendatario y que podría ser revocada antes de que recayese tal aceptación. Y es indudable que ni el arrendatario tiene nada que aceptar ni tal «estipulación» puede ser revocada en ningún caso.

Es decir: frente a la vigorización del derecho del arrendatario, contractual y pública con respecto al tercero posible, la renuncia, contractual y privada, del tercero presente.

Hemos dicho antes que bastaría la derogación de la *Lex Emptorem* para que el derecho del arrendatario pusiera de relieve su naturaleza intrínseca de derecho real.

Pues bien: obcecado el legislador por la tradición personalista del arrendamiento, cuando en las legislaciones especiales establece de un modo fuerte e inderogable la permanencia del arrendatario, todavía nos hablará en ellas a base de una artificiosa teoría de *subrogación legal del comprador en la posición jurídica del arrendador*.

Pero las cosas son lo que son, y no lo que se las quiera llamar. Y tal subrogación no cabe:

1) Porque, legal o contractual, exige el consentimiento del acreedor, es decir, que sería precisa la intervención aprobatoria del arrendatario en la compraventa; y

2) Porque, en definitiva, la subrogación se refiere a una sustitución *en o de* las obligaciones, y no explica la permanencia de los poderes jurídicos del arrendatario sobre la cosa, su gravitación inmediata sobre la cosa arrendada.

En efecto: puede pensarse en la subrogación del obligado para la conservación de la cosa, pero ello nada tiene que ver con el disfrute (esencia del arrendamiento), que es independiente, en sí mismo, de tal subrogación.

En definitiva, el propietario, sea quien sea, está obligado frente al arrendatario a determinadas prestaciones de hacer, no por razón del contrato, sino en virtud de su relación con el predio, sobre el que su arrendatario tiene el derecho de disfrute.

2) *La posibilidad del subarriendo*.—Así como la oponibilidad «erga omnes» constituye la cara externa de todo derecho real, la interna consiste en el *poder directo e inmediato* del titular sobre la cosa.

En este aspecto, se dice, carece también el derecho del arren-



datario, quien goza al través de una prestación continua del propietario y no tiene poder autónomo sobre la cosa, ya que sólo puede actuar por sí mismo contra los perturbadores de hecho, pues contra los que pretenden desconocer o menoscabar su disfrute fundados en un título jurídico, ha de actuar el propietario a su servicio. Pero *examinemos estas afirmaciones.*

a) El *arrendador está obligado a conservar la cosa* en el estado que sirva adecuadamente al disfrute pactado con el arrendatario.

Esto supone una obligación de «hacer», que no es extraña al campo de los derechos reales, cuando consista, como en el caso presente, en un hacer relativo a las utilidades del inmueble que el arrendatario del mismo tiene derecho a obtener.

Supondrá, pues, que el derecho real del arrendatario es del tipo de los «in faciendo», a cargo del propietario del inmueble gravado; pero no lo lanza, por este solo dato, al campo de los derechos de crédito, sino que, antes al contrario, afirma nuestra opinión.

En efecto: el artículo 1.571, que consagra el principio de la Ley Emptorem, supone que el arrendador puede en todo caso, vender la finca arrendada sin el conocimiento y consentimiento del arrendatario.

Concebido el derecho de éste, de acuerdo con la tradición romanista, como un derecho de crédito, es indiscutible que aquella venta no podría producirse sin su consentimiento, porque el arrendador, que es deudor del arrendatario en cuanto a las obligaciones enumeradas en el art. 1.554, no podría ser sustituido en ellas sin la colaboración aceptante de éste, en una novación o por medio de una transmisión pasiva de obligaciones (si se estima que ello es posible fuera del procedimiento novatorio).

Si no ocurre así; si el arrendador que enajena es sustituido en sus obligaciones por el adquirente, ello indica que no estaba obligado por contrato, sino por su relación de propiedad sobre una cosa en situación de arrendamiento (aquellas obligaciones derivan de esta situación, y esta situación del contrato).

Y apoyadas las obligaciones de hacer sobre la cosa arrendada, la transmisión de ésta libera al enajenante y liga al adquirente. Es el juego típico de todo deber jurídico impuesto por razón de una cosa.

El arrendatario tiene, pues, un derecho real «in faciendo» sobre la cosa (Crome, Dernburg, Oertman y entre nosotros, Foncillas) que, además de implicar su inmediato disfrute, impone a quien sea su propietario ciertas obligaciones de hacer, de las que éste se libera por el abandono o por la enajenación de la cosa *para el futuro*, porque *en cuanto al pasado* sigue obligado, pero ya no por razón de la cosa con la cual rompió su relación, sino por virtud del artículo 1.101, que transforma su pasada obligación incumplida, en una actual de *resarcimiento*.

b) El *arrendatario carece de poder autónomo* sobre la cosa. Casi nos parece poco serio que se afirme esto, porque el arrendatario goza de la cosa arrendada, de un modo pleno, directo, exclusivo y excluyente. ¿Qué diferencia económica hay entre el arrendamiento y el usufructo? ¿Por qué va a haberla jurídica?

Por otra parte (y siempre dentro del régimen del Código civil), el *arrendatario* a quien no se le hubiera prohibido (¡prohibición de disponer aceptada por la ley como válida y eficaz!) *podrá subarrendar la cosa*.

Nótese bien: no podrá ceder el arrendamiento, porque ello implica una transmisión en parte activa, pero en mucha parte *pasiva* de obligaciones, que requiere el consentimiento del arrendador-acreedor; pero podrá subarrendar; es decir: *dispondrá autónomamente de la cosa arrendada*, transmitiendo su disfrute a un tercero.

Finalmente, se dice que si bien el arrendatario, como poseedor, tiene la protección interdicial frente a los perturbadores de hecho, no tiene autonomía de actuación jurídica con respecto a los que, fundados en un título, intenten una pretensión cuyo logro implique un menoscabo de su disfrute.

Y nos preguntamos: pero, ¿es que el usufructuario puede hacer algo contra un tercero que afirme la existencia de una servidumbre derivada del dueño?

Pero es que, además el artículo 1.553 establece que «son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa»; y en el 1.474 se dice que «en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461, el vendedor *responderá* al comprador: 1.º De la *posesión legal pacífica* de la cosa vendida», lo que coincide exactamente con lo ordenado en el 1.554, según el cual «el arrendador está obligado: 3.º A mantener al arrendatario en el *goce pacífico* del arrendamiento por todo el tiempo del contrato».

No hay, pues, diferencia de situación entre la compraventa, cuya finalidad es atributiva del dominio (el derecho real por excelencia), y el arrendamiento, cuyo objeto es la transmisión de un contenido económico más limitado: el disfrute temporal de una cosa.

3) *La adquisición inmediata de los frutos*.—Ni el principio de la Ley Emptorem (lado externo), ni el contenido del derecho del arrendatario (lado interno), excluyen, sino que imponen, el carácter real de este derecho; pero es que, además, si no se le reconoce esta naturaleza, es imposible de explicar, para los arrendamientos rústicos, el efecto automático e inmediato de la adquisición de los frutos de la finca arrendada por parte del arrendatario.

El arrendatario de una finca rústica *hace suyos los frutos*: ¿Cómo explicar esto dentro de la teoría obligacionista? Se han arbitrado diversas teorías:

1) Polacco y Fubini pretenden fundamentarlo en la obliga-

ción de proporcionar el disfrute; pero esto no explica nada, porque el disfrute es un hecho.

Podrá haber la obligación de permitir y facilitar el disfrute, pero el cumplimiento de aquélla habrá de traducirse en un permiso para obrar en la cosa; en definitiva: una concesión de un poder inmediato y directo.

2) Carnelutti estima que el arrendatario disfruta en virtud de una obligación de «no hacer» del arrendador.

Pero esta teoría, similar a la concepción obligacionista del derecho real, no parece aceptable, porque es evidente que al arrendatario no le basta, para satisfacer su interés, con que el propietario «no haga», sino que precisa estar facultado para «hacer» por sí mismo. Los que creen que no ejercito mi derecho de propiedad sobre una manzana cuando me la como, sino cuando prohibo a los demás tocarla están legitimados para sostener que el arrendatario sólo tiene derecho a exigir el no hacer del arrendador.

3) Para explicarse concretamente la adquisición de los frutos, Zittelmann piensa que con el derecho de arrendamiento va in-sita una *oferta de tradición* de aquéllos, que el arrendatario acepta al percibirlos.

Esta posición merece severas críticas, porque conduce a consecuencias absurdas. En efecto: el riesgo de la pérdida por caso fortuito deberá recaer, según esto, sobre el propietario, porque se produce antes de la aceptación (*pendente obligatione*): y es evidente que no ocurre así. El riesgo de la empresa agrícola lo asume el arrendatario, y sólo excepcionalmente se admite que la pérdida de la cosecha dé lugar a una reducción de la renta.

Por otra parte, y como dice Von Tuhr, si el arrendador deviene incapaz, el acto de tradición no podría perfeccionarse.

4) Acorralada, la doctrina busca un «*tertium genus*». Masco nos habla que el arrendamiento es «un derecho personal de disfrute», que entraña un poder directo sobre la cosa, aunque más personal que el derecho real propiamente dicho.

Pero el establecimiento de un tercer término, por sí mismo, tampoco explica nada. Decir que una cosa tiene una naturaleza «*sui generis*», sin explicar en qué consiste, es eludir una explicación que no se da, como cuando se termina una enumeración añadiendo el «*et coetera*» se quiere decir, en la mayoría de los casos, que no se recuerda o conoce más términos de la misma.

Y es que no hay escape: el arrendamiento ha de ser concebido como un derecho real de disfrute, que atribuye al arrendatario un poder directo sobre la cosa arrendada, por cuyo título adquiere sus frutos.

Es, pues, un derecho paralelo al del *usufructuario*, como observan De Buen y López Palop, del que, en definitiva, no se diferencia más que en el *matis fuertemente personal de éste, que*

termina en todo caso con la muerte del usufructuario, lo que no ocurre con el arrendamiento del Código, en el que prevalece el plazo contractual, ni mucho menos en los arrendamientos especiales en los que la situación arrendaticia permanece con casi total independencia de la vida del arrendatario.

#### IV. EL ARRENDAMIENTO DE ESTAS COSAS EN LAS LEYES ESPECIALES

Hemos afirmado y creemos haber probado que del contrato de arrendamiento de cosas surge, dentro del régimen del C. c., una situación jurídica de derecho real, que vive por sí misma y con sus propios efectos, desligada ya del contrato que fué su ocasión de vida.

Pues bien: si creemos esto con relación de aquel régimen, ¿qué no pensaremos en el ordenamiento resultante de las leyes especiales? Dentro de él pondremos de relieve dos características del mayor interés: 1) la normación legal del contrato originador; y 2) la extraordinaria potencia en efectos reales de la situación originada.

A) *La normación legal del contrato originador.*—Siguiendo la terminología de Niepperdey, puede afirmarse que en la legislación especial, el contrato de arrendamiento que recae sobre fincas se ha convertido en un contrato de normación legal: en un *negocio jurídico dictado*.

No es lo mismo el negocio jurídico dictado que el *forzoso*, ni éste es igual al *de conclusión forzosa*. Nos explicaremos, siguiendo en parte ideas de Polo (II).

El sistema de contratación conocido por nosotros responde exactamente a la concepción liberal y democrática que domina el siglo XIX y los comienzos del XX.

Reflejo fiel de aquella concepción política, hace del reconocimiento de los derechos individuales quicio y fundamento de todo el sistema, y coloca la ley al servicio directo de los particulares, garantizando la libertad de acción de éstos hasta los límites de lo tolerable.

La creación de estos derechos sólo puede surgir, para el liberalismo, por la libre voluntad del hombre. Y esta libertad es el señor más absoluto de derecho contractual.

En función de este sistema liberal, dos principios gobiernan todo el mundo contractual: el de la *autonomía de la voluntad* privada y como secuela de éste, el de *libertad de contratación*.

En un sistema de contratación así concebido, se desconoce, por

(11) En «Rev. Der. Priv.», 1941, de cuyo trabajo resumimos brevemente la parte necesaria para las consecuencias que sacaremos en nuestra materia, incluso tomando literalmente algún párrafo o frase, cuya exactitud de expresión nos pareció difícil de modificar.

tanto, todo sentido social y colectivo que no sean la suma de intereses personales; y el espíritu individualista encuentra en el sistema contractual su ambiente más propicio.

El principio de *libertad de contratación* aparece formulado en función del de la *autonomía de la libertad* privada, declarada consustancial al hombre y rodeada de un nimbo «ius naturalista» que la hace punto menos que intangible.

Este principio informa y preside todos los contratos. Aquel «laissez faire» de los fisiócratas conduce ahora al libre juego de las voluntades individuales y de las fuerzas económicas.

Presupuesto teórico y fundamental del sistema es la *igualdad de las partes*, que en el libre juego de sus intereses contrapuestos, llegan a fijar una serie de puntos coincidentes, y que, a su vez y libremente, se determinan a concluir el contrato. Es decir: que esta *libertad* de contratación se manifiesta en un doble aspecto: *libertad de conclusión del contrato* y *libertad de fijación de su contenido*.

A estas dos formas de manifestación de la libertad contractual, corresponden actualmente dos expresiones de su negación en los llamados en la técnica de Niepperdey, *contratos dictados* o *forzosos* en los cuales la obligación se concreta, unas veces a la celebración del contrato, otras a recoger en él un contenido mínimo normativo, y otras, en fin, celebración y contenido mínimo aparecen igualmente impuestos por la ley.

Ello se debe, no solamente a causas de orden social y ético, sino también y muy principalmente, a motivos de orden técnico.

La concentración industrial y capitalista puso bien pronto de relieve que la *cacareada igualdad de las partes no era más que teórica*, y que lo mismo el obrero (en el campo del trabajo) que el particular usuario o consumidor (en el de la economía), acudían al contrato en condiciones de verdadera inferioridad frente a la potencia económica de la gran Empresa, que en virtud de un monopolio o cuasi-monopolio de hecho (cuando no de derecho), les obliga, no sólo a celebrar el contrato (*crisis de la libertad de conclusión*), sino a aceptar íntegramente las condiciones por ella dictadas casi siempre abusivas (como, por ejemplo, las cláusulas de exoneración de responsabilidad), seguras de que el hambre o la *necesidad del artículo o del servicio*, le proporcionará los brazos que necesita para su taller o fábrica, o el cliente consumidor que sostiene su negocio (*crisis de la libertad de fijación de contenido*).

Surge entonces el llamado por Saleilles contrato de *adhesión*, que es un verdadero contrato-reglamento; y le siguen los denominados *contratos normativos*: el de *cártel* (o de coaliciones de Empresas) y el *colectivo* (generalmente de trabajo).

Es natural que una zona tan extensa y tan sensible de la Economía como lo es la de la contratación, no pudiera sustraerse a la penetración de las ideas colectivas y sociales, características del momento presente, penetración favorecida por una cada día

más creciente intervención del Poder público que, si pudo desentenderse de aquellos contratos aislados celebrados bajo el imperio de la voluntad, en cuanto se mantenían en unos ciertos límites de cantidad y cualidad, no puede permanecer ajeno, ni frente al nuevo tipo contractual que se va dibujando como consecuencia de la concentración industrial y capitalista, ni frente a *la perentoriedad de ciertas necesidades particulares en un medio económico de escasez*; en definitiva: de un desequilibrio entre la demanda y la oferta, que coloca al peticionario en una inferioridad injusta cuando ello recae sobre cosas de las que al hombre no le es dable prescindir: alimento, vestido, vivienda y transporte.

Ello hace que la intervención legal alcance desde colocar a una de las partes en la situación permanente de oferente (es el caso de los transportistas, frente a los que se cierra un contrato; no es que se les obligue a contratar), pasando por la obligación legal de contratar (los seguros sociales y de riesgos de transportes, en favor de obreros y viajeros), hasta la mera fijación legal del contenido del contrato, que en sí mismo es voluntario, es decir, que se celebrará o no, según la voluntad de las partes, pero si se celebra, su contenido viene impuesto por la Ley (por ejemplo: en los artículos sujetos a *tasa* no hay libertad de fijación del precio).

Esta intervención mínima legal alcanza a los dos tipos anteriores: es decir, que los contratos forzosos y los de conclusión forzosa son, también, de contenido dictado.

a) *Sobre fincas urbanas.*—En materia de *arrendamientos de fincas urbanas* hay una posibilidad futura de contrato de *conclusión forzosa*, que puede darse para los propietarios de locales aptos para viviendas, en el caso de que el Gobierno haga uso de la autorización para legislar por Decreto que le concede la 23 disposición transitoria de la vigente L. A. U.

Si se produjera este evento, el Gobierno puede imponer el *alquiler obligatorio de las viviendas vacantes*, previo un plazo de quince días que el Gobernador provincial habría de conceder al propietario para que lo concertase por sí mismo. Pasado tal plazo sin efecto, el Gobernador podrá acordar la ocupación arrendaticia del aspirante a inquilino a quien por turno corresponda y se halle dispuesto a pagar la renta exigida por el arrendador, si no fuera superior a la última declarada a fines fiscales.

Pero, aparte de esta posibilidad excepcional y aun no producida *el contrato es de contenido dictado en cuanto a los puntos* que indicaremos en seguida.

De la lectura superficial de la L. A. U. podría parecer que el contenido contractual es mucho mayor. Nada más inexacto; aunque la ley hable de prórroga del contrato, de causas de oposición a la prórroga y de resolución del contrato, la regulación que hace es de la situación arrendaticia creada por el contrato, pero que vive ya independizada de él.

Y esto es así hasta tal punto, que sólo el artículo 150 se re-

fiere directamente al contrato originador, permitiendo al inquilino liberarse de la obligación contractual del pago de las rentas, antes del término de duración pactado, cuando el propietario le perturbe su disfrute, no realice las reparaciones necesarias o no le preste los debidos servicios complementarios.

Es decir: después de vencido el plazo contractual, el inquilino debe las rentas por razón de la situación arrendaticia que es un derecho suyo, y al cesar ésta por el abandono de la vivienda, cesa aquélla; pero antes de tal vencimiento las debe, además, por razón del contrato y no puede liberarse de su deuda por el abandono.

El contrato de arrendamiento es de contenido dictado en cuanto a los siguientes puntos:

1) La constitución de una *fianza obligatoria* por el inquilino en favor del propietario por el importe de una renta de la vivienda y de dos del local de negocio, que aquél entregará a éste, quien la invertirá en el papel del Estado creado al efecto, que retendrá en garantía hasta finalizar la situación arrendaticia. La ley dice «hasta la terminación del contrato»; pero hay que entenderlo como decimos, porque también habla de «prórroga del contrato» y no de la situación, que se prolonga a la exclusiva voluntad del inquilino, cuando el contrato precisa, en todo caso, el concurso de voluntades.

2) En el inquilinato de *viviendas amuebladas*, la ley impone el *desdoblamiento contractual de la renta* en: a) por la vivienda considerada en sí misma, cuya *tasa* se rige por los criterios que indicaremos después; y b) por los muebles, que no podrá exceder de otro tanto (§7).

Este desdoblamiento tiene su *consecuencia* jurídica, que es un excelente índice indicador de la exactitud de nuestros puntos de vista: *sólo es causa de resolución el impago de la renta correspondiente a la vivienda*, considerada en sí: el impago de la renta de los muebles sólo da derecho a reclamar su importe (153).

Es decir: hay un contrato del que la ley separa la situación arrendaticia sobre la vivienda, que permanecerá a pesar del incumplimiento contractual del inquilino; pero lo que no parece justo es que constriña las posibilidades contractuales del propietario a uno solo de los términos que se dan en todas las obligaciones recíprocas (1.124 C. c.); reclamar el cumplimiento, pero privarle de obtener la resolución del contrato en cuanto a los muebles y, en consecuencia, la devolución de éstos.

3) La *renta* es lo único que pueden pactar los contratantes, quienes se encuentran, después del contrato, con una situación férreamente articulada por la ley, de enérgicos y típicos afectos de un perfecto derecho real.

Y aun la renta se encuentra sometida a una cierta *tasa legal de máximo*, que puede ser sintetizada así:

a) *En los edificios anteriores a 1936*, la renta se estabiliza en la vigente el 17 de julio de aquel año, que, en principio, es sus-

ceptible de incrementarse según la escala de porcentajes del artículo 118, cuya efectividad para las viviendas está suspendida a la determinación del Gobierno por la 11.ª disposición transitoria, suspensión que no afectó al 40 por 100 que también establece de incremento para la renta de los locales de negocio; pero, en ambas situaciones si en el interin hubiese habido una elevación convencional, no afectará a la base de cálculo del aumento (12).

b) *En los edificios construidos después de aquella fecha, pero antes del 2 de enero de 1942*, la renta entonces vigente queda establecida como tipo.

c) *En los edificios construidos con posterioridad*, la primera renta fijada contractualmente pasa a ser el «tipo» futuro.

d) *Libre el local de negocio o vivienda*, puede pactarse con el nuevo inquilino una renta superior al «tipo» que corresponda según lo indicado, *sin exceder de la que resulte catastrada por investigación* (no por declaración del propietario).

Pero, según el artículo 133, tanto el inquilino como el arrendatario de locales de negocio, puede imponer al propietario la *reducción de sus rentas a la cantidad declarada por éste al Fisco* o a la que, si no se formuló declaración, sirvieren de base al tributo, *«entendiéndose en estos casos novado el contrato» en cuanto a la renta*, sin necesidad de acudir a juicio.

Como por renta se entiende, a los efectos fiscales, «la cantidad total que el propietario percibe del inquilino como precio del disfrute o posesión» de la finca o de los servicios complementarios (artículo 6.º del D. de 21 de mayo de 1943), se infiere a contrario que los excesos de contribución que el propietario percibe de los inquilinos, que no son precio del disfrute ni le proporcionan utilidad alguna, no tienen el carácter de renta y no están comprendidos en la hipótesis del precepto que nos ocupa.

Aquel precepto es confirmación de su precedente directo, el artículo 12 de la ley de Reforma Tributaria; y ambos son el desarrollo del artículo 1.º del R. D.-L. de 1.º de enero de 1926, que denegaba al arrendador la acción para reclamar rentas superiores a las catastradas o amillaradas.

El *fundamento* de esta regla podría encontrarse, como dice Flores Micheo (13), en la razón de que se consiente al inquilino la rebeldía contra el propietario, en la misma medida en que éste lo es para con el Fisco, ya que el impuesto es la prima que al Estado se paga por la protección que nos presta.

Pero, en realidad y como dice el mismo autor, se trata de una medida que tiende exclusivamente a un resultado fiscal, buscando un aliado en el inquilino que sabe en guerra con el propietario,

(12) El Ministro de Justicia anunció a principios del corriente año que está en estudio una ley que permitirá la elevación de estas rentas antiguas dentro de ciertos módulos.

(13) En un interesantísimo trabajo titulado *Modificación de renta urbana por motivos fiscales*, en la «Rev. de Der. Priv.», 1948, pág. 212, del que tomamos algunas ideas y perfilamos otras.



porque hoy día casi todos los arrendamientos urbanos proporcionan un provecho injusto a una u otra de las partes.

Y la verdad es que la injusticia del propietario que defrauda a la Hacienda no puede justificar la del inquilino, que menoscaba la contraprestación debida.

No dice la ley que la renta quede reducida de pleno derecho a la cantidad declarada a la Hacienda, sino que los arrendatarios «podrán limitar el pago» a ella.

Se trata, pues, de un *derecho potestativo* y, dentro de esta categoría, de los llamados de *modificación* jurídica, cuya actuación por el inquilino afecta al propietario sin precisar la colaboración de éste, ni suponer ninguna pretensión o acción dirigida contra él.

La potestad de modificación jurídica concedida al arrendatario se ejerce y agota en una declaración de voluntad, expresiva de que quiere y provoca la reducción de la renta.

Tal declaración unilateral de voluntad es *recepticia* frente al arrendador; es decir, no se perfecciona ni produce efecto mientras no se le notifique. Sin embargo, en la práctica de los litigios, sin notificación previa se ha presentado la papeleta de conciliación; pero no hay inconveniente en entender que ésta, además de su efecto procesal, suple en el aspecto sustantivo a la notificación.

El *efecto* de tal actuación de voluntad es la reducción de la renta a la cantidad declarada al Fisco, «entendiéndose en estos casos *novado el contrato en cuanto a la renta*, sin necesidad de acudir a juicio» (133).

Tal novación, que nace apoyada en la ley por voluntad del inquilino y sin consentimiento del propietario, merece el calificativo de novación *legal* y, como constreñida a la renta, no es una novación propia o extintiva, sino simplemente *modificativa* o *impropia*, y no dará lugar a la extinción de las garantías prestadas por terceros para la seguridad de inquilinato.

El derecho potestativo, por su propia naturaleza, no produce acción alguna: concede, simplemente, la facultad de producir la modificación de una relación que conserva sus propias acciones.

Por eso *debe distinguirse este supuesto de la acción de revisión de rentas*, que tiende a conseguir del Juez un pronunciamiento de equidad, en el que juegan factores variadísimos y complejos.

El derecho de reducción modifica «per se» la renta, «sin necesidad de acudir a juicio».

Así como el inquilino puede reducir la renta a la cantidad declarada al Fisco por el propietario, *éste puede repercutir en el arrendatario los aumentos tributarios*.

Se produce, entonces, una modificación de la renta en sentido *impropio*, porque la renta verdadera (la utilidad del propietario) permanece invariable, aunque al lado de ella perciba éste una cierta suma de dinero que no tiene tal carácter, porque recibe el aumento, no para su utilidad y beneficio, sino *para entregarlo al Estado, de quien se convierte en recaudador indirecto*, aunque sin

premio de cobranza, sin descargo de partidas fallidas y sin procedimientos privilegiados.

En principio, el Registro fiscal de Edificios y Solares toma como base la declaración de los propietarios.

Pero hay que tener en cuenta que la contribución urbana recae sobre el *total importe de las rentas que un edificio produce o es susceptible de producir* (artículo 5.º del Reglamento, de 24 de enero de 1894). En consecuencia, un edificio puede tributar (y de hecho son muchos los que hoy tributan así), no por las rentas que efectivamente produzca, sino por la utilidad que la comprobación técnica le asigne; porque, naturalmente, aquel artículo es aplicable a los arrendamientos, no solo a los mal establecidos o empobrecedores, sino a los estabilizados o impedidos de elevación de rentas por la L. A. U. y las disposiciones que la precedieron.

Es decir, que el Estado puede cobrar por la utilidad que reconoce y comprueba que un edificio debe producir; pero impide que el propietario la obtenga. ¿Puede justificarse esto?

Pero si el Estado legislador impide, en beneficio de los inquilinos, la elevación de los alquileres, el Estado fiscal, al incrementar progresivamente la presión tributaria y reconocer que un local de vivienda o negocio, que produce «x» renta, debe producir «x + 1», crea una escisión en la utilidad base del tributo: la determinada por «x» (a cargo del propietario), y la fijada en «+ 1» (que percibe el inquilino, al dejarla de pagar a aquél).

Esta es la razón y la justicia de la repercusión sobre el inquilino y arrendatario del aumento de las cargas tributarias.

Pero para que ello sea posible, es preciso que «los alquileres pactados, incluidos todos los servicios, resulten iguales a los que, a efectos tributarios, hubiere *declarado* a la Hacienda el propietario del inmueble» (artículo 2.º del D. de 11 de enero de 1946).

Por tanto, no es necesario que en la declaración figuren las cantidades que el arrendador ya percibe por exceso de contribución y que no tienen, en ningún caso, el carácter de renta.

Por otra parte, aunque exista una diferencia entre la renta declarada (¡no la investigada!) y la efectiva, si no es mayor del 5 por 100 del total del inmueble, no impide la repercusión, porque dentro de tal límite no hay obligación de declarar y la inexactitud carece de trascendencia fiscal (artículos 1.º y 2.º del D. de 21 de mayo de 1943).

Aunque el artículo 126 de la Ley de Reforma Tributaria de 31 de diciembre de 1946 dice que *el exceso contributivo debe repartirse* en proporción a la renta que cada inquilino satisfaga, ello sólo ocurrirá cuando aquel exceso se produzca por *elevación de los coeficientes* (artículo 3.º del D. de 11 de enero de 1946); porque si surge por *ampliación de la base imponible*, se distribuirá «de modo que cada inquilino satisfaga la contribución correspondiente a la diferencia entre la renta que la parte del inmueble que ocupa es

susceptible de producir, a juicio de la Administración, y la realmente satisfecha» (artículo 1.º de la O. de 18 de noviembre de 1943).

La solución contraria sería injusta para los inquilinos cuyas rentas se aproximan más o se igualen con las investigadas, que en una repercusión proporcional pagarían, lo que a otro corresponde, como así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Orden citada.

Siendo la repercusión una modificación impropia de la renta, en la que el propietario actúa a la manera de un recaudador indirecto, el incremento que por ello gire contra los inquilinos no es aumento de renta, aunque se comprenda bajo el mismo documento o «recibo» (pero, preceptivamente, por conceptos separados), y no se puede reconocer a esta situación el carácter de ejercicio de un derecho potestativo de modificación jurídica, como cree Flores Micheo, porque *nada se modifica*.

Cosa distinta e independiente es la protección que se dispensa por la ley al propietario, al repercutir: el abono del aumento es obligatorio para el inquilino «si es legítimo».

El propietario debe hacer su distribución y notificarla a los inquilinos interesados, quienes pueden aceptarla de un modo expreso, tácito o aun presunto (por silencio), según la ley.

O desconocerla, en cuyo caso el propietario puede optar por reclamarle las diferencias o por resolver el contrato, previa comprobación judicial, dentro del proceso, de la legitimidad de los aumentos que el inquilino rechaza. Esta acción alternativa caduca a los tres meses de la oposición del inquilino.

En estos efectos jurídicos, pues, la repercusión por aumento de contribuciones está asimilada a la renta misma.

b) *Sobre fincas rústicas*.—En materia de *arrendamientos rústicos*, los artículos 5.º y 6.º de la ley de 1935, desconociendo la realidad de la idiosincrasia jurídica del pueblo español, ordenaron que los contratos de arrendamientos serían *formales*, otorgándose necesariamente por *documento privado* aquellos cuya renta anual fuera inferior a cinco mil pesetas, y por *documento notarial* los que la excedieran; pero, además, habían de ser *inscritos* en el libro registro especial de Arrendamientos, para que adscribiesen a la legislación especial las situaciones que creaban: *la inscripción era verdaderamente constitutiva de los derechos dimanantes de la ley*.

El fracaso de esta medida legislativa fué tan rotundo, que el artículo 2.º de la ley de 1942 hubo de disponer, *con efecto retroactivo, la eficacia de las situaciones arrendaticias creadas con anterioridad y de las futuras, haciendo caso omiso de la forma de constitución*.

Quedan como de cumplimiento voluntario aquellos preceptos que imponían la forma y la inscripción, al que puede cualquiera de las partes obligar a la otra; pero, con una visión certera, dada la superfluidad de aquellos requisitos en cuanto a los efectos (que es lo fundamental), dispone el mismo artículo que los gastos serán de cuenta de quien lo inste: o lo que es igual, que «el que quiera

lujos que los pague», ya que lujo es lo que nada añade al propio derecho.

Claro que este artículo no se expresa como nosotros hacemos, sino que dice que «los contratos... se tendrán por válidos, cualquiera que sea la forma de su celebración»; pero el artículo 5.º siguiente dispone que «los beneficios de esta ley no serán de aplicación a quienes no estén actualmente en la posesión arrendaticia».

Luego lo que se convalida no es un «cruce de consentimientos» sucedido en un instante del tiempo pasado, y que, por lo demás, tampoco fué nulo o anulable, como aquella confirmación («se tendrán por válidos») parece suponer, sino válido y perfecto, aunque ineficaz, por defecto de forma, para crear una situación de plenitud jurídica a la que la ley tendía por este equivocado camino.

Porque las «formas», que son necesarias para la existencia de las cosas (forma dat esse rei), pueden ser naturales y artificiales. Y cuando un derecho tiene ya una intrínseca, que le atribuye *publicación* suficiente (la «publicidad» es cosa distinta y consiste en un juego de presunciones), como la pública posesión en concepto de arrendatario, las formas artificiales que se le quieran añadir, son artificiosas y mueren por sí mismas, porque no pueden injertarse vitalmente en el derecho, ya que éste las repele; y la naturaleza (hasta la jurídica) tiende a la sencillez. Y como los árboles se desprenden de las hojas muertas, de los derechos se caen las formas que caducan con la evolución jurídica, o que artificiosamente se les intenta vestir.

No se puede legislar contra el sentimiento jurídico del pueblo; esta es una lección bien aprendida por nuestros reformadores hipotecarios de 1944.

Así, pues, y contra la dicción legal, no se revalidan los contratos, sino las situaciones jurídicas por ellos creadas, a las que se atribuyen efectos independientes de los pactos contractuales (no previstos o, quizá, abiertamente no queridos), singularmente en cuanto a la fijación de la renta, duración de la situación y retracto del colono.

La legalidad vigente, en materia de normación legal de los contratos creadores de arrendamientos rústicos, está formada por los artículos 3.º de la ley de 1942 (que señala el modo de fijar la renta), y 7.º de la ley de 1935 (que regula su revisión, es decir, su fijación contractual y extracontractual).

El *principio general* vigente está contenido en el primer párrafo de este último precepto que, huyendo de antiguas recetas (como la fijación oficial de rentas, trata de equilibrar las posiciones del propietario y del colono (*sobre la base de su desigualdad económica e igualdad jurídica*), por el procedimiento de revisión que regula, después de declarar que, «a fijación de la renta... quedará al arbitrio de las partes contra antes».

Pero, como dice Pérez Serrano (14), en el momento de la celebración del contrato «el propietario pesa más que el colono», y es posible que éste acepte una renta demasiado gravosa: una renta injusta.

Para corregir esto, el artículo 7.º de la ley de 1935 arbitra un procedimiento de equidad, para la *revisión de la cuantía de la renta contractual*.

No se trata de un supuesto paralelo a la posibilidad que el inquilino tiene, bajo el régimen de la L. A. U., para reducir la renta a la cantidad declarada por el propietario al Fisco. Este derecho, como verdaderamente potestativo y de modificación jurídica, no produce acción alguna, sino que altera unilateralmente la relación-base, y de ésta surgen las acciones, modificadas reflejamente; su ejercicio reduce «per se» las rentas, «sin necesidad de acudir a juicio» (133 de la L. A. U.).

Por el contrario, en nuestro actual supuesto, el colono tiene una acción, que no corresponde concretamente a ningún derecho (fuera del genérico «suum cuique», de no pagar un precio injusto), para conseguir del Juez un *pronunciamiento de equidad*, en el que juegan factores variadísimos y complejos. Y hasta tal punto esto es así, que el Juez no está constreñido a una estricta congruencia, pues *sin necesidad de reconvencción, puede elevar habiéndole pedido reducción o viceversa* (art. 53, párrafo 3.º, de la Ley de 1935).

Las partes, propietario y colono, pueden *someter a la aprobación del Juez* la determinación de la renta, y éste confirmarla o declarar nulo el contrato.

Estas rentas, confirmadas «ad initio», no son revisables; pero los contratos son *rescindibles* durante el decurso del tiempo contractual, *por lesión* debida a circunstancias imprevisibles y que *supere al 25 por 100 de la renta*.

Esto ha de considerarse por los Jueces como el *criterio legal y objetivo de que una renta es abusiva*.

La renta que no exceda del 25 por 100 de la que equitativamente debiera pagarse, podrá ser una renta «elevada», pero no es una renta «abusiva» y, por tanto, no revisable, sino confirmable, porque el Juez no tiene por qué convertirse en un corrector milimétrico del tráfico económico-jurídico.

Ahora bien: así como deberá confirmar la renta que no exceda de ese 25 por 100, la que lo exceda no será reducible parcialmente, es decir, limitada a un exceso inferior a aquel porcentaje, sino íntegramente revisada y estabilizada en lo justo. La situación es paralela a la que puede darse con los intereses altos y los usuarios, porque tiene el mismo fundamento ético-jurídico.

Dice la ley que los contratos sometidos a la aprobación judicial, que no la obtengan por excesividad de renta, *serán declarados nulos*. No dice que el Juez la revisará y que, fijada por él equitati-

(14) La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, pág. 874.

vamente, permanecerá el contrato con tal modificación, sino que el contrato es nulo.

Opone a esto el comentarista Royo (Arrendamientos rústicos, página 112), que la resolución judicial no deberá contener tal declaración de nulidad, sino meramente que la renta es abusiva, puesto que tal declaración o efecto (la nulidad) viene impuesta por la misma ley. Pero no es menos cierto que el Juez ha conocido sobre un contrato y lo ha calificado de inmoral, y que debe decretar cuantas consecuencias de ello se deriven.

Pero sea de esto lo que se quiera, lo cierto es que las facultades judiciales no alcanzan a revisar la renta del colonato «ab initio», es decir, cuando aún no ha nacido la situación arrendaticia, y sí sólo el título de su nacimiento: el contrato. Sólo cuando el colonato ha surgido a la vida jurídica por virtud de la puesta en posesión de la finca al colono, y éste lleva un año en la tenencia, es cuando el Juez puede revisar íntegramente la renta, sin que ello signifique destrucción alguna del contrato, porque éste se ha consumado en la creación de un derecho real a favor del colono (es un contrato que ya ha cumplido su misión), y de la relación arrendaticia, porque nada se pide sobre los poderes que a favor de su titular (el colono) implica, sino sobre la obligación que le incumben por razón de ellos.

Si la revisión de la renta se pidiera entonces, no por razón de la situación independiente ya del contrato, sino por razón de éste, cualquier pronunciamiento que sobre él se hiciera habría de repercutir necesariamente sobre aquélla: tan anulable sería el contrato antes como después de la posesión del colono, y ésta se vería decisivamente afectada por la declaración que recayese.

En los colonatos surgidos en virtud de un contrato no sometido a la aprobación judicial, cábele al colono solicitar, pasado un año (agrícola, habrá que entender) de su disfrute, la *revisión de la renta*.

Y el Juez la determinará (teniendo en cuenta la producción normal de los predios, los precios medios de sus productos, gastos de cultivo y los usos y costumbres locales), sin que su fallo tenga, en ningún caso, efecto retroactivo.

Carece de esta acción el colono que estuviera en prórroga por su sola voluntad, lo que parece justo, ya que cuando usa de su derecho a prolongar la situación, será porque le parece buena.

Lo que ya no parece tan justo es que, según el artículo 7.º del Reglamento de 27 de abril de 1935, «únicamente se entenderá obtenida la prórroga por la sola voluntad del arrendatario, cuando aquella se decreta no obstante la oposición del arrendador», porque ello equivale a que, para impedir la revisión, tenga éste que promover y perder un pleito... que puede ver claramente perdido.

Claro que se trata de un precepto meramente reglamentario, cuya ilegalidad por exceso no sería difícil de demostrar: pero no es menos cierta la aplicación excesivamente proteccionista para

el colono que nuestros Juzgados y Tribunales hacen de esta legislación especial, que verdaderamente llega a *privilegiada*.

Hasta la ley de 1942, la fijación de la renta se vino haciendo directamente en dinero, «forma de contratación, sin duda la más general y usada», dice la Sentencia de 5 de marzo de 1946, y que nosotros diríamos «forma normal».

Pero desde 1935 y, singularmente, desde nuestra guerra de Liberación, se produjo en nuestra Patria un hecho doloroso, pero innegable, que puso sobre el tapete jurídico la *permanencia de las contraprestaciones en los contratos de tracto*: la desvalorización progresiva de la moneda, que al perder valor adquisitivo hace subir el índice de los productos del campo, y repercute en la economía del propietario a la inversa, es decir, que compra caro a su colono y le cobra barato su renta.

Y el legislador intentó una *fórmula de estabilización* apoyándose en el «valor trigo», de un modo sin duda inteligente, pues no sólo tendía al futuro, sino también al pasado, produciendo una corrección a *revisión automática* de las rentas.

Cierto es, como señala Pérez Serrano (15) que la ley dejaba lagunas, como el de rentas que vinieran pactadas en especie distinta del trigo, y que éste resulta poco adecuado para servir de módulo en algunos arrendamientos, como los de plataneras en Canarias; pero en conjunto la medida era justiciera y el mecanismo no demasiado complejo, pues todo se reducía a que las partes convinieran su renta en dinero y la tradujeran luego en unidades de trigo, a la tasa vigente, para estabilizarla así.

En sustancia, el artículo 3.º de la ley de 23 de julio de 1942 *establece lo siguiente*:

1) Para los *contratos futuros*, la renta se fijará *necesariamente* en una determinada cantidad de trigo, libremente convenida; pero su pago se efectuará en dinero, con arreglo a la *tasa* oficial de aquel producto.

2) En los *colonatos* existentes se reducirá el numerario a quintales métricos de trigo, dividiendo las pesetas por una cifra (50, 67, 84), según la fecha en que la renta se hubiera estipulado. Si no hubiera acuerdo al realizar esto, podrán acudir las partes al Juez, en el procedimiento que al efecto señala.

El problema ha surgido al fijar la jurisprudencia el valor del adverbio de modo «necesariamente»: *¿qué valor y alcance ha de atribuirse a la infracción que supone el establecimiento de colonatos con renta fijada directa y exclusivamente en dinero?*

a) La fijación directa y exclusiva de la renta en dinero produce la *incerteza del precio*, dice la Sentencia de 28 de mayo de 1945, ya que el trigo tiene fluctuaciones distintas del dinero. Y como el precio cierto es uno de los requisitos constitutivos del contrato de arrendamiento, según el artículo 1.543 del C. c., su falta arrastra la *ineristencia* de aquél. Así parece concretar su Ponente, el señor

(15) Cit. págs. 851 y sigs.

Bellón, el juicio que apenas esboza en su obra de comentarios a esta materia.

Esta afirmación es totalmente errónea. Cierto es que el colono no debe trigo, sino dinero. Cierto que la cantidad de éste ha de determinarse en función de aquél. Pero no es menos verdad que «para que el precio se tenga por cierto bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta» (1.447 C. c.), y que en el momento de la perfección del contrato la renta fijada en dinero equivale a una cierta cantidad de quintales métricos de trigo a la tasa legal.

Por otra parte, la viabilidad de esta reconversión está consagrada por el párrafo 2.º del mismo precepto que impone el «valor trigo» para los arrendamientos que, por ser anteriores a la ley no lo pudieron tener en cuenta; y a estos efectos y teniendo presente que con anterioridad a ella no había «tasa» legal de aquel producto, fija unas *tasas retroactivas*, a los meros efectos del cálculo de estas reconversiones que ordena.

¿Cómo puede decirse, pues, que hay incerteza, porque sea necesaria una sencilla operación aritmética?

b) Supone una *estipulación contra ley*, añade otro considerando de la misma Sentencia. Algo de esto parece también indicar el comentarista Rodríguez Jurado, cuando afirma que la cláusula, en tal forma estipulada, es nula y que «en algún caso puede motivar, incluso, la nulidad del contrato».

c) Aún avanza más la Sentencia de 10 de noviembre de 1947, que matiza el caso configurándolo como *contrato con causa torpe*, por ser ilícita, y, estimando culpables a ambas partes, aplica la regla 1.ª del artículo 1.306 del C. c. (permanencia de lo recibido e imposibilidad de otras reclamaciones).

Pero estimar que el contrato en que se fije directa y exclusivamente la renta en dinero contiene una estipulación contra ley o una causa torpe, es caer de bruces en la *declaración de nulidad*, que es lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, cuando es evidente que la ley no conminó con ella, y que es regla de sabia prudencia aquella de los Tribunales franceses de «pas de nullité sans texte», tanto más cuanto que el legislador no decretó la nulidad de los contratos ya existentes y que contuvieran la cláusula de renta en dinero, sino que se limitó a ordenar una fórmula de adaptación, estableciendo unas tasas retroactivas.

Y tampoco dijo que el contrato quedase sin valor, en el caso de que no se llevase a cabo esta reconversión de un modo voluntario, sino que previendo la posibilidad de conflictos entre las partes señaló un camino breve y eficaz para resolverlos.

Resulta, pues, evidente, que en la fijación de la renta en dinero no hay causa torpe, ni falta la certeza del precio, ni se trata de una estipulación contra ley, sino de una estipulación «no conformada según la ley».

d) ¿Se estará, pues, ante una inobservancia *de forma*, como



afirma el comentarista Royo, y niega la primera de las sentencias citadas? En este caso, las partes podrían compelerse recíprocamente a llenarla, completando así un contrato, válido y eficaz por sí mismo.

Aunque este criterio tienda a la conservación del arrendamiento, exige para ello una actuación voluntaria o forzosa de las partes, que creemos innecesaria en sí misma, porque la fijación de la renta en trigo *no es una forma o vestidura* en que un negocio debe manifestarse para tener eficacia jurídica, *sino un modo de estipular*: no se trata de un requisito extrínseco, exigido por la ley como «elementum iuris» del negocio, sino de la conformación obligatoria de uno de los ya elementos intrínsecos del negocio, en sí mismo considerado (la renta o merced).

En su citado trabajo, Pérez Serrano prescinde de este criterio después de recogerlo, y prefiere lanzarse por los confusos campos de la *conversión de los negocios jurídicos* en aras de su conservación.

De sus razonamientos, muy sugestivos siempre, sólo nos parece aprovechable sus obsevaciones sobre el hecho de que el aceptar la nulidad, conduce al resultado contrario al pretendido por la ley, pues mientras ésta sólo tiende a la justicia y nivelación económica de las prestaciones, la nulidad conduce a la destrucción de la relación, lo que puede ser aprovechado dolosamente por los propietarios (¿y por qué no por los colonos? replicamos nosotros), impidiendo la estabilidad arrendaticia con tal cláusula.

Además, reconocemos no ver claro lo de la conversión del negocio... ¿en qué? Era arrendamiento y lo que se quiere demostrar es que siga existiendo como tal.

Claro que él extiende el campo para cerrarlo sobre un espacio menor y dice: si se admite que un negocio no viable puede seguir viviendo como otro negocio viable del que contiene todos los elementos, ¿por qué no admitir la conversión menor que supone la aplicación de la estipulación de la renta en dinero al través del trigo, es decir, pasando del dinero pactado al trigo tasado, y de éste al dinero que se haya de pagar?

Pero los problemas son distintos: en la conversión nos encontramos con todos los elementos de otro negocio y le daremos o reconoceremos vida, cuando quepa interpretar la voluntad de las partes en el sentido de que, de no poder lograr el primer negocio, querían el segundo.

Es decir: que *no se les puede imponer, sino suponer*, el segundo negocio. Y en nuestro caso se trata de una imposición, no de una suposición.

Esto nos hace creer que *ni hay conversión, ni defecto de forma*, sino algo mucho más simple y más eficaz: un resultado que la ley impone, aun cuando no sea recogido contractualmente por las partes. Un precepto de derecho necesario, independiente de la voluntad particular y que se impone a ésta cuando se da su hecho

de aplicación, que consiste en el concierto de un arrendamiento con *determinación actual de la contraprestación del colono*.

Lo que la ley regula «necesariamente» no es la contraprestación en sí misma («libremente convenida»), que es lo que fijan las partes en el momento de la perfección del contrato y en consideración al «sic stantibus» de *entonces*; lo que la ley marca es la viabilidad de la prestación *después*. *No constriñe el presente, sino el futuro*. Y el contrato será completo con tal que dé base para el ajuste económico del porvenir, según la ley.

En *resumen*: en el contrato con renta directa y exclusivamente en dinero, hay consentimiento, causa lícita y precio cierto actual; es, pues, un contrato válido y perfecto, pero no completo, porque carece de la regulación de las rentas *futuras*, que la ley impone «necesariamente» para estabilizar la proporcionalidad de las contraprestaciones, sobre la base de la hecha por las partes en el momento inicial.

Rectificando oficialmente aquella jurisprudencia, el *Decreto de 15 de julio de 1949*, ha confirmado nuestra interpretación, que queda expuesta, disponiendo:

1) Que *no es causa de nulidad* del contrato la estipulación directa y exclusiva de la renta en dinero o en especie distinta del trigo (artículo 1.º);

2) Que *la cantidad dineraria* pactada como renta se entenderá *convertida en tantos quintales métricos de trigo* como resulte de dividirla por el precio-tasa de éste, sin bonificación alguna, vigente en el momento de la celebración del contrato (art. 2.º, a);

3) Que *la especie distinta del trigo se entenderá también convertida en dinero* por su precio-tasa o, en su defecto, por el del mercado en la misma fecha; y *obtenida así una cantidad dineraria se convertirá ésta en valor-trigo*, en la forma del apartado anterior (artículo 2.º, b); y

4) Que el *desacuerdo* de las partes sobre estas operaciones *se resolverá judicialmente* por el procedimiento de la tercera disposición transitoria de la ley de 1940.

## B) LOS EFECTOS REALES DE LA SITUACIÓN ORIGINADA

Hemos dejado dicho antes que la legislación especial sobre arrendamientos se refiere al *contrato* en poquísimos extremos y que todo su contenido se dirige a la regulación de la *situación arrendaticia*, a la que atribuye típicos efectos reales de extraordinaria potencia.

En efecto; las características que se suelen exigir como tipificadoras del derecho real son dos: la *oponibilidad «erga omnes»* o efecto externo del derecho, y el *poder directo* del titular sobre la cosa, o aspecto interno del mismo.

Pues bien; ambas características se dan en el derecho del arrendatario:

1) La *oponibilidad* se revela en la permanencia indefinida frente al propietario y frente al adquirente en la «sucesión» de ciertos parientes, y en la facultad de adquirir la cosa con preferencia a los extraños (tanteo-retracto) o resolver la transmisión.

2) El *poder directo* sobre la cosa se manifiesta, además de en su goce exclusivo y excluyente en la cesión, ya total (traspaso), ya parcial (subarriendo), y cuando se trata de finca urbana, en la posibilidad de ocupar una vivienda o local equivalente en el edificio reconstruido.

Trataremos cada uno de estos puntos por coincidencias y por especialidades.

1.º *La prórroga forzosa*.—En esta materia, como en las demás, estudiaremos el problema en el arrendamiento urbano y en el arrendamiento rústico, pues tienen algunas particularidades que los diferencian.

1) *En el régimen de la L. A. U.*—En la L. A. U. la permanencia del arrendatario viene impuesta de un modo absoluto e indefinido por el artículo 70, «aunque cambie el dueño o el titular arrendador».

Esta última frase (titular arrendador) marca una fuerte diferencia con el régimen del colonato, en el cual la muerte del usufructuario creador de la situación resuelve el derecho del colono (artículo 9.º, párrafo 2.º, de la ley de 1935), consecuencia que no le parece ni lógica ni justa a Pérez Serrano (16), que la refiere al contrato, con respecto al cual, desde luego, no cabría hablar de resolución, sino de rescisión por lesión en los intereses del nudo propietario (cuando a éste se le considere sucesor en las obligaciones del usufructuario contratante).

Pero, a nuestro parecer, ni le falta lógica ni justicia a aquella consecuencia. El derecho del colono, del inquilino y del locatario de locales de negocio, como real, descansa en el derecho del concedente, y las limitaciones del derecho de éste han de repercutir en aquél. Caducado el usufructo por sus causas naturales, caduca la hipoteca sobre él constituida; ello es lógico y justo, ¿por qué no va a caducar el arriendo?

Pues bien, en el régimen de la L. A. U. el usufructuario puede dar en inquilinato o en locación las viviendas y los locales de negocio, gravándolos con un derecho real «in faciendo» que no se extingue con el derecho y vida del concedente, sino que permanece indefinidamente, afectando plenamente al nudo propietario que consolida «nominalmente», pues tiene que pechar con la situación creada y conformarse con ganar la percepción de las rentas... que pudieron haber sido ridículamente fijadas por el usufructuario.

Según la Sentencia de 2 de diciembre de 1939, la permanencia del arrendatario no se afecta por la adjudicación de la finca en el procedimiento sumario del artículo 131 de la L. H.; pero dos sen-

(16) Cit. pág. 868.

tencias posteriores, de 5 de febrero y 22 de diciembre de 1945, referentes, la primera al colonato y la segunda al arrendamiento de locales de negocio, sostienen que *el arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta, es ineficaz frente al adjudicatario* del inmueble, ya que éste no es un adquirente voluntario (?), y que según el artículo 131 de la L. H., verificado el remate y la adjudicación, se decretará de oficio y por imperio legal la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas posteriores a la inscripción de hipoteca, cuya ejecución actúa a la manera de condición resolutoria que se ha cumplido.

Pero como observa Flórez de Quiñones (17), comentando la primera de ambas sentencias, la hipoteca sólo defiende el derecho del acreedor a cobrarse su crédito con el precio obtenido en la *venta* ejecutiva de la finca, cuyo adquirente adjudicatario es un *simple comprador* y, como tal, sucesor del hipotecante; se trata de una sucesión traslativa a título singular, característica recogida en el artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942 (colonato), y en el 70 de la L. A. U., cuando habla, sin paliativos, de transmisión por cualquier título.

Aclaremos nosotros la exactitud de esta observación, añadiendo que la cancelación de las inscripciones o anotaciones preventivas posteriores se refiere a las comprensivas de derechos de realización de valor (hipotecas y embargos), porque tal realización se agota con la ejecución hipotecaria.

La permanencia de la situación arrendaticia tiene dos importantes manifestaciones en los artículos 71 y 72 de la L. A. U., por una parte, y en el 73 por otra, que estudiaremos brevemente bajo las rúbricas de «la sucesión en el inquilinato» y de «la subrogación del consocio».

a) *La «sucesión» en el inquilinato.*—El artículo 71 de la L. A. U. atribuye al cónyuge y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado del inquilino fallecido, que con él conviviesen con un año de antelación al óbito, el derecho a continuar ocupando la vivienda, sin necesidad de otorgar nuevo contrato, «quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido». Y el artículo 72 marca el orden de preferencia entre ellos, cuando éstos no quisiesen ocupar conjuntamente la vivienda.

El hecho de la muerte del inquilino y el establecimiento de un orden familiar para la continuación de la situación arrendaticia, hace pensar a muchos (18) que se trata de una *sucesión mortis causa*, si bien «sui generis», lo que es lo mismo que no decir nada.

Es importante tratar de descubrir la entraña de la cuestión, porque sin ello no puede haber clara comprensión ni recta aplicación de los preceptos legales.

(17) En «Rev. de Der. Priv.», 1945, pág. 529.

(18) Entre los comentaristas puede verse a ROYO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*. II. 1.º, pág. 29.

No se trata, pues, de una disquisición teórica, sino eminentemente práctica.

Si el derecho del inquilino tuviese el mismo fuerte matiz *personal* que el del usufructuario, se extinguiría con él, como ocurre con el usufructuario que, aunque transmisible, depende en su duración de la vida del usufructuario.

Si, por el contrario, fuera un derecho exclusivamente *patrimonial*, el inquilino podría disponer de él testamentariamente, como lo puede hacer el arrendatario de *locales de negocio* (73).

La circunstancia de que la sucesión en los locales de negocio corresponde al *heredero* del locatario fallecido y, en su defecto, al *consocio*, nos hace pensar que el legislador ve en la convivencia de aquellos parientes una *comunidad familiar de disfrute*.

Esto nos demuestra, una vez más, la independencia de la situación arrendaticia con respecto al contrato que la originó.

Por el contrato, arrendador y arrendatario se obligaron a dar nacimiento a una situación que la ley regula como real. Adquirido así, por el inquilino, un derecho real sobre cosa ajena, la L. A. U. permite su *transmisibilidad*: de un modo absoluto y *patrimonial* para los locales de negocio (a lo que la ley llama «traspaso»), y de un modo *familiar* y, por ende, *gratuito*, para las viviendas (es la «cesión» permitida a los parientes convivientes dentro del *segundo* grado, del artículo 34).

Y dentro de los respectivos ámbitos de transmisibilidad, la ley admite la creación legítima y tácita, por el arrendatario, de una *comunidad en el derecho*, por la asociación (locales de negocio), o por la convivencia familiar (viviendas).

Y la desaparición de un comunero (cuando hereditariamente no es sustituido o sustituible), produce el *acrecimiento* del derecho del sobreviviente.

Por eso, cuando al fallecimiento del inquilino no hay parientes convivientes, el inquilinato se extingue: si el inquilino deja parientes, pero no convivían con él, *porque no son comuneros*, y si los que con él convivían no eran parientes, *por no tener la cualidad de familiares*.

Así, pues, entre la personalidad del derecho del usufructuario y la patrimonialidad del que tiene el arrendatario de locales de negocio, *el derecho del inquilino tiene un fuerte carácter familiar*.

Pero *este carácter hay que referirlo al inquilino-contratante*. Se protege su derecho en función de *su familia*, y aquel derecho debe morir cuando la familia deja de ser «la familia del inquilino» para devenir «otra familia».

Es decir, el pariente sustituto no pasa nunca a primer término en el inquilinato que continúa: sigue siendo «el familiar del inquilino fallecido» y su familia ya no es la familia de aquél, y, por tanto, queda extraña a la relación de inquilinato. Así lo comprende la L. A. U., que sólo llama inquilino al contratante, mien-

tras que a su sustituto le llama «continuador» (artículo 71 y 9.ª disposición transitoria), o «beneficiario» (artículo 72).

De aquí tres importantes consecuencias:

1) Que, *de suyo, no cabe más que una continuación por fallecimiento*. Es decir, y ejemplificando: que al fallecimiento del inquilino A acrecerá el derecho de su cónyuge conviviente B; pero al óbito de B no podrá hacer lo mismo su hermano conviviente C.

La prueba de que éste es el sentido del artículo 71 está en la excepción confirmatoria que supone la 9.ª Disposición transitoria, al ordenar que «hasta que el Gobierno, por entender mejorado el problema de la vivienda, disponga lo contrario, el beneficio establecido en los artículos 71 y 72 será también aplicable a los parientes *dentro* del tercer grado por consanguinidad, del familiar del inquilino fallecido que hubiere continuado el contrato».

2) Que *el pariente acreciente o continuador no podrá ceder inter-vivos su derecho a sus propios parientes convivientes dentro del tercer grado, conforme al inquilino le está permitido por el artículo 34*.

Esto le está permitido «al inquilino», y ya hemos dicho cómo la ley no llama tal cosa a su sustituto mortis-causa, sino «continuador» y «beneficiario».

3) Que el pariente cesionario (en la cesión inter-vivos permitida por el artículo 34), no podrá ceder, a su vez, a sus propios parientes convivientes; ni, en principio, cabría que a su fallecimiento fuera continuado el inquilinato por aquéllos, si bien ello será posible por la excepción establecida por la 9.ª Disposición transitoria, *aunque* ya por un solo tracto, pues el primero (y único, según el artículo 71), se agotó en la cesión.

Por no calar el verdadero carácter del derecho del inquilino, cree el comentarista Royo que caben indefinidas cesiones inter-vivos entre parientes convivientes dentro del segundo grado; y que, en todo caso, estos cesionarios podrán ser continuados en el inquilinato después de su fallecimiento.

Y es que no ha visto que el concepto de familia conviviente, dentro de la L. A. U., se refiere siempre al inquilino contratante (el único inquilino), y que, fallecido éste o salido de la relación arrendaticia por cesión, ya no vuelve a re-crearse la familia, a los efectos de la ley.

b) *La subrogación del consocio*.—Con respecto a los locales de negocio, dispone el artículo 73 que: «por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio, ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero; y a falta de éste o de su desec de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil». La primera observación que hemos de hacer sobre la redacción de este precepto es que no resulta clara ni técnica.

Su punto de partida es «el mero hecho de la muerte del arrendatario» del local de negocio ocurrido bajo la vigencia de con-

trato. Pues bien, para nosotros, que entendemos el contrato como simplemente originador de una situación de derecho real, la frase "bajo la vigencia del contrato", hemos de entenderla en el sentido de «durante la vida de la situación arrendaticia».

Claro que la misma ley habla de la prórroga indefinida del contrato y de las excepciones a esta prórroga; pero ya veremos después el verdadero sentido jurídico de esta rúbrica.

Ocurrido aquel hecho, «podrá advenir arrendatario el heredero». Ya no se trata, como para las viviendas, de un «continuador» del inquilino fallecido, al que se sigue refiriendo la relación: el heredero, si quiere, podrá advenir arrendatario.

El derecho del arrendatario de locales de negocio se revela, pues, en este precepto, como plenamente patrimonial, puesto que aquél puede disponer de él testamentariamente.

Por lo demás, no creemos que la palabra «heredero» esté empleada con rigor técnico, en el sentido de sucesor a título universal, sino en el más amplio de «sucesor mortis-causa»; porque si el arrendatario puede disponer también inter-vivos de su derecho, ¿qué razón hay para negarle la disponibilidad a título de legado?

Por lo demás, esta primera parte del precepto no ofrece dificultad especial, ya que, en definitiva, no es más que una aplicación expresa de la regla general del artículo 661 del Código (supuesto el carácter patrimonial del derecho del arrendatario de locales de negocio), a disponer que «el heredero sucede al difunto, por el solo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones».

Sólo una leve y pueril duda podría presentarse: si la ley dice «heredero», en singular, ¿es que excluye la continuación del arrendamiento por varios herederos?

Si se entendiera así, este artículo contendría una importante desviación de los principios de nuestro derecho sucesorio; pero baste recordar, para negar esta interpretación, que el artículo 55 dispone en su primer párrafo: «La asociación que, exclusivamente entre sí, realicen los hijos del titular arrendatario de local de negocio, que hubiere fallecido, no se reputará traspaso mientras subsista.» Este precepto admite, pues, de un modo expreso, que puedan ser varios los herederos que sucedan en el local de negocio, bien en régimen de comunidad hereditaria o de sociedad civil o mercantil creada al efecto, lo que «no se reputará traspaso».

Es decir, que «a sensu contrario», *se reputará traspaso la asociación que el arrendatario concierte*, bajo forma civil o mercantil (aun cuando Roca Sastre crea que tales procesos de «comunicación de bienes», como él dice, no producen un verdadero desplazamiento de sustancia jurídica) (19).

Y como frente a este tipo de *traspaso parcial o menos pleno*, no cabe el juego de derechos recíprocos para la defensa de los

(19) *Naturaleza jurídica de la aportación social*, en Conferencia del C. N. de Valencia, 1945.

particulares intereses del arrendatario y del propietario (derecho a la preferente adquisición, o a una participación en el precio), y para la cesión parcial de todo el local (o subarriendo), se exige en todo caso el consentimiento del propietario, hemos de concluir que *el arrendatario, para constituir sociedad en su negocio, aportándolo con el local, precisará necesariamente aquella autorización.*

Conseguida ésta, pudo constituir una sociedad capitalista o personalista. Aquéllas no se extinguen por la muerte de un socio. Estas, sí; salvo pacto de continuación de la sociedad entre los sobrevivientes o con los herederos del premuerto.

Aportado el local a una Compañía, a ella pertenece hasta su disolución. Nos hemos de concretar, pues, a los casos en que las sociedades personalistas (todas las civiles y las mercantiles de tipo colectivo), caen en disolución por la muerte de un socio.

En este supuesto también podrá advenir arrendatario el socio (sobreviviente), dice el artículo 73.

Cree García Trelles (20) que la ley excluye la sustitución del arrendatario fallecido por más de un socio, puesto que la ley se produce en singular.

Convenimos con él en que la redacción del precepto no es un modelo de claridad y precisión, y aceptamos sus conclusiones, pero no su razonamiento.

Supuesta la necesidad de la autorización del propietario para el traspaso parcial que la asociación supone, la sociedad al efecto constituida, sea civil o mercantil, causó una verdadera novación de la situación arrendaticia por cambio de la persona de su titular, que, de ser una persona individual, pasó a ser una persona jurídica.

Y es la desaparición de ésta (por muerte de uno de los socios, cuando este evento la produzca), la que causa el supuesto de aplicación del artículo 73: advenir arrendatario el socio, puesto que la sociedad ha entrado en liquidación.

Y la liquidación social puede hacerse destruyendo el negocio y repartiendo sus elementos o el precio de éstos, una vez vendidos, o vendiendo el negocio en sí, es decir: convirtiendo el negocio en dinero y repartiendo éste.

La venta del negocio adscrito al local implica un nuevo traspaso. Y aquí estamos en el punto final: este traspaso sólo cabe hacerlo, según el artículo 73, a uno de los socios supervivientes, no a un extraño.

c) *Excepciones a la prórroga.*—La permanencia absoluta e indefinida del arrendatario o inquilino, sólo puede ser interrumpida por el *propietario*, apoyándose en dos causas:

1) Precisar la vivienda o el local de negocio para sí o para sus ascendientes o descendientes consanguíneos; y

(20) *Sobre la interpretación del artículo 73 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.* en «Rev. de Der. Priv.», 1947, pág. 966.



2) Proyectar el derribo y reconstrucción de la finca, de modo que el nuevo edificio cuente, al menos, con un tercio más de viviendas y una como mínimo si el derruido no las tenía, respetando, además, los locales de negocio que en éste hubiere (76 y 102 de L. A. U.).

Y decimos el *propietario*, porque sólo éste puede hacerlo, y *no el contratante o arrendador*, que está obligado a respetar el plazo contractual, pasado el cual su obligación cesa, aunque continúe el «pati», ya no fundado en el contrato, sino en la independencia que ha adquirido el derecho el arrendatario o inquilino, por su carácter real.

a') *La necesidad de la vivienda*.—Goza de presunción legal, como tal *necesidad* (que fuera de estos casos habrá de probarse), *el propietario* cuando, residiendo fuera del *término municipal* donde radique la finca, hubiera de domiciliarse en él, o aun residiendo dentro de él contraiga matrimonio y deba residir en la *localidad*, cuando la vivienda que ya ocupe resulte notoriamente insuficiente por aumento de sus necesidades familiares, y cuando deba desalzarla por causas ajenas a su voluntad (77).

Es decir, que en estos casos *son los hechos los que deben probarse, no la necesidad que se presume*. Fuera de ellos, y siempre para él o para aquellos de sus parientes, habrá de probar la necesidad y los hechos que la motiven.

Pero el propietario «no podrá... escoger a su arbitrio la vivienda que desee ocupar, sino que deberá dirigirse» preferente y sucesivamente, sobre las habitualmente desocupadas, las que no sirvan de hogar familiar (como los pisos «de solteros»), los escritorios y almacenes (cuando éstos sean habitables, en sentido restringido o de Fiscalía de la Vivienda, habrá que entender), las ocupadas por menor familia (teniendo presente que no constituyen familia, a estos efectos, los convivientes permitidos, ni los subarrendatarios) y, en último término, sobre las ocupadas por funcionarios públicos con deber de residencia, o por quienes ejerzan en ellas profesión u oficio que sean objeto de tributación (luego las viviendas donde se ejerza una «pequeña industria doméstica», no tienen protección especial).

Naturalmente, este orden legal de selección no tiene lugar cuando el propietario no tenga más vivienda que aquella sobre la que pretende hacer cesar la situación arrendaticia (89).

Para conseguirlo, tiene que *notificar fehacientemente* al inquilino, con un año de antelación a la fecha en que quiere tener libre la vivienda para él o sus parientes, haciéndole saber ésta su voluntad, la necesidad de hecho y los hechos que la fundamentan o, en los supuestos legales, la presumen; las circunstancias que, ateniéndose al orden legal de selección, concretan su pretensión sobre la vivienda del notificado; y ofreciéndole, «de un modo formal», la indemnización de un año de renta.

Esta notificación entraña, pues, un *triple contenido*: 1) una

declaración de voluntad recepticia, de hacer cesar el inquilinato, 2) una exposición de los hechos que legalmente la hacen viable, y 3) un ofrecimiento «formal» de indemnización.

El problema del ofrecimiento está en la frase «de un modo formal», porque si la indemnización es debida por ley, nada añade a su obligatoriedad el ofrecimiento que al inquilino se haga por promesa ante el Notario requirente.

¿Querrá decir que la suma de aquellas rentas ha de ofrecérsese en metálico en el acto de la notificación?

Parece que no, ya que el artículo 83 dice que el inquilino la recibirá del arrendador «al desalojar la vivienda» si lo hiciere antes de transcurrir el año, porque si lo dejare pasar sin hacerlo, perderá su derecho a ella (a no mediar justa causa, que el Juez apreciará, pudiendo imponer entonces una indemnización de seis rentas).

Ante estas dudas, y siguiendo la tendencia cautelar que caracteriza nuestro Cuerpo, en nuestra práctica profesional hemos aconsejado aquel ofrecimiento en metálico, seguido de consignación bancaria, en cuenta de garantía a disposición del inquilino, a quien se le vuelve a notificar su apertura.

La amplitud legal del requerimiento tiende a que el inquilino de buena fe («rara avis») conozca y juzgue la justificación de la pretensión del propietario, en evitación de litigios inútiles.

La no ocupación de la vivienda de acuerdo con el requerimiento, atribuye al inquilino el *derecho de reocuparla* y ser indemnizado, que caduca a los tres meses.

No es, pues, un caso de resarcimiento por incumplimiento de obligaciones (nunca contractuales, pues dentro del plazo pactado no cabe la eficacia de la «necesidad»), sino de *acción directa sobre la cosa*: de «inmediata actividad», como se dice ahora.

b') *La necesidad de local de negocio*.—Deberá acreditarse en concurrencia con el hecho de que el que haya de ocuparlo se halle establecido en el local arrendado, con un año de antelación, ejerciendo actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo (90): pero la «conveniencia» de ampliar el propio negocio no es necesidad a estos efectos (92): es decir, aunque objetivamente lo sea, no es causa legal justificativa de la terminación de la situación arrendaticia.

Supuesto este hecho y aquella necesidad, que deben probarse, el propietario ha de cumplir dos requisitos para la viabilidad de su pretensión:

- 1) *Notificar* fehacientemente al arrendatario el propósito de ocupar, por sí o por aquellos de sus parientes, el local; y
- 2) *Indemnizarle* en la cuantía que libremente convenga o en la que, de no haber acuerdo, fije la Junta de Estimación, que bajo la presidencia del Juez municipal o comarcal, se integra con un propietario de finca urbana y un comerciante o industrial (de la localidad o, en su defecto, de las colindantes) clasificado en los

mismos tarifa y epígrafe tributario que el arrendatario, o que explote un negocio análogo al de éste. Las valoraciones y resoluciones de estas Juntas de Estimación son ejecutivas y sólo impugnables en juicio declarativo.

La indemnización convenida o así fijada deberá ser abonada al arrendatario entre la notificación y el día en que deba dejar libre el local.

Pasado este plazo, se prorroga la situación por cinco años si no se verificó aquella entrega, y si llegado éste el arrendatario no desaloja, pierde el derecho a la indemnización (93); es decir, que tendrá que devolverla, ya que si el propietario no se la entregó, se da aquella prórroga.

Como vemos, la dicción legal es bastante confusa, y también podría sostenerse todo lo contrario, o sea, que el arrendatario debe desalojar en todo caso, y si no recibió la indemnización, pedir y obtener la reintegración en el local bajo aquella prórroga.

Sin embargo, dado que la ley tiende a la protección exagerada de los arrendatarios, que aun acentúan las resoluciones de los Tribunales, estimamos prácticamente más prudente atenerse a la primera interpretación.

Finalmente, dispone el artículo 91 que el local deberá ser ocupado y abierto al público, por la persona para quien se pidió, dentro de los seis meses siguientes de haber sido desalojado por el arrendatario, bajo la pena de reintegración de éste por otros cinco años como mínimo, más el resarcimiento a que hubiere lugar.

2) *En el régimen de la L. A. R.*—Esta materia está regulada íntegramente por las leyes de 1940 y 1942, de difícilísima armonización, pues establecen distinciones entre los arrendamientos según se trate de aprovechamientos agrícolas o ganaderos, y, dentro de ellos, atendiendo a la cuantía de las rentas, que miden por dos criterios divergentes y no compaginados (dinero y trigo). Y aun impone la segunda de ellas un tipo especial, que interfiere a todos los que se puedan encontrar a base del juego de los criterios anteriores: el caso de que el colono cultive directa y personalmente por una renta inferior a 40 quintales métricos de trigo.

a) *Frente al propietario.*—Pero importa destacar, antes de penetrar en el inevitable casuismo, que el artículo 2.º de la ley de 1940 comienza diciendo que «la duración de los contratos de arrendamiento podrá ser fijada por las partes contratantes, ajustándose necesariamente a los plazos mínimos siguientes...» Habla, pues, de *contratos* y de *plazos mínimos* también, y en este punto podría presentarse el mismo problema que acabamos de estudiar con respecto a la fijación de la renta en trigo: ¿“*quid iuris*” si en un contrato se señala un plazo inferior al mínimo legal?

Frente a este problema, la jurisprudencia ha sido, en cambio, bastante más acertada en sus conclusiones, aunque no la creemos tanto en cuanto a las premisas, pues afirma (S. de 17 de abril

de 1944) que «aun en el supuesto de que se hubiera pactado una duración... sin que para ello sea preciso un nuevo contrato..., fuera cual fuera lo convenido por las partes respecto a tal duración».

La doctrina y los Tribunales siguen aferrados a la concepción obligacionista del arrendamiento de cosas, que les obliga a verdaderas torsiones para explicarse los fenómenos más sencillos.

Bajo tal concepción y al tener que referirlo todo al contrato, se encuentra con que éste está destrozado por las leyes, que aunque sigan hablando todavía de él muy seriamente, lo desgarran en jirones y no aprovecha de él más que un guiñapo: la ocasión que fué del nacimiento de una situación sobre una cosa, cuyos efectos (goce, permanencia, transmisión y adquisición preferente) imponen férrea e inderogablemente. Crean, en una palabra, una de las situaciones de dehecho real más fuertes y definidas, porque las partes pueden quererla o no: pero si la quieren, han de sufrirla o gozarla con todas sus consecuencias legales.

Los plazos de permanencia que las leyes de 1940 y 1942 señalan, son derechos del colono a permanecer en el goce de la finca, contra el propietario y contra el tercero que entre en relación con ella, por dominio o por otro derecho real: se imponen, pues, al adquirente de la finca, en la forma que veremos a continuación.

Es un derecho atribuido por la ley en razón a la posesión arrendaticia de una cosa causada por un contrato, que es su título.

Combinando los preceptos de ambas leyes, podemos sintetizar el régimen de permanencia del colono distinguiendo tres tipos: 1) colonatos especialmente protegidos; 2) restantes colonatos de finalidad agrícola; y 3) restantes colonatos de finalidad ganadera.

a') *Colonatos especialmente protegidos*.—Los colonatos especialmente protegidos, tanto agrícolas como ganaderos, se integran por dos notas fundamentales:

a) *El cultivo directo y personal del colono*. La nota del cultivo directo se refiere a los riesgos de la explotación. La del cultivo personal, a que éste se verifique por el mismo colono de un modo material o por sus familiares, en un sentido amplio, que con él convivan cooperando al sostenimiento del hogar (*familiares cooperadores*), sin el empleo permanente de personal asalariado y sin que el circunstancial exceda del 15 por 100 de las obradas que exija el cultivo de la finca (art. 4.º, apartado 2.º, de la ley de 1942).

b) *Que la renta anual no exceda de cuarenta quintales métricos de trigo*. Si falta esta circunstancia, el régimen de este colonato salta al corriente o normal de la ley, de inferior permanencia, retracto más débil y cuya transmisión mortis-causa es de un ámbito personal más restringido.

El *plazo mínimo de duración es de tres años*: pero el colono puede prolongarlo por cuatro plazos más (o sea, *hasta un total de quince años*), sin necesidad de ningún aviso o notificación al propietario, quien sólo puede interrumpir tal prolongación pasados los primeros tres años, y siempre al finalizar una de las prórrogas (no

en el medio), por recabar para sí la finca para cultivarla también directa y personalmente por un plazo mínimo de seis años.

La infracción de esta obligación da derecho al colono desalojado para obtener la reintegración de la posesión arrendaticia de la finca (*es un poder directo sobre la cosa*), y a ser indemnizado en la cuantía del importe de una a cuatro rentas (límite objetivo), que señalará el juez.

A igual régimen de prórroga y excepción queda sometido el adquirente «por cualquier título» de la finca, con la importantísima restricción de que si bien el propietario al terminar aquellos quince años de máximo puede reclamar la finca libremente, *el tercer adquirente sólo podrá obtenerla para el cultivo directo y personal*, aunque hubiere comprado la finca durante el transcurso del último período de su prórroga.

Nada dice la ley del futuro y no se sabe si pasados otros quince años desde su adquisición podrá obtener libremente la finca; pero este silencio parece una confirmación de aquella regla.

El adquirente, pues, sólo podrá interrumpir la relación arrendaticia para cultivar la finca directa y personalmente.

b') *Restantes colonatos agrícolas*.—Se integran por aquellos en que falten cualquiera de las dos notas que tipifican a los especialmente protegidos, o sea: cuando falte el cultivo directo y personal del colono, o cuando la renta exceda de los cuarenta quintales métricos de trigo.

Así hay que entenderlo después de la ley de 1942, que deja virtualmente sin efecto la distinción establecida por la del 1940, entre arrendamientos con renta inferior y superior a cinco mil pesetas.

En estos colonatos el *plazo mínimo de duración es de seis años*, prorrogables por otros seis a voluntad del colono, que para hacerlo eficazmente *deberá notificar esta su voluntad* al propietario con un año de antelación.

Se trata, pues, de un *derecho potestativo* y, dentro de esta categoría, de los llamados de *modificación jurídica*, cuya actuación por el colono afecta al propietario, sin precisar la colaboración de éste, ni suponer ninguna acción o pretensión dirigida contra él.

La potestad de modificación jurídica concedida al colono, se ejerce y agota en una declaración de voluntad, expresiva de que quiere y provoca la prolongación de su situación arrendaticia. Tal declaración unilateral de voluntad es *recepticia* frente al *propietario*, es decir: *no se perfecciona ni produce efecto mientras no se le notifique*.

El propietario podrá impedir la prórroga reclamando el cultivo *directo* (o sea, a su riesgo económico, pero sin precisar su intervención personal o familiar en los trabajos), que habrá de llevar por otros seis años, bajo la pena de la reintegración arrendaticia del colono y del resarcimiento de los perjuicios (sin límite objetivo alguno), si no lo hiciera.

Iguales restricciones sufre el *tercer adquirente* de la finca. Tanto éste como el propietario, obtendrán libre la finca al finalizar la prórroga.

c') *Restantes colonatos pecuarios*.—Según la ley de 1940, la duración de estos colonatos depende de la cuantía de su renta anual.

*Los de renta superior a cinco mil pesetas* tendrán una duración mínima de dos años y son susceptibles de tres prórrogas, hasta alcanzar, pues, un *máximo de ocho años*.

Los de *renta inferior a cinco mil pesetas* (pero superior a cuarenta quintales métricos de trigo, por que los inferiores pertenecen a la categoría de «especialmente protegidos»), tendrán también una duración mínima de dos años y no pasarán, con sus prórrogas, de *quince años*, es decir, que admiten seis prórrogas y media.

Hay que reconocer que la dicción legal no es clara, y que cabría pensar que tal máximo se refiere exclusivamente a las prórrogas, con lo que la duración total podría alcanzar los dieciocho años; pero ello conduce al absurdo de que los «especialmente protegidos» serían más cortos que este tipo intermedio y poco claro, surgido de la no hecha compaginación de dos leyes entre los de menos de 5.000 pesetas de renta y de 40 quintales de trigo, que resultarían más extensos que éstos (dieciocho años), pero menos intensos (puede impedirse la prórroga sin obligarse al cultivo personal), y de inferior transmisibilidad al fallecimiento del colono, como se verá.

En ambos tipos, el colono, para lograr la efectividad jurídica de su prórroga, ha de ejercitar su derecho potestativo de modificación jurídica mediante la *notificación* al propietario *con seis meses de antelación*, quien sólo puede destruir la modificación así causada recabando la finca para su *explotación directa*.

En los colonatos del primer tipo, el propietario que recabe la finca para su explotación directa deberá hacerlo así por seis años; en los del segundo, por tres. El tercer adquirente, en todo caso, por seis años.

El incumplimiento de esta obligación causará la reposición arrendaticia del colono desalojado y su derecho al rescimiento (tampoco sin límite objetivo). Pero ni el propietario ni el adquirente tienen este deber, si la prórroga en curso es la última.

El problema se nos presenta con respecto a la influencia que en el régimen de estos colonatos puede tener *la renta, a través de su variabilidad por revisión* o por la diferente cantidad en pesetas que arroje la *conversión* en dinero del «valor trigo».

La *revisión* juicio de equidad, produce la fijación de la renta justa, y aunque no produzca el efecto de la devolución del exceso recibido por el propietario, ni del abono del defecto por el colono (en los respectivos casos en que el Juez resuelva que es excesiva o baja), no se puede negar que *marca* la situación.

Creemos, pues, que el régimen se atenderá a la cuantía de la renta revisada judicialmente.

La *conversión* del trigo en dinero irá arrojando cantidades diferentes entre sí en el decurso del tiempo de duración del colonato y con arreglo a la variabilidad de la tasa del trigo; pero también creemos que el régimen será el correspondiente por razón de la cantidad resultante de la conversión según la tasa del trigo en el momento inicial del colonato.

Otra cosa sería la consagración de la incertidumbre jurídica.

Finalmente, hemos de decir dos palabras sobre el *criterio diferenciador entre los colonatos agrícolas y los pecuarios*.

La mayoría de las situaciones serán claras e inequívocas de un tipo u otro; pero caben también situaciones «híbridas» o intermedias, que convendrá clasificar para sujetarlas a uno u otro régimen.

Puede ocurrir que las partes lo hayan señalado; pero esta «definición» contractual, no puede ser vinculante para el Juez, porque la aplicación de uno u otro régimen no puede quedar a la voluntad de las partes, ya que ello se prestaría al fraude de la ley. Será, pues, una cuestión «de hecho», a la libre apreciación judicial.

b) *Frente al adquirente*.—Al exponer el régimen de permanencia del colono frente al propietario, hemos dicho también cómo supone igual oponibilidad frente al tercer adquirente, según resulta del artículo 9.º de la Ley de 1942, en términos casi idénticos, con las pequeñas diferencias que dejamos apuntadas.

Quedó también hecha la oportuna referencia a cierta doctrina jurisprudencial sobre las adquisiciones en ejecución procesal de fincas arrendadas, al tratar de las prórrogas forzosas dentro del régimen de la L. A. U., a cuyo comentario nos remitimos.

c) *La muerte del colono*.—En este punto se manifiesta también claramente el carácter real del colonato.

Según el artículo 18 de la Ley de 1935, *el fallecimiento del colono extingue el arrendamiento*, salvo que sus herederos sean el cónyuge, ascendientes o descendientes en línea directa o hasta el segundo grado en la colateral.

Y conforme al artículo 3.º de la Ley de 1942, el fallecimiento del colono en los arrendamientos especialmente protegidos, *no los extingue*, sino que los continúa el *familiar cooperador* por aquél designado testamentariamente, o en defecto de tal designación, el elegido por la mayoría de los familiares cooperadores dentro de los dos meses del fallecimiento, o por el designado por el propietario, pasado este plazo sin haber acuerdo.

Pero en ningún caso está obligado el propietario a dividir el arrendamiento, según el mismo artículo 18 de la Ley de 1935, transunto del 1.618 del C. c. según el cual: «No pueden dividirse entre dos o más personas las fincas gravadas con censo, sin el consentimiento expreso del censalista, aunque se adquieran a título de herencia».

No sólo este paralelismo, sino el estudio cuidadoso de la situación, nos lleva al resultado de que se trata de un derecho real.

En efecto: las obligaciones y derechos que se extinguen con la muerte de una persona son los personalísimos: los que no tienen este carácter se transmiten a los herederos. Lo mismo ocurre con las titularidades jurídico-reales: pero en éstas cabe una mayor variedad de matices.

Frente a la patrimonialidad absoluta del derecho real del enfiteuta, el del usufructuario tiene un fuerte matiz, ya personalísimo (cuando se le concede en función del cumplimiento de ciertos deberes: patria potestad, tutela, jefatura doméstica), ya personal (cuando siendo un mero valor patrimonial, es transmisible, pero depende indefectiblemente de la vida del usufructuario).

Pues bien: aceptando que el derecho del colono sea real, reconoceremos el juego de la transmisibilidad mortis-causa de su derecho, atribuyendo al de los colonatos especialmente protegidos un fuerte matiz *doméstico* y al de los otros un simple matiz *familiar*.

Los arrendamientos pequeños (de cultivo personal y directo y con renta inferior a 40 quintales de trigo) son, generalmente, el sostén de la casa, como *sede del hogar*. Los que exceden estos límites, no suelen ser trabajados por la *comunidad doméstica* ni pueden ser considerados como sostén de la casa, aunque puedan ser ayuda de la familia.

De aquí que pensamos que tiene razón el comentarista Royo (aunque no por sus mismas consideraciones, bastante confusas), cuando afirma que la ley de 1942 no ha derogado a la de 1935 en este punto, y que ambos ordenamientos subsisten, pues se dirigen y contemplan dos supuestos distintos.

En los arrendamientos especialmente protegidos, *el grupo doméstico* (cooperadores familiares) *excluye a la línea familiar*, por razón de la adscripción de la finca a la «casa». No es que el colono causante tenga límites sucesorios, sino objetivos, porque la ley configura su derecho en función del hogar, no del patrimonio.

No se trata, insistimos, de una *preferencia*, sino de una *exclusión*: si el colono especialmente protegido fallece sin familiares cooperadores, el colonato se extingue, aunque deje esposa, padres, hijos o hermanos: su derecho no es transmisible sólo por el hecho del parentesco, sino que exige la convivencia cooperadora: *se trata de una comunidad de disfrute*.

En los colonatos corrientes, el fallecimiento del colono extingue en todo caso el arrendamiento, es decir, aun la vigencia del contractual, porque ya no se trata de la transmisión *mortis causa* de derecho y obligaciones (legalmente posible), sino de un derecho real de un matiz *casi personal*, como el usufructo.

Y decimos «casi personal» porque su transmisibilidad *mortis-causa* a los herederos, restringida al caso de que éstos sean el cónyuge, ascendientes o descendientes en línea directa o hasta el segundo grado en la colateral, importe reconocerle un carácter familiar.

En este caso no cabe más que la designación del continuador



por testamento, o por acuerdo entre estos herederos, en el supuesto de que haya varios que reúnan aquel carácter. Este derecho será uno más de los inventariables y adjudicables.

En aquel caso, el matiz doméstico del colonato hace no sólo que el colono pueda elegir entre sus familiares cooperadores exclusivamente, sino que sean éstos, *aun sin tener la cualidad de herederos* (les basta con ser comuneros del disfrute), puedan determinar el titular continuador.

Y si la ley concede al propietario la facultad final de designación, es como árbitro decisor e interesado también directamente en el asunto.

Los familiares cooperadores no son, pues, sucesores *mortis causa* del colono fallecido, sino comuneros en su disfrute, si bien se trata de una comunidad especial y no bien configurada, como lo está, aunque no completamente, la de los familiares convivientes del inquilino, en el régimen de la L. A. U.

2.º *Facultad de preferente adquisición.*—Es la conocida por el nombre de retracto del arrendatario (colono o inquilino).

El problema consiste en determinar la *naturaleza jurídica* del retracto legal, al que se refiere y define el artículo 1.521 del Código civil, como «el derecho de subrogarse en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en el lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago».

Sanz (21), al ocuparse del artículo 37 de la ley Hipotecaria y aludir a la innecesaria inscripción de los retractos legales para que produzca sus efectos frente a todos, dice que ello viene justificado, tanto si se les considera como una limitación o *prohibición de disponer* emanada directamente de la ley, o como un *derecho subjetivamente real*.

Sin embargo, si profundizamos el estudio sobre la naturaleza jurídica del retracto legal, difícilmente podremos encajar esta figura en alguna de ambas categorías.

El retracto legal *no es, desde luego, una prohibición de disponer*, ni de las auténticas, es decir, de las que tienen eficacia real, ni de las impropias, cuyo incumplimiento se resuelve en una obligación de indemnizar.

No es una prohibición de disponer de *naturaleza real*, porque éstas (como señala, entre otras Resoluciones, la de 22 de junio de 1943), impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, oponiendo, sin implicar una falta de capacidad jurídica, un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas normalmente al propietario, de forma que constituyen un obstáculo que niega la inscripción a los títulos otorgados en oposición a ellas (Res. de 8 de mayo de 1943). Y es evidente que las facultades de disposición del dueño de la finca, a que se refiere el retracto, no están disminuídas; y que las enajenaciones que realice tienen libre acceso al Registro de la propiedad.

(21) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 306.

Tampoco es el retracto legal una prohibición de disponer impropia, o de *simple alcance obligacional*, ya que cuando la enajenación se produce, el retrayente está facultado para dirigirse contra el adquirente; pero no para exigir del enajenante una indemnización de daños y perjuicios.

¿Puede decirse que *el retracto legal sea un derecho subjetivamente real?*

Prescindiendo de discutir la mayor o menor exactitud de esta terminología, recogida unánimemente por nuestra doctrina actual por influencia de la técnica alemana, y que parece convertir los objetos en titulares jurídicos, es lo cierto que hay retractos legales concedidos sin conexión con la propiedad de un inmueble concreto o la titularidad de un derecho determinado (los gentilicios, por ejemplo), sino que se atribuyen directamente por la ley a una persona o grupo de personas.

Y, claro está, en tales casos no estamos en presencia de derechos subjetivamente reales, sino de sujetos inmediata y directamente determinados.

Por ello Atard, en su trabajo sobre las titularidades "ob rem", se cuida mucho de incluir tan sólo el retracto de comuneros y el de colindantes, entre las activas (y al ocuparse de los retractos).

Puede decirse, pues, que si bien los retractos legales clásicos son derechos subjetivamente reales, por lo menos en el Derecho común, la aparición de nuevas modalidades hace imposible una adscripción definitiva de tal derecho a esta categoría jurídica.

Los retractos legales son una institución desconocida para el Derecho romano, cuyos *precedentes* encontramos tan sólo en el Derecho germánico de la Edad Media, que los crea a favor de los *colindantes* y de los *parientes*, y que no son otra cosa sino un *residuo de la propiedad común* de los miembros de una familia o de un municipio sobre el suelo y los inmuebles, que se suponía vigente en el antiguo Derecho.

Su aparición se halla perfectamente aclarada por los investigadores, quienes ponen de relieve que, cuando la antigua propiedad colectiva empezó a ceder ante la individual, los derechos de señorío de los que antes fueron condueños se manifestaron, primeramente en forma negativa (impidiendo, con una simple oposición, que se enajenara la cosa), y posteriormente y en virtud de una debilitación paulatina, no pudo ya su titular impedir que se llevara a cabo la enajenación, pero quedó facultado para adquirir la cosa, asumiendo la posición del comprador.

Tuvo, así, aquel titular, un derecho preferente a los extraños para adquirir la cosa ajena, apartando al tercero o rescatándola de sus manos.

Este derecho se concedió exclusivamente a los coherederos, a los vecinos, a los parientes y, en general, a todos los que estuvieran ligados por una relación de comunidad con respecto a los bienes o derechos que la integraron.

En principio, pues, el retracto deriva de la existencia de una situación de comunidad, siendo concedido al comunero como facultad íntimamente unida a su posición jurídica de tal. En su raíz, por tanto, el retracto legal es un derecho subjetivamente real, o mejor aún, como dice Ferrara, un derecho anejo a la propiedad inmueble, o un derecho subjetivo con titular mediatamente determinado, como entre nosotros precisa Federico de Castro (22) con mayor rigor técnico.

Pero derecho subjetivo con titular mediata o inmediatamente determinado, el retracto legal presenta una conformación jurídica que no es interpretada unánimemente por los autores.

Para unos, como Von Tuhr, a quien sigue entre nosotros Faus Esteve, la titularidad que corresponde el retrayente constituye ya un *derecho potestativo de formación o modificación jurídica*, que le atribuye poder bastante para, mediante una declaración de voluntad, constituir una relación vinculante para el que debe respetar la existencia del retracto.

Según esta tesis (que no es sino una aplicación al retracto legal de la doctrina que ve en el convencional la existencia de un pacto de retroventa), el adquirente de la finca a la que se refiere el retracto tiene una *obligación legal de contratar con* el retrayente, y celebrar con él un nuevo contrato que le transmita la propiedad de la cosa.

Para otros autores, como Bonet, el derecho de retracto legal envuelve una *condición resolutoria* que afecta a la transmisión realizada, de tal forma la misma se resuelve a consecuencia de su ejercicio y produce, como resultado, la adquisición de la cosa enajenada por el titular de aquel derecho.

Esta tesis no es, en definitiva, sino la aceptada para el retracto convencional por nuestra jurisprudencia (Sentencias de 20 de mayo de 1943 y Resolución de 27 de mayo de 1926). Según esta Resolución, cuando el retrayente hace uso de su derecho, *no se perfecciona un nuevo contrato*, sino que entra en juego una condición resolutoria, que coloca la situación patrimonial en el mismo estado en que se hallaba cuando la condición se estableció.

A nuestro modo de ver, ninguna de las dos tesis examinadas conviene a la naturaleza jurídica del retracto legal en el Derecho español.

La teoría que concede al titular del retracto una simple pretensión dirigida contra el adquirente, podrá tener acaso justificación en el Derecho alemán, cuyo Código establece que, al ejercitar su derecho el retrayente, obliga al retraído a perfeccionar con él un nuevo contrato, en las mismas condiciones de aquel por cuya virtud adquirió.

Pero en nuestro Derecho no es posible admitir esta teoría, porque la obligación «de hacer compraventa» no la vemos establecida por ninguna parte y, porque de existir, no habría más remedio

(22) *Derecho civil de España*, pág. 509.

que concebirla como una titularidad pasiva «ob rem», con todas sus consecuencias, y entre ellas, que el así obligado podría liberarse mediante el abandono de la finca. Aparte de que, consistiendo aquella obligación en la emisión de una declaración de voluntad, y no siendo ésta susceptible de coacción (según la doctrina que admite el «precontrato» y la jurisprudencia que lo recoge), nos encontramos con que el derecho del retrayente podría quedar defraudado con facilidad.

Tampoco es admisible la doctrina que ve en el retracto legal la existencia de una condición resolutoria directamente establecida por la ley. Aunque esta opinión pueda sostenerse cuando se trata del retracto convencional (fundándose en la regulación que le da nuestro Código), ello no es posible con respecto del legal.

En efecto: hablan los artículos 1.507 y 1.510 del derecho de *recuperar contra todo poseedor*, mientras que el 1.521 se refiere al derecho a *subrogarse en el contrato*. Como se ve, las expresiones son diversas y ponen de relieve la existencia de dos procesos jurídicos, donde la efectividad del retracto se logra de dos maneras absolutamente diferentes.

En el *retracto convencional*, en efecto, la venta se hace bajo la condición resolutoria que implica la existencia de aquél, y cuyo cumplimiento supone, como dice Hernández Gil, la cesación de los efectos transmisores logrados por el contrato.

Frente a este retracto, la posición de los que traigan su derecho del comprador, es similar a la de aquellos que adquieren pendiente una condición. De donde se sigue que su realización produce automáticamente la disolución de las relaciones jurídicas que hubieran podido constituirse, y la readquisición del retrayente (sin que para ello sea necesario un nuevo acuerdo de voluntades, sino un allanamiento extrajudicial o una sentencia).

La consignación registral de este proceso se llevará a cabo en la forma prevenida por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y 177 de su Reglamento, y, por consiguiente, mediante la presentación de los documentos oportunos, se cancelarán las inscripciones practicadas a favor del primer adquirente y de los que traigan de él su causa, y se practicará una nueva inscripción a favor de quien corresponda, que en este caso será el retrayente vendedor.

Por el contrario, en el *retracto legal* (como señala con acierto la Sentencia de 11 de diciembre de 1944), se produce, en todos los eventos, un fenómeno de subrogación, por cuya virtud el retrayente se coloca en el lugar del adquirente retraído.

Por tanto, no se produce aquí el fenómeno resolutorio, toda vez que en la relación jurídica, creada entre el enajenante y el adquirente de la finca retraída, se mantiene firme e inalterada, variando solamente uno de sus elementos personales, que es precisamente en lo que consiste el recurso técnico de la subrogación.

La forma de acreditar registralmente este proceso será absolutamente diferente de la anterior, pudiendo distinguirse dos casos:

1) Si la enajenación que puso en movimiento al retrayente no ha sido aún inscrita, la inscripción se hará directamente a nombre del subrogado (el titular del retracto), haciendo constar en el asiento las circunstancias especiales que en el caso concurren; pero sin que ello implique un supuesto de tracto abreviado, ya que aquí no se dan dos transferencias, sino un solo negocio dispositivo, en el que, por el juego técnico de la subrogación, resulta que el retrayente es parte y titular del objeto retraído; y

2) Si, por el contrario, se hubiere verificado ya la inscripción a favor del adquirente retraído, no procede la práctica de un nuevo asiento (pues ello implicaría la existencia de una nueva transmisión), sino de una nota marginal expresiva de que en el contenido de la inscripción se ha subrogado el retrayente.

En consecuencia, no pueden estimarse como acertadas las afirmaciones de Faus Esteve, que propone textualmente como la definición más exacta del retracto legal aquella que lo considera como «el derecho de adquirir una finca, que se enajena por venta, del comprador o posteriores adquirentes, dentro de un tiempo determinado y mediante el pago del primer precio de la venta y de los gastos», toda vez que el retrayente no adquiere nada del comprador ni de los que de éste hayan adquirido durante el plazo legal, sino que su adquisición trae causa directa del primitivo enajenante, a consecuencia del juego de la subrogación.

Por tanto, el retracto legal es un derecho real de adquisición que no actúa, ni como condición resolutoria ni imponiendo la obligación de vender, sino al través de un procedimiento subrogatorio, que produce sus efectos frente a todos sin necesidad de inscripción, por estar inserto en el estatuto jurídico de la propiedad y dotado, en consecuencia, de una publicidad legal superior a la del Registro.

Sin embargo, Figa Faura, comentando la Sentencia de 11 de diciembre de 1948 (23), ha intentado demostrar la inexactitud de esta concepción (sin indicar, por otra parte, cuál podría ser la verdadera), a base de poner de relieve sus dificultades prácticas. en el caso de que el precio de la venta que se retraiga se hubiera aplazado, ya que al variar la persona del comprador, por efecto de aquella subrogación, cambia la garantía de su patrimonio.

Aquella sentencia, dice, no encontró grave obstáculo para ello, ya que el aplazamiento se había garantizado con hipoteca sobre la misma finca retraída; pero piénsese en la hipótesis de que la hipoteca se hubiera constituido sobre otra finca del comprador.

Hay que reconocer que estas observaciones de Figa tienen una enorme fuerza aparente, y su endeblez real está, precisamente, en contemplar el retracto desconectado de su precedente: el tanteo.

Para Roca Sastre (24), que sigue en este punto a Pérez y Al-

• (23) *El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, en «Rev. de Der. Priv.», 1948, pág. 880.

(24) Cit., III, págs. 5 y sigs.

guer, tanteo y retracto son *un solo derecho, con dos oportunidades de actuación*. Y concibe el instituto como un todo unitario, de carácter y efectos reales en ambos momentos.

Claro que reconoce las posibilidades de que el tanteo se frustre, ya que no implica ninguna prohibición de disponer, y que la venta que el propietario haga sin notificarlo al titular de aquel derecho, es un negocio perfecto y no viciado; pero, dice, precisamente está ahí el segundo tiempo de actuación del derecho, el retracto, que tiene una eficacia definitiva contra el adquirente.

En realidad, pensamos nosotros que el tanteo y el retracto son *manifestaciones de un ente jurídico superior a ellos, pero distinto*: el derecho «de preferente adquisición de una cosa», que la ley atribuye a una persona.

La palabra *preferente* tiene un hondo significado: indica que sólo *nace* aquel derecho ante una enajenación voluntaria de la cosa; que su titular no puede hacerla ingresar directa y automáticamente en su patrimonio; *que no es, por tanto, un derecho potestativo de modificación jurídica*.

Es decir: que aquel derecho surge en relación con la enajenación a un tercero. En esta medida, pues, *el derecho de adquisición preferente está determinado por la voluntad del propietario actual de la cosa*, a que aquel derecho se refiere, que decide su enajenación.

En este punto nace aquel derecho en la persona determinada por la ley, de un modo inmediato, o mediato, por razón de su titularidad sobre la cosa o de su proximidad a otra de su patrimonio (colindancia).

Este *derecho de preferente adquisición* puede verse cumplido de dos modos:

1) «Volente» el dueño-enajenante, por medio de un contrato de compraventa. ¿No pretende el dueño actual vender o dar en pago la cosa? Pues hágalo directamente con el que tiene preferencia a su adquisición.

Y la ley, consecuentemente, impone al propietario la obligación de hacer, al titular de la preferencia, *una oferta contractual de venta* de la cosa por un precio. Esto es lo que se llama *tanteo*, y, visto de este modo tan sencillo y tan exacto, no creemos que pueda decirse se trata de un derecho real, sino de una obligación legal de contratar preferentemente con A, en vez de dirigirse a B o a C (pero no una obligación del adquirente, como piensa Faus, sino del dueño enajenante).

2) «Nolente» el dueño-enajenante, es decir, cuando éste se niega a cumplir aquella obligación legal y, desconociéndola, enajena la cosa a un tercero sin hacer aquella primera oferta y esperar a su resultado (en los modos y términos que la ley fija, para su seriedad y posibilidad de eficacia), se atribuye al titular del derecho de preferencia la facultad de dirigirse directamente sobre la cosa, haciéndola ingresar en su patrimonio y, por un principio

de economía jurídica, en vez de destruir la enajenación realizada, la ley la conserva, subrogando en ella al retrayente.

La concesión de esta facultad de subrogación está condicionada suspensivamente a la actuación negativa del enajenante; es decir: si éste se ha prestado lealmente a colaborar en la realización del derecho de preferencia, ofreciéndole la venta de la cosa, no tiene por qué nacer el derecho a realizar coactivamente una adquisición que pudo lograrse directamente de un modo normal y voluntario.

Pero como aquella actuación colaboradora ha de ser ofrecida leal y legalmente, y como de ella, como de un hecho, depende el nacimiento de un derecho (el retracto), ha de probarse debidamente; de aquí por qué la ley exige ciertos requisitos formales al tanteo (aparte de la necesidad de que la oferta, que entraña, pueda ser razonablemente aceptada y pensada).

En la enajenación realizada a un tercero, desobedeciendo la obligación legal de contratar preferentemente con la persona designada por la ley, ésta se encuentra con *tres elementos*: 1) que la preferencia se refiere a una enajenación voluntaria; 2) que esta enajenación se ha realizado ya, por medio de un negocio jurídico voluntariamente conformado por el propietario-enajenante; y 3) que éste no puede desconocer la posibilidad de subrogación en el negocio, del que puede ser el retrayente.

Y entonces el *problema* no es el que plantea Figa Faura, que desaparece, sino este otro: *la subrogación, ¿destruye o no el negocio enajenativo querido por el propietario?*

Evidentemente, ello no pasa en la compraventa, que permanece como negocio, aunque la subrogación no puede alcanzar a los derechos o garantías accesorios que se le hayan adjuntado, pero que intrínsecamente son extraños al negocio mismo, a cuya esencia sólo se incorporan los llamados «*accidentalia negotii*» (condiciones o términos), que son, indudablemente, a los que de un modo exclusivo se refiere la dicción del artículo 1.521 del Código civil («subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato»).

Evidentemente también, en cambio, ello *ocurre en la permuta*, en que la subrogación no puede producirse sin destruir el negocio enajenativo y, con él, la voluntariedad de la enajenación a un tercero, determinante del nacimiento del derecho de preferente adquisición, atribuido a una persona por la ley.

De aquí la incorrección de la doctrina jurisprudencial en materia del *retracto del colono*, representada por la Sentencia de 11 de julio de 1945, en la que se sostiene, apoyándose en la letra del artículo 16 de la ley de 1935 (antes de la reforma), que entre las transmisiones onerosas, a las que cabe aplicar el retracto, se encuentra la permuta. *Ello implica transformar el derecho de preferencia en una expropiación forzosa.*

La doctrina ha criticado duramente la falta de fundamento científico de este fallo, afirmando Flórez de Quiñones (25) que el

(25) *Comentario*, en «Rev. de Der. Priv.», 1946, pág. 66.

hecho frecuente de que la permuta envuelva una compraventa, no justifica aquella decisión jurisprudencial, ya que, descubierta la simulación, procederá el retracto.

Como criterio ecuánime propone el Notario de Córdoba que se estime procedente el retracto del colono, no cuando la permuta se haga por cosas específicas y determinadas, sino cuando la contraprestación consista, bien en dinero o signo que lo represente, bien cosas genéricas.

Esto quiere decir, simplemente, que a los efectos del retracto, se debe ampliar el ámbito de la fungibilidad; o sea, que en vez de proceder exclusivamente cuando se enajene una cosa por dinero (que es la cosa fungible por excelencia), ha de poder producirse también en los casos de una fungibilidad menor, en que a sustitución no se imponga objetivamente de un modo absoluto (peseta por peseta), sino que venga impuesta por la realidad del comercio social (bueyes por bueyes).

Claro que en estos casos se presentarían graves dudas en la práctica; y carecemos de un procedimiento eficaz y breve en el que resolverlas.

Desde un punto de vista de «lege ferenda», la solución podrá estar:

a) En la creación de tal procedimiento, para decidir la equidad de la sustitución de las cosas; o

b) En atribuir al hecho de la permuta por cosas genéricas, el valor de una presunción de fraude y, por vía de pena, reconducir el caso a una tasación en dinero.

Esta última solución es la que se podrá adoptar jurisprudencialmente, claro que con un mero valor de «iuris tantum» y admitiendo la prueba que se presentara en el caso concreto.

a) *La regulación de la L. A. U.*—La L. A. U. concede este derecho de adquisición preferente a los inquilinos y arrendatarios, sobre la vivienda o local de negocio, cuando su propietario venda o ceda en pago aisladamente la parte que en el edificio ocupan; y sobre el edificio, si a todo él se extendiera el arrendamiento único.

Con toda precisión, y huyendo de las dificultades que plantea la dicción del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 (según el cual procede «en todo caso de transmisión a *título oneroso* de una finca rústica arrendada»), el artículo 63 de la L. A. U. sólo lo concede en los casos de *venta* o dación en pago, es decir, cuando la subrogación del retrayente pueda lograrse sin destruir el negocio que, implicando la enajenación voluntaria, da lugar al nacimiento del derecho de preferente adquisición.

Atendiendo al modo de producirse la ley, lo mismo da que al venderse o darse en pago el piso, departamento o planta, pertenezca el edificio a un solo propietario o a varios, sea en comunidad por cuotas o en propiedad separada u horizontal.

También procederá aquel derecho de adquisición, aunque en



el mismo acto se transmitan por aquellos títulos todos o varios de los pisos o plantas arrendados, siempre que se haga a diferentes personas.

No procede, en cambio; cuando el negocio recaiga sobre un *edificio global*, sobre el que haya establecido más de un arrendamiento, ni cuando el adquirente sea *condueño* de la finca, ya como cuotista, ya como propietario de otra planta de ella, porque según el artículo 66 el retracto de comuneros prevalece sobre el de arrendatarios, y la Sentencia de 6 de abril de 1946 reconoce aquél a favor de los *copropietarios por pisos* de un edificio, apoyándose en la situación de comunidad indivisible sobre los elementos comunes.

El artículo 11 de la ley declara *renunciables, por parte del arrendatario de locales de negocio, los beneficios que le concede, a excepción de la prórroga.*

Por consiguiente, hay que entender que, entre estos beneficios renunciables, figuran los de tanteo y retracto. Esta renuncia puede ser anticipada y convenida en el contrato originador de la situación arrendaticia; pero también puede ser posterior, tanto con referencia a una concreta enajenación, como con respecto a enajenaciones futuras y posibles.

En cambio, el mismo artículo 11 impide la renuncia de tales beneficios al inquilino: pero esto no será obstáculo para que, una vez se haya otorgado la venta o adjudicación, o al mismo tiempo de otorgarse, pueda el inquilino realizar una renuncia plenamente eficaz al retracto, pues ya *no se tratará de renunciar a un beneficio «a priori», sino de la dejación «a posteriori» de un derecho ya deferido.*

Cabe aplicar aquí la misma distinción que se hace en materia de *legítimas*: la renuncia de legítima futura es nula, conforme establece el artículo 816 del C. c.; pero esto no impide la renuncia a la legítima ya diferida, o sea, la derivada de una sucesión ya causada o abierta.

Al fin y al cabo, el no ejercicio del derecho de retracto durante el plazo legal, también envuelve una renuncia tácita.

Según el artículo 63, «podrá el inquilino de vivienda o el arrendatario del local de negocio utilizar el *derecho de tanteo en el plazo de treinta días*, a contar del siguiente al que se le *notifique en forma auténtica* la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el *precio* ofrecido y las *condiciones* de la transmisión».

Y según el artículo 64, *procederá el retracto*: 1) Ante la falta de la previa oferta, o tanteo; 2) Si el precio efectivo fuera inferior al de aquella oferta, o distintas las condiciones esenciales de ésta; y 3) Si no se hubiera utilizado el tanteo.

Pero así como los dos primeros casos están justificados por sí mismos, el tercero no tiene justificación posible; porque si al arrendatario se le guardó una preferencia exacta (identidad del

precio y condiciones), pudo adquirir preferentemente y no quiso: ¿por qué volverle a dar nueva posibilidad?

Ello no conduce más que a dificultar injustamente el tráfico jurídico sobre viviendas y locales, en perjuicio del propietario, ya que los adquirentes, que conocen su insegura posición, se traerán de contratar sobre viviendas y locales arrendados.

A la fidelidad del propietario, se responde permitiendo una posible informalidad del inquilino.

En los dos primeros casos podrá ejercitarse el retracto dentro de los sesenta días; en el segundo, dentro de los quince.

En todos los plazos se contarán desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la propiedad y, a falta de ello, desde que el arrendatario tuviese *conocimiento* de aquella.

Y aquí la L. A. U. se organiza un *galimatías*.

Por una parte, declara *no inscribible* la escritura de venta o dación, *mientras no se acredite la notificación* fehaciente del negocio transmisor al inquilino o arrendatario (64); y por otra, impone que en la venta de un piso (departamento y edificio, hay que entender añadido) *no arrendado, el vendedor deberá declararlo así en la escritura, para que ésta sea inscribible*, bajo pena de falsedad en documento público (69 L. A. U. en relación con el 303 del Código penal; seis meses y un día a seis años, y multa de 1.000 a 10.000 pesetas).

Esto, que sería correcto si la inscripción marcara indefectiblemente la iniciación del plazo (aunque se hubiere conseguido mediante falsedad), resulta desorbitado cuando se preceptúa que «no se computará... mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare» (64, «in fine»).

En este punto, hemos de señalar dos equivocaciones de interpretación.

Una a cargo del comentarista Royo, que cree hipotecariamente nula la inscripción conseguida mediante falsedad en la declaración de estar libre la finca de arriendo, lo que combate acertadamente Roca Sastre, porque tal defecto de notificación (a la que aquella falsedad tiende), no es más que un *defecto subsanable*, y porque tal supuesto no encaja en ninguno de los que, bajo los conceptos de nulidad material o formal, establece la legislación hipotecaria.

Otra, a cargo del mismo Roca Sastre (26), quien sostiene ser innecesaria la notificación del negocio ya realizado, cuando su sustancia coincida con lo consignado en la previa notificación para el tanteo. Pero la ley no distingue; y creemos más ajustado y, prácticamente, más prudente, defender en todo caso la necesidad de la segunda notificación.

La única manera eficaz de que el propietario y el adquirente burlen el derecho de preferente adquisición que la ley atribuye

al inquilino y al arrendatario de locales de negocio, está en la *inflación del precio*.

Con ello se imposibilita jurídicamente la actuación del arrendatario; pero sí económicamente, ya que la prueba de tal inflación, es decir, de la *simulación de la cuantía del precio*, es difícilísima en la práctica.

Ante este hecho siempre cabe que el inquilino *impugne la simulación* de aquella cuantía y, conseguido esto, su retracto se acomodará a la realidad demostrada.

No se opone a lo que decimos lo ordenado en el artículo 67 (en uno de cuyos incisos se dice que si el arrendatario «no ejercitase el retracto, lo que únicamente podrá hacer por el precio figurado en la escritura»), ya que tal doctrina legal es exacta, en cuanto que *la acción de retracto ha de iniciarse por el precio que la escritura presume, aunque su consumación se realice ajustándose al precio real*, porque según el artículo 1.618 de la L. E. C., «para que pueda darse curso a las demandas de retracto, se requiere: ... 2.º Que se consigne el precio, si es conocido...»

Y el precio conocido es el escriturado, pues el real es el que se ha de dar a conocer, mediante la oportuna prueba, ya que como dice la Sentencia de 20 de febrero de 1943, «los contratos celebrados por documento público llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez y, por tanto, *aquel que en éstos se apoya, tiene acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho*, lo que basta para llenar la exigencia procesal de la prueba, ya que el vicio o defecto alegado para impugnar la validez del contrato o contratos en él contenidos, en modo alguno puede presumirse, sino que ha de ser probado por quien lo alega».

De cuya valoración, como observa Giménez Arnáu (27), a la antigua valoración del documento como prueba plena, hay escasa distancia.

Pero, como dijimos, la prueba de la simulación del precio es difícilísima, lo que en la mayoría de los casos imposibilita prácticamente la actuación del retracto del arrendatario.

Ante este hecho, la L. A. U. en su artículo 67, sienta una *presunción iuris et de iure*: *será excesivo el precio que sobrepase a la capitalización de la renta*, al 3 por 100 si se trata de local o vivienda construido o habitado por primera vez antes del 1.º de enero de 1942, y al 4,50 por 100 si con posterioridad a aquella fecha.

La *consecuencia* que de esta presunción debería derivarse, sería la posibilidad de retraer por el importe de tal capitalización; pero el mismo legislador, consciente de la expropiación que ello supondría, ya que la misma ley, al estabilizar las rentas estabiliza la base de cálculo, no se atreve a consagrar aquel resultado y, entonces, atribuye al arrendatario un derecho que nos atrevemos

(27) *Introducción al Derecho Notarial*.

a calificar de monstruoso: podrá instar la *anulación del contrato transmisivo* dentro de los sesenta días, cuyo cómputo se iniciará con igual criterio que para el retracto (en definitiva, desde la notificación que del negocio transmisivo se le hubiera hecho en forma fehaciente).

Pudo la ley seguir otro camino: establecer la misma presunción de excesividad, pero con el carácter de «*iuris tantum*», es decir, dispensando de la prueba al arrendatario y cargando en el propietario enajenante la carga de demostrar que aquel exceso no era arbitrario, por cuyo procedimiento se llegaría, si no a la determinación del *precio real* del contrato, sí a la fijación del valor justo, buen sustitutivo de aquél. Y logrado este resultado, haberdado paso al retracto arrendaticio.

Pero esto era lo lógico y lo jurídico... y se ha preferido crear una *auténtica prohibición de disponer*, cuya actuación se deja a la voluntad del arrendatario.

Las posibles consecuencias de esta regulación, bastan para calificarla.

Se da *para evitar el fraude* del derecho de adquisición preferente del arrendatario, y a éste le *puede servir para mucho más*.

Ejemplo: Se consigna el precio real, pero el adquirente compra para denegar la prórroga de la situación arrendaticia, por precisar la vivienda para sí o sus descendientes o ascendientes consanguíneos. El inquilino, montado en la facilidad de una renta bajísima y estabilizada, no quiere retraer y ejercita la acción de anulación del contrato transmisivo, inmovilizando la vivienda en la titularidad del propietario, que no puede dejar de serlo, porque su señor, el inquilino, no se lo permite.

Lo mismo cabe frente a un precio simulado, aunque el inquilino tenga en su mano todas las pruebas de la simulación y del precio verdadero. O hasta en el caso de un precio inferior al real (consignando así por motivos fiscales), pero que tampoco quiere pagar, por preferir la situación en que se encuentra, de renta baja y reparaciones a cargo del propietario, su servidor.

En definitiva: el propietario *sólo puede vender* por un precio que no sea superior a aquellas mezquinas capitalizaciones que califican de excesividad.

El valor justo o el precio real conseguido en un convenio nada valen ni representan frente a la ley. El inquilino puede prohibir al propietario cualquier enajenación que de aquello exceda.

Así como los negocios fiduciarios se caracterizan por atribuir un plus o exceso de poderes jurídicos, sobre los necesarios para conseguir el efecto realmente querido, este derecho excede también del fin para el que se creó; pero así como aquel negocio admite siempre una corrección interpartes, este derecho no tiene limitación alguna, y ha sido creado, precisamente, en una época de la evolución jurídica en que está granando y dando frutos prácticos la *teoría del abuso del derecho*.

El fenómeno paradójico no es nuevo: el D-L. de Redención de Foros 1925 nació después de iniciarse, con el Decreto de Alquileres de 1917, la enfiteuticación de los regímenes arrendaticios.

b) *La regulación de la L. A. R.*—La ley de 16 de julio de 1949 y el Decreto de 7 de julio de 1950 modificaron la redacción de los artículos 16 y 17 de la ley de 1935, en los que se estableció y reguló el *retracto del colono*, que la jurisprudencia ha extendido al *aparcerero*, por el hecho de estar contenida la regulación de la aparcería bajo la misma ley.

Si desafortunada era la antigua redacción de aquel precepto, lo mismo nos parece la actual, que se limita a extender aún más su farragosa y ya larga redacción, discriminando algo más ciertos casos, pero careciendo de todo rigor técnico.

Perfila la actuación de la acción de retracto. No se preocupa, en cambio, de establecer y regular el cumplimiento voluntario, por parte del propietario, del derecho de preferente adquisición que sobre la finca corresponde al colono, cuya actuación aparece, pues, como solapada y traicionera, ya que carece de toda eficacia la actitud leal que frente a él adopten propietario y adquirente.

Lo más saliente de la nueva redacción consiste en que, de una parte, perfila el retracto conjunto y, de otra, refuerza y concreta extraordinariamente el del colono especialmente protegido.

Son tres los supuestos que deben distinguirse: 1) el retracto común; 2) el especial, y 3) el conjunto de los varios colonos de una finca.

a') *Retracto común*.—Procede (según el apartado 1.º del artículo 16, conservado por la reforma), *en todo caso de transmisión a título oneroso* de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma.

En las transmisiones que tengan *índice dinerario*, se produce íntegramente la subrogación antes estudiada, mediante el reembolso del *precio* y de los *gastos* indicados en el artículo 1.521 del C. c.

En las que no lo tengan, *el precio se sustituye por el valor*, que habrá de ser determinado, a falta de acuerdo, en juicio ordinario, ya que la ley comete la grave omisión de no establecer un procedimiento breve y eficaz.

No es índice dinerario el valor que en una permuta se señala a los meros *efectos fiscales*, aunque pueda ser una presunción «ad hominem» que juegue el colono retrayente.

Ha de haber una perfecta correspondencia entre finca arrendada y finca transmitida para que se dé este derecho (salvo los casos del colono especialmente protegido y del retracto conjunto, que estudiaremos a continuación). Esto se desprende del párrafo primero, en relación con las excepciones dichas.

Estos hechos (transmisión onerosa de la finca arrendada y coincidencia entre lo transmitido y lo arrendado), son *constitutivos del derecho del colono*, quien puede tener una *circunstancia personal*

*impeditiva de su ejercicio*: ser propietario de más de diez hectáreas de regadío o cien de secano en territorio nacional (párrafo 10.º).

Según el párrafo 7.º, «cuando se trata de fincas de aprovechamientos diversos, cedidas a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercerlo *solamente* al que lo sea del aprovechamiento principal».

Disintiendo del comentarista Royo, entendemos que el adverbio de modo «solamente» excluye de un modo absoluto a los demás; es decir, que si el arrendatario del aprovechamiento principal renuncia al retracto, los demás no pueden ejercerlo, porque lo tiene solamente aquél.

Ahora bien, tampoco creemos, como aquel autor, que la principalidad se mida por el importe de la renta, ya que puede ocurrir que coincidan un aprovechamiento principal, antiguo y prorrogado con renta baja, con otro secundario, más moderno y mejor pagado. La principalidad y la accesoriedad, como hechos *determinativos de la atribución de un derecho*, quedan fuera de la voluntad de las partes y son de la libre apreciación judicial.

En la concurrencia con otros retractos, su orden de colocación es muy inferior, pues le anteceden el de *comuneros* (en el caso de que el condómino retrayente lleve en la comunidad más de tres años), el de *colindantes* en todo caso, y el *gentilicio* foral.

Sin embargo, hay que tener presente que estos retractos sólo funcionan en caso de venta o adjudicación en pago, en tanto que el presente opera en toda transmisión onerosa, por lo que podrán ocurrir casos de anteposición de hecho (no de derecho, porque ante una permuta aquellos retractos no pueden intentarse siquiera, salvo simulación, lo que es otra cosa).

En la enajenación de una finca rústica arrendada, *el vendedor tiene la obligación de hacerle saber la existencia del arrendamiento circunstancialmente al comprador* (párrafo 2.º) exigiéndole recibo de esta notificación.

¿«Ratio» de esta precaución ordenada por la ley? Es dudosa. Sería lógica después de una presunción «*iuris tantum*» de ignorancia del arrendamiento, que justificaría la inmediata actuación del comprador exigiendo al vendedor el resarcimiento de los daños que le hubiese causado el inesperado retracto del colono.

Pero como no se establece tal presunción y como, en definitiva, el comprador no sólo tendría que probar su ignorancia del arrendamiento (en lo que se interferirían graves cuestiones sobre su deber de diligencia), sino que ella se debía al *dolo* del vendedor, tal precaución carece de sentido fuera del aspecto cautelar, que es a los particulares e a sus conejeros y no a las leyes a quienes corresponde.

El adquirente (la ley reformada sigue diciendo restrictiva e incorrectamente «comprador»), ha de notificar su adquisición al colono, para que éste pueda ejercer su derecho de retracto dentro

de los tres meses siguientes (en la antigua redacción el plazo era de un mes).

En defecto de esta notificación, tal plazo se computará desde que el colono hubiere tenido conocimiento de la transmisión *por cualquier medio*.

Se hace *caso omiso del Registro de la propiedad*: la inscripción ya no marca en ningún caso el comienzo del cómputo del plazo, como en la redacción antigua.

¿Es esto correcto? A nuestro juicio, sí; porque el Registro de la propiedad cumple *dos funciones*: una, de *publicidad*, y ésta de un modo pleno, en cuanto contiene presunciones que favorecen a quien en ellas se apoya, y otra, de *publicación*, en cuanto enseña públicamente el estado jurídico de las cosas y derechos.

Pero esta última función no puede tener jurídicamente un carácter *dinámico* (o de imposición de conocimiento), en abierta discordancia con la *realidad estática* (se puede acudir a conocer).

Hasta tal punto esto es así, que, o el colono ha de montar guardia en el Registro, o veremos con desagrado que los empleados de esta Oficina se conviertan en notificadores officiosos y retribuidos.

b') *Retracto especial*.—En los arrendamientos especialmente protegidos, el retracto del colono tiene un vigor especial, pues no sólo se da en todo caso de transmisión a título oneroso en que haya coincidencia entre lo transmitido y lo arrendado, sino que surge aunque no haya tal coincidencia, es decir, que el colono especialmente protegido *le corresponde siempre el retracto de la finca o porción de finca a que se refiera su arrendamiento*, para facilitar lo cual, el documento enajenativo señalará la parte del precio que a tal porción corresponda, pues si no contiene tal señalamiento se retraerá por el valor resultante de capitalizar la renta actual (o sea, la cantidad dada por la conversión del trigo a dinero en tal día), al 2,50 por 100.

Pero, además, este derecho tiene actuación en las transmisiones a título lucrativo, *cuando la donación se haga a quien no sea heredero forzoso, salvo que sea causada por razón de matrimonio*.

En este caso, el colono tiene derecho a que la finca o porción *le sea vendida* por el donatario, por un precio equivalente al valor declarado, incrementado con el importe de los gastos y expensas necesarias y útiles.

Ya *no se trata, pues, de un retracto*, sino de otra figura jurídica, porque ni en este caso, ni en el de la permuta, cabe la *subrogación en el negocio*.

Y conviene que nos detengamos un tanto en esto, sobre el siguiente interrogante: ¿quién es el que recibe el valor de la finca retraída? ¿El propietario que la permuta o dona, o el donatario o adquirente?

Indudablemente que el retraído es el adquirente por permuta o donación. Este es quien pierde la finca y es a éste a quien hay que reembolsar.

El propietario lo seguirá siendo de las cosas genéricas o específicas que, a cambio de la finca, adquirió por permuta.

El donante seguirá empobrecido «*donationis causa*», y el donatario no deja de quedar enriquecido, aunque el colono le «retraiga» la finca.

Los negocios permanecen inalterados, pero constituyen la ocasión del nacimiento de un *derecho de expropiación*, que la ley atribuye al colono. Y si esta denominación sonase extrañamente, por referirse a una *utilidad privada*, responderemos que algunas utilidades inmediatamente privadas son mediatamente convenientes a la sociedad, como lo prueba toda la legislación de arrendamientos rústicos y urbanos, que privilegiando abiertamente a colonos, inquilinos y arrendatarios de locales de negocio, busca una estabilización y nivelación social.

Añadiremos que el fenómeno es nada nuevo en nuestro Código civil: la *servidumbre forzada de paso permanente* puede obtenerse indemnizando el *valor del terreno* (564 C. c.), y la *redención de la enfiteusis* es un acto constitutivo para los que pensamos que el dueño directo sigue siendo el propietario (1.651 C. c.), y se realiza por la entrega a éste del capital que se hubiese fijado como *valor de la finca*.

En ninguno de estos preceptos se halla, pues, *de precio, sino de valor*. Y en estos casos, como en los casos de retracto en permuta o donación que examinamos, la escritura que voluntariamente otorgue el propietario, no será de venta, sino de constitución de servidumbre, de redención y de adquisición por derecho legal, previo abono del valor.

Los Tribunales no deberán condenar al donatario retraído a que venda (a pesar de la dicción legal), sino constituir directamente en la Sentencia la propiedad en el expropiante-retrayente, y en éste la obligación de satisfacer el valor al expropiado retraído.

Finalmente, hemos de hacer la importante indicación de que *la preferencia del retracto especial gana un grado*, con respecto al común, pues sólo le vencen el de comuneros y el gentilicio; pero no el de colindantes, que queda preterido ante él.

c) *Retracto conjunto*.—Cuando se trataba de la enajenación de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, la primitiva redacción del artículo 16 imponía, sin más, que *el retracto debía ejercitarse conjuntamente por todos ellos*, «sin perjuicio de que cada uno adquiriera la propiedad de la parcela arrendada».

Esta exigencia legal, dificultaba generalmente, y muchas veces imposibilitaba, el retracto conjunto, pues bastaba que uno de los colonos se negase a intentarlo, o que desistiese de seguir los trámites procesales (bien por auto-decisión, o bien por convenio con el adquirente).

Uno de los más ingeniosos recursos prácticos para evitar tal confabulación fué el contemplado por la Sentencia de 3 de abril de 1945, en la que todos los colonos constituyeron sociedad civil



que representaban tres de ellos, recurso técnico que aceptó el Tribunal Supremo. Era una medida de prudencia, ante la aventura que suponía la presentación de un poder irrevocable, irrevocabilidad que parecía prematuro presentar ante el estado jurisprudencial de la cuestión.

En la regulación reformada, desaparece este problema, pues basta la actuación conjunta de los arrendatarios que representen más de la mitad de la superficie de la finca retraída, o por un Grupo Sindical constituido al efecto, para que se dé lugar al retracto por la totalidad de ella.

Claro que se presenta el problema de qué es lo que ocurre con respecto de aquellas parcelas arrendadas a colonos que no hubieran retraído (ya que las de éstos quedan en su propiedad).

Actuando, como actúan conjuntamente, parece lógico sostener que *las otras parcelas les pertenecerán en comunidad, por cuotas proporcionales al valor de las que adquieren en dominio individual, pero, en definitiva, éste es un punto que espera la intervención complementaria de la jurisprudencia.*

c) *Situación del adquirente por retracto.*—Según el artículo 65 de la L. A. U. el *arrendatario adquirente* por tanteo o retracto y sus herederos *no podrán enajenar hasta pasados dos años, salvo que acrediten haber venido a peor fortuna.* Y según el artículo 17 de la L. A. R. el *colono* que adquiere por retracto una finca, *no puede inter vivos enajenarla, cederla en aparcería, ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio, hasta transcurridos seis años; pero sí hipotecarla, aunque en este caso la acción ejecutiva no podrá iniciarse hasta transcurrido aquel plazo (quedan excluidas las enajenaciones al Instituto Nacional de Colonización, para la parcelación de la finca, que son posibles en cualquier tiempo).*

¿Se trata de una *prohibición de disponer, absoluta o meramente obligacional?* Hay que entender que lo primero, porque tiene la finalidad de evitar el abuso de un derecho que se concede para estabilizar socialmente a colonos, inquilinos y empresarios, no para permitirles negociar y enriquecerse a costa de los propietarios.

Pero lo que no disciplina la ley son los efectos del incumplimiento: ¿quedarán reducidos a un *resarcimiento* de daños (cuya realidad y cuantía serán de difícilísima prueba), o *alcanzarán a destruir la enajenación del colono o arrendatario y a la readquisición por el propietario* que fué retraído?

Pensamos que habrán de alcanzar estos últimos efectos, como única sanción eficaz, porque:

1) El derecho de adquisición preferente no les está concedido para enriquecerles, permitiéndoles negociar con lo adquirido, sino para dar permanencia a su vida; y frustrada voluntariamente tal finalidad, es injusto mantener el despojo del propietario;

2) La adquisición del retrayente tiene la fecha fehaciente de la escritura en que conste; y esta prohibición de disponer, como

legal, es pública por sí misma (2 C. c.); frente a lo cual el tercer adquirente no puede alegar ignorancia ni buena fe (4 C. c.); y

3) Finalmente, si el arrendatario de finca urbana que no quiere tantear ni retraer por el precio alcanzado, puede anular la enajenación del propietario, si aquella cantidad resulta excesiva con la capitalización legal de la renta, hay que conceder análogos poderes al propietario contra aquél.

3.º *Goce exclusivo y excluyente*.—A lo que quedó dicho en los epígrafes b) y 3) del apartado dedicado al régimen del arrendamiento en el Código civil, sólo añadiremos que:

a) El colono tiene derecho «a usar de la finca arrendada y a obtener de ella los rendimientos de que sea susceptible, de acuerdo con lo prevenido en el contrato» que es el título constitutivo (L. A. R. 1935, art. 13, 2.º), y que cuando un tercero le perturbare de hecho, tiene acción directa contra él (n.º 4); puede compeler al propietario a realizar las reparaciones indispensables y realizar por sí mismo y con plena autonomía mejoras útiles y de recreo, con respecto a las primeras de las cuales tiene derecho a que se le reembolse su valor al abandonar la finca, y en cuanto a las segundas el «ius tollendi» (art. 19):

b) El arrendatario de finca urbana puede realizar toda clase de mejoras con autonomía y hacer directamente las reparaciones urgentes y las necesarias no urgentes ordenadas por las Autoridades que el propietario no hubiere efectuado en el término de un mes (L. A. U., arts. 142 y 143); y

c) Ambos paralizan el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que para obtener la posesión de la finca promueva el titular inscrito.

4.º *Disponibilidad*.—Parece una consecuencia natural del carácter real de la situación arrendaticia que su titular pueda cederla, pero ello depende, en su aplicación concreta, del carácter o matiz bajo el cual se configura aquella relación, distinto en cada una según recaiga sobre viviendas, locales de negocio o fincas rústicas. Se impone, pues, su estudio por separado.

a) *La cesión de la vivienda*.—Consecuencia del carácter real de la situación del arrendatario, es la cesibilidad, en principio, de su derecho sobre la cosa arrendada (vivienda o local de negocio).

Pero en virtud del *matiz familiar* del que recae sobre *viviendas*, el inquilino no puede cederlo más que a título gratuito y a los parientes, dentro del *segundo grado*, que con él convivan con un año de antelación a la cesión (art. 34).

La cesión a *título oneroso* y la *gratuita a personas distintas*, están rigurosamente prohibidas por el artículo 33, cuya «ratio» está fundada en aquel carácter familiar del derecho del inquilino; pero cuya expresión es técnicamente deplorable, porque si el derecho del inquilino es familiar, como legalmente conformado para la protección del hogar (que supone parentesco y convivencia), la disposición que de la vivienda haga extravasando estos límites *no*

será cesión, será otra cosa; porque así como el usufructo, por su matiz personal, se extingue por la muerte del usufructuario, el inquilinato, por su carácter de comunidad familiar de disfrute, se extingue también al faltar aquella comunidad familiar.

Por tanto, cuando el inquilino traspasa la vivienda fuera del ámbito propio de su derecho, bien sea por precio, o bien a quienes no sean parientes o, siéndolo, no convivan con él; es decir, fuera de quienes con él constituyen el hogar familiar, *no se tratará de cesión de su derecho, sino de disposición extralimitada de cosa ajena*, frente a la que el propietario puede encontrarse en tres situaciones: 1) desconocerla y rechazarla; 2) desconocerla y conformarse con la situación creada, convalidando, por ratificación, la disposición que de su cosa hizo el inquilino; y 3) conocerla y fomentarla para obtener el lucro de una prima, que compartirán él y su inquilino gestor.

1) En el primer caso, o sea, cuando el inquilino dispuso de la vivienda sin el conocimiento y consentimiento del propietario, que no quiere conformarse con lo hecho, la ley le concede acción para ello, con un doble efecto: a) resolver el contrato de inquilinato, si aún le ligaba «contractualmente» con el cedente; y b) obtener el lanzamiento del cesionario.

Es decir: se libera de sus obligaciones contractuales y recupera la vivienda (art. 36). Esta acción caduca a los seis meses de la ocupación del cesionario.

Pero como el inquilino dispuso de lo que no podía disponer, la «cesión» de la vivienda es no sólo un negocio ineficaz frente a la cosa y a su propietario, sino inmoral, de haber mediado precio.

De aquí que el cesionario que se vea lanzado pueda reclamarle el precio satisfecho y el resarcimiento de los perjuicios; pero si, además, simuló el consentimiento del propietario, es decir, si procedió con *dolo*, la devolución se eleva al doble del precio recibido, «sin perjuicio de otras responsabilidades», que son las penales establecidas en la ley de 27 de abril de 1946, en cuya virtud *constituye delito la percepción de primas por el arrendamiento o subarriendo de viviendas*, porque, como dice su preámbulo, el inquilinato «sólo puede tener un precio legítimo: la renta, sin que en ningún caso sea lícito exigir, además de ella, una prima» por la vivienda que es «un objeto de primera necesidad».

Esta ley penal, como sigue diciendo su mismo preámbulo, «en nada afecta a la relación arrendaticia, ni a la validez o eficacia del arrendamiento, subarriendo o cesión de vivienda celebrado, aunque sea merced al pago de prima o precio, cuyos efectos se determinarán con arreglo a la legislación civil aplicable a esta clase de contratos», hoy constituida por el texto articulado de la L. A. U. promulgado el 21 de marzo de 1947.

2) Puede haber desconocido el propietario la disposición que de su vivienda hizo el inquilino; pero conformarse con la situación creada, convalidándola por ratificación.

Pero entonces hay dos cosas: un negocio del inquilino, ineficaz en sí, y cuyo precio supone un enriquecimiento injusto; y un nuevo inquilinato que el propietario concierta con el cesionario ocupante.

Esta ratificación puede ser expresa o tácita, es decir, mediante el concierto del nuevo inquilinato (con o sin prima), o por la dejación de la acción (que, como hemos dicho, caduca a los seis meses).

Ninguna consecuencia tiene para el propietario la ratificación *expresa sin prima*, aparte, claro está, del establecimiento de un nuevo inquilinato; pero el cesionario conserva su acción contra el inquilino cedente para el reembolso del precio que indebidamente percibió de él (art. 37).

La ratificación por medio del concierto de un nuevo inquilinato *con prima* o por *otros actos también expresos que «faciliten la subrogación... a personas distintas»* de los parientes convivientes dentro del segundo grado del inquilino, presume «*iuris et de iure*», la onerosidad del traspaso que hizo el inquilino y, el consentimiento simultáneo del propietario, ligando a ambos solidariamente a la devolución de la prima satisfecha por el traspaso (art. 38).

Esta regulación no es ni clara ni quizá justa: la presunción de onerosidad, cuando el propietario hubiere posibilitado el traspaso, podrá ser racional; pero lo que ya no resulta tan lógico es que tenga un carácter tan absoluto, y menos que el hecho de que el propietario haya exigido una prima por su ratificación, suponga que hubo *otra prima* por el traspaso, también de un modo absoluto, con el resultado poco jurídico de que un acto del propietario tenga consecuencias tan irreductibles para el inquilino cedente.

La caducidad de la acción del propietario, por el transcurso de los seis meses después de ocupada la vivienda por el cesionario, presume también, pero salvo prueba en contrario, el consentimiento a la cesión; y funda, igualmente, su responsabilidad solidaria por el reembolso de la prima que por el traspaso hubiera satisfecho el cesionario.

Pero la prueba en contrario, si bien deja inalterado el nuevo inquilinato, habrá de liberar al propietario de aquella responsabilidad, que *implica una complicidad civil* en un negocio que la L. A. U. considera ilícito, y la de 27 de abril de 1946, como delito.

3) Cuando el inquilino traspasó la vivienda por precio, con el consentimiento, colaboración y provecho del propietario, es decir, cuando actuó para sí y para éste, gestionando un negocio común y como mandatario del propietario, ambos son coautores de un negocio ilícito y quedan solidariamente ligados a su consecuencia: la devolución de la prima satisfecha por el cesionario.

Pero, además, para el propietario se producen dos importantes consecuencias: la firmeza civil del nuevo inquilinato (37), concertado prácticamente en su nombre y con su autorización; y la privación de la facultad de recuperar la vivienda por necesitarla para

si o para sus descendientes o ascendientes consanguíneos (arts. 40 y 76).

Por lo demás, el artículo 34 de la L. A. U., que delimita el campo de la cesión lícita y eficaz de las viviendas, de acuerdo con su función de sede del hogar familiar, merece un *triple comentario*:

a) Reduce el campo personal de la cesión a los parientes convivientes *dentro del segundo grado*, en desacuerdo con lo establecido por el artículo 71 para la continuación en el arrendamiento del inquilino fallecido por sus parientes convivientes, *dentro del tercer grado* «por consanguinidad o afinidad».

En nuestra opinión, se trata de un desacuerdo meramente cuantitativo, debido seguramente a una inadvertencia del legislador, porque el fundamento de ambas sustituciones en el goce de la vivienda es el mismo: el carácter familiar del inquilinato, proteger del hogar, lo que también se manifiesta en el orden que ha de seguir el propietario, que reclame la vivienda por razones de necesidad, en la selección de las que tenga arrendadas que la ley le impone, dejando en último término a «las que sirvan de hogar familiar».

Pero, aparte de este desacuerdo cuantitativo, el artículo 71 complementa al 34. en el sentido de que habrá que entender que los posibles parientes dentro del segundo grado lo serán, tanto los consanguíneos como los afines.

Parentesco y convivencia, es decir, hogar familiar, son la base de la cesión y de la continuación por fallecimiento en el inquilinato, que (como hemos dejado dicho en el apartado anterior), han de referirse siempre y en todo caso al inquilino-contratante, no a su continuador ni a su cesionario.

b) En la cesión, *el inquilino no está sujeto al orden de preferencia* que, para la continuación del arrendamiento por fallecimiento de aquél, impone el artículo 72.

Es decir, el inquilino puede elegir su cesionario libremente entre sus parientes convivientes, dentro del segundo grado por consanguinidad o afinidad.

Pero, ¿por qué tiene en este caso una facultad de libre elección, que le falta en aquél? Indudablemente, porque durante su vida tiene también una cierta facultad de disponer de la convivencia, de ordenación de su hogar, permitiendo o no la vida separada de su cónyuge, el matrimonio de sus hijos menores y su convivencia posterior, y trayendo o alejando de sí a otros parientes (padres, hermanos, etc), con los que no tiene deberes familiares estrictos. O sea, puede crear o destruir comunidades familiares de vida, que a su muerte quedan estabilizadas; y entonces, ante tal estabilización, la ley crea el turno de preferencia.

c) Dentro de aquel sello que graba para siempre la relación de inquilinato (la referencia definida al inquilinato-contratante, para la determinación de la comunidad familiar de disfrute y sus con-

secuencias transmisivas), la cesión, como la continuación por fallecimiento, suponen un *traspaso total de la relación de inquilinato*.

La ley emplea la frase «subrogación de los derechos y obligaciones del contrato de inquilinato», e impone, como una condición para la «subrogación» perfecta, que ésta sea «notificada de modo fehaciente al arrendador» (art. 34).

El tecnicismo legal es muy defectuoso; no sólo por hablar de subrogación de derechos y obligaciones, cuando se debía limitar a decir «cesión», sino también *por referir la notificación al arrendador y no al propietario*, que es a quien quiere y debió decir que se notifique; porque inquilino y propietario están en relación jurídica por razón de la cosa, puesto que el contrato habrá vencido ya en la mayor parte de los casos, en otros muchos ninguno de ellos fué el primitivo contratante y, en algunos, ni siquiera sucesor a título universal.

b) *El subarriendo de la vivienda*.—El subarriendo implica una *cesión onerosa* de la vivienda, y como la protección del derecho del inquilino sobre ella es concedida por la ley para la satisfacción de esta primera necesidad humana, como base de la constitución del hogar o sede de la familia, de aquí que repugne, a aquella protección legal, la obtención de un lucro por el inquilino, sustrayendo la vivienda a su propia función.

Sin embargo, la realidad de los hechos exigía un reconocimiento de ciertas situaciones intermedias, que la L. A. U. encontró ya creadas y que tenía que admitir como de posible establecimiento en el futuro, porque tienden a solucionar la satisfacción de aquella necesidad a personas que no pueden cubrirla de otro modo.

Era difícil encontrar y adoptar una postura legal definida ante estas situaciones, y la L. A. U. se produce con demasiado casuismo, y además, *sin comprender la verdadera entraña del subarriendo*.

El subarriendo no es, ni más ni menos, que una *institución paralela a la subenfiteusis*, bajo la concepción, por nosotros defendida, del derecho del arrendatario como real; por este contrato, el inquilino transmite a un tercero el goce de la vivienda por una renta o merced.

Frente a la cesión, que consiste en el traspaso íntegro de una titularidad jurídica, el subarriendo se ciñó a la constitución de un derecho real menor (sin que ahora tengamos por qué entrar en si ello se produce por la creación de un derecho sobre otro derecho, o por una cesión de contenido menor, como creemos, rechazando aquella teoría, por considerarla conceptualista y artificiosa).

Por tanto, mientras el inquilino cesionario (dentro del ámbito en que la cesión le es permitida) sale completamente de la relación con la vivienda, aunque esta relación siga conservando su «marca de origen», en cuanto que el cesionario ni puede ceder a su vez ni puede ser continuado a su fallecimiento por sus parientes convivientes (salvo la excepción que supone la 9.ª disposición

transitoria que, a nuestro entender, se lo concede por un sólo tracto); el inquilino subarrendador permanece en la relación con la cosa y, al través de ésta, con el propietario, frente al que sigue obligado por las rentas y los deterioros, sin perjuicio de la acción directa que por los mismos conceptos conceden los artículos 23 y 24 al propietario contra el subarrendatario.

Esta acción directa, como no puede fundarse en un contrato que no ha existido entre el propietario y el subarrendatario, habrá de ser fundada en la relación de personas a cosa, es decir, en una situación de derecho real.

Tal conclusión viene reforzada por el hecho legal de que el pago del subarrendatario al inquilino subarrendador (cuando el propietario no le exigiera directamente el pago de la renta y de su participación en el subarriendo), no solamente le es liberatorio, sino que aun cuando el inquilino no pague al propietario, éste no podrá pedir la resolución del arrendamiento por falta de pago (lo que repercutiría en aquél, al verse lanzado); es decir, el subarrendatario que cumple con su obligación por razón de la cosa, no puede verse privado de ella.

El subarriendo, pues, es una cesión parcial de contenido menor: el subarrendador-cedente no transmite íntegramente su derecho, sino exclusivamente la actualidad de su disfrute sobre la cosa, del que se priva por el tiempo convenido, a cuyo vencimiento se resuelve el derecho menor del subarrendatario (art. 74).

Sin embargo, y por imperio de la 7.ª Disposición transitoria y de la nueva redacción del artículo 101, los creados con anterioridad a la L. A. U. gozan de la permanencia indefinida, salvo que el subarrendador la necesite para sí o para sus ascendientes o descendientes consanguíneos, en las condiciones y forma en que el propietario, en su caso, puede hacerlo.

Pero el derecho del inquilino, por aquel su matiz familiar que le caracteriza, no es en sí mismo transmisible, salvo que el propietario lo patrimonialice por una concesión especial, derivada de sus facultades dominicales, cambiándole el «signo», es decir, alterando aquel carácter familiar por el de *personal*, sin llegar a una patrimonialización absoluta, como el del arrendatario de locales de negocio.

Se sitúa, entonces, el derecho del inquilino al mismo nivel que el del usufructuario.

En su constitución normal es, como hemos repetido, de carácter familiar y, por ende, de menos independencia de disposición para su titular, que lo tiene en función de la necesidad del hogar y para cumplir sus fines, imponiéndole limitaciones objetivas derivadas de aquellas función y finalidad.

En el extremo opuesto, el derecho del arrendatario de locales de negocio, plenamente patrimonial, es absolutamente enajenable, sin otras limitaciones importantes que el tanteo y retracto a favor del propietario (ya que el año antecedente de permanencia

puede considerarse exigido como circunstancia que presume la consolidación económica, o *base objetiva de la patrimonialización*.

En el punto intermedio, el inquilino a quien el propietario autoriza a subarrendar, puede disponer del goce de la vivienda a favor de un tercero; pero la duración de este goce no se independiza de aquél, sino que sigue su suerte; y como no puede dar más de lo que tiene, el subarriendo terminaría, de cuyo, con la muerte del inquilino subarrendador (ya que, normalmente, excluye la convivencia familiar, base de la continuación), si no fuera que la autorización del propietario legítima su actuación y conduce a proseguir la duración hasta el término pactado.

Dice la ley en el artículo 27 que «no se reputará subarriendo... la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a la familia y de los hijos de cualquiera de ellas». En realidad, si esta convivencia es gratuita habrá de considerarse como familiar (aun cuando no lo sea a los efectos de la cesión ni de la continuación por fallecimiento); pero si es onerosa o mediante un precio (pero sin que por tomar el inquilino a su cargo la manutención, se cree una situación de hospedaje), se tratará pura y simplemente de un subarriendo.

Lo que la ley quiere, pues, decir es que permite el subarriendo dentro de tales límites, es decir, *que el inquilino puede subarrendar en tales condiciones*; que su derecho se extiende a ello; que no se extralimita, porque una convivencia tan reducida no excluye la función propia de la vivienda, como sede del hogar, sino que colabora económicamente a ella.

Se permite, pues, la *cesión total y gratuita* a los parientes dentro del segundo grado que convivan con un año de antelación, y la *parcial y onerosa* a menos de dos personas y a los hijos de cualquiera de ellas, sin limitación de número.

Queda fuera de la regulación legal el caso en que el inquilino «tome a su cargo la manutención, mediante precio, de los que con él ocupen la vivienda», que considera como un caso de *hospedaje*, «sometido a las disposiciones que regulen la materia».

Desde luego, *esto no es subarriendo*; pero ¿queda tan fuera de la previsión legal, como parece resultar de este artículo 26?

En contrato de hospedaje, sí; pero es indudable que *la vivienda en que habitual y profesionalmente se hospeda, no es tal vivienda, sino local de negocio* (y todos sabemos que las llamadas «pensiones» son objeto frecuente de traspaso), sin que el hecho de que no se pague matrícula industrial lo contradiga, aunque, en el caso afirmativo, el «alta» que en ella hubiera hecho el inquilino es una declaración expresa, por inequívoca, de ello. Y la conversión de la vivienda en local de negocio es *causa de resolución* de la situación arrendaticia (art. 149. 4.º).

Sin embargo, si los huéspedes no pasaran de las dos personas y los hijos de cualquiera de ellas, sin limitación de número, el artículo 27 lo excluye, no sólo de la calificación prohibitiva de «sub-



arriendo», sino también de la de «hospedaje», sin duda porque no se llega, con ello, a convertir la vivienda en local de negocio, ya que aquélla no ha perdido su función de sede del hogar familiar, ni el negocio de huéspedes excede de la «pequeña industria doméstica», permitida por el artículo 7.º de la ley.

El subarriendo exige, pues, que el propietario personalice el derecho, de suyo familiar, del inquilino, mediante una «autorización expresa y escrita»; pero, además, la ley impone «la entrega al subarrendatario de mobiliario adecuado y suficiente para el destino pactado» (art. 14).

¿«Quid iuris» si el propietario consiente directamente el subarriendo sin muebles?

El artículo 21, que faculta al subarrendatario para reducir su renta y la del inquilinato principal, si no le hubieran entregado mobiliario y hasta que la tal entrega le sea hecha, no prevé el supuesto que planteamos y que, a nuestro juicio, debe reconducirse al caso de la *cesión onerosa* del artículo 37, según el cual la consentida por el propietario «opera subrogación», es decir, que el subarriendo (cesión parcial) deja de serlo y se convierte en una *cesión total*, en el sentido de que el derecho del cesionario se independiza del de su cedente y deviene directo sobre la cosa.

Por lo demás, no parecen difíciles los problemas de la adaptación de los artículos 36 y siguientes, en cuanto regulan la actuación de reembolso del cesionario por la prima, al especial supuesto que contemplamos, ya que en vez de una prima-suma se tratará de una prima-renta, correspondiendo al que la pagó el reembolso de las cantidades satisfechas indebidamente.

Abona esta solución el hecho de que el artículo 29 concede este derecho de sustitución en el inquilinato al subarrendatario de la segunda vivienda subarrendada por el mismo inquilino, siempre que el propietario, conociendo esta circunstancia, lo hubiere consentido, y el que, en el caso de que no la conociera y consintiera, si bien puede resolver el inquilinato principal, ha de soportar la situación creada, percibiendo directamente del subarrendatario la renta correspondiente, aunque la duración de la situación se reduce al tiempo pactado por el inquilino subarrendador y el subarrendatario (artículo 29: «deberá respetar al subarrendatario en el disfrute de la vivienda por el tiempo que faltare de cumplir»): es decir, que el inquilinato indefinido se ha transformado en temporal y a plazo.

Por lo demás, el subarriendo que es tal, es decir, el que implica la colaboración en la puesta en disfrute por el inquilino, mediante la entrega de mobiliario adecuado y suficiente, puede ser total o parcial, según comprenda todas o parte de las habitaciones incluyendo los servicios; pero su precio viene tasado legalmente, no puede sobrepasar al doble del inquilinato, sobre la tasa legal de éste (artículo 18), cuyo prorrateo entre los distintos subarrendatarios, si son varios, se hará dividiendo aquel duplo de la renta por

el número de habitaciones, sin contar las destinadas a servicios; correspondiendo a cada uno el pago de este cociente, multiplicado por el número de las que ocupe.

La autorización del propietario para subarrendar no dará lugar al aumento de la renta; pero aquel tendrá derecho a participar en el precio del subarriendo en la cuantía que convenga con el inquilino, siempre que al autorizarlo reserve su participación y fije la cuantía o porcentaje de ésta (art. 19).

En el subarriendo posible sin esta autorización, es decir, en el subarriendo que «no lo es» para la ley, que permite el hecho con hasta dos personas y a los hijos de cualquiera de ellas, si exceden de dos (por la concurrencia de estos hijos), por cada persona de exceso podrá exigir el propietario el 10 por 100 de la renta.

c) *El traspaso del local de negocio.*—Nos hemos atrevido antes a definir por nuestra cuenta el local de negocio como «el lugar donde la Empresa se relacione con su clientela», y afirmamos también que la verdadera tendencia y finalidad de la L. A. U. era la protección de las *pequeñas empresas*, es decir, de aquéllas en que la organización es rudimentaria y, por ende, perfectamente sustituible o fungible, y donde el asiento de ella, o lugar donde se relaciona con su clientela, constituye el verdadero centro de gravedad del valor de su aviamiento.

En efecto, en la mayoría de los establecimientos abiertos para el pequeño tráfico con el público (comercios, cafés o bares), las cualidades comerciales del empresario, muy estimables sin duda, tienen importancia secundaria frente a la ubicación de negocio, frente al local donde está instalado, determinante casi decisivo del acceso del público, o *clientela anónima*, al local.

Ahora bien, este acceso, para que adquiera relevancia, exige un cierto hábito colectivo: la costumbre de ver, al pasar, que un local se dedica a una cierta actividad comercial, crea, en la memoria de los que habitualmente pasan ante él, la imagen o recuerdo: de ahí se llega a entrar, cuando se precisa lo que allí se expende, y, finalmente, la repetición colectiva de tales actos, engendra la costumbre, también colectiva.

El sitio y la permanente dedicación a una misma actividad comercial han terminado por crear una clientela anónima, que representa una legítima expectativa de permanente lucro.

El local ha adquirido, así, una cualidad que antes no tenía y que le ha sido dada no por el propietario, sino por el empresario allí instalado bajo un arrendamiento.

Esta cualidad representa un valor que, creado por el arrendatario, se ha incorporado a cosa ajena: el local del propietario.

Por eso la L. A. U. no sólo reconoce al arrendatario el derecho de disponer del negocio asentado sobre el local, implicando, por accesoriidad, la inclusión del derecho sobre el local mismo (artículo 53), sino que también le concede el derecho a traspasarlo con independencia del negocio, es decir, sin existencias ni ninguna otra

organización especial (artículo 44): *el local, pues, es casi todo el aviamiento de las pequeñas empresas, cuando éstas han tenido una permanencia suficiente para crearlo*, permanencia que la ley fija apriorísticamente en un año como mínimo (45, a).

Que el valor y la razón del traspaso están exclusivamente en la creación e incorporación al local de este movimiento, lo demuestra la regla contenida en el artículo 53, según el cual, cuando en el traspaso se incluyan enseres, instalaciones, existencias o mercancías, es preciso que en la previa notificación al propietario y en la subsiguiente escritura, se consignent separadamente la parte del precio que al local corresponda y la que a aquellos casos se refiera.

Y el propietario sólo puede tantear o retraer por el local, a cuyo precio se constriñe, igualmente, su participación en el traspaso.

Claro que esto puede plantear una serie de problemas, en la realización práctica de los derechos del propietario, cuando aquella distribución no sea hecha lealmente por el arrendatario que intenta traspasar o efectivamente traspasa; pero creemos que aquél podrá siempre impugnar tal arbitraria distribución en juicio declarativo, para que se fije el verdadero valor de tales instalaciones y existencias; y la diferencia entre la cantidad que de ello resulte y la total del precio del traspaso, habrá de imputarse al aviamiento del local.

Tal impugnación habrá de desarrollarse con independencia del ejercicio de aquellos derechos y como corrección de su resultado. Hubiera sido más práctico que la L. A. U., tan casuista en general, estableciera para ello un procedimiento arbitral semejante a las Juntas de Estimación, para resolver en esta clase de incidencias.

Pero tal *aviamiento*, fundado exclusivamente sobre la ubicación del local y la costumbre colectiva de acudir a él, *sólo existe para la misma dedicación comercial*; y desaparece y es preciso crearlo de nuevo cuando cambie el tráfico que en el local se desarrolla.

Este es el fundamento de que el artículo 45, en su apartado b), exija que el adquirente por traspaso siga dedicando el local, durante otro año como mínimo, a la misma clase de negocio, ya que, de otra suerte, el objeto propio del traspaso no habría sido aquel aviamiento creado por el antecesor, y del que, como creación suya, debía y pudo disponer, sino el local mismo sin ninguna otra consideración. Y el local es exclusivamente del propietario.

De modo que *el cambio de destino prueba la inexistencia de aquel aviamiento*, que era lo intrínsecamente enajenable por el arrendatario. El adquirente por traspaso que cambia el negocio, declara no haber recibido nada fuera del local; y sólo el propietario debe poder disponer de éste, cuando aquél no incorpora ningún valor ajeno que deba ser protegido.

Por eso dispone el párrafo final del artículo 45, que la falta de

cualquiera de estos requisitos (hasta ahora, la previa permanencia de un año, la dedicación al mismo negocio y la estabilidad por otro año del adquirente), facultará al propietario para «desconocer el traspaso»: es decir: para recuperar lo suyo (el local), en el que no queda ningún valor ajeno, por haber desaparecido el aviamiento, o por no haber éste existido nunca, contra la presunción legal de existencia por la dedicación de un año.

Pero el valor del aviamiento, que es la razón de la protección legal, está incorporado al local del propietario; y es natural y lógico que sea éste el primero que pueda adquirir este valor, subsumido en su cosa.

De aquí el *derecho de tanteo* que la ley le concede, para cuyo ejercicio impone el arrendatario la obligación de notificar a aquél su decisión de traspasar y el precio que fija (que es el valor que atribuye a su aviamiento).

Frente al traspaso realizado ya, correspóndele también el *retracto*, cuando no se le hubiera dado posibilidad de tanteo (por falta de aquella notificación), o cuando el traspaso se hubiere hecho por un precio inferior al anunciado.

Podrá retraer dentro de los treinta días siguientes al conocimiento que del traspaso y sus condiciones haya tenido, lo que el arrendatario-traspasante está obligado a comunicarle dentro de los ocho siguientes al otorgamiento de la «necesaria» escritura de traspaso, con expresión del precio definitivo y la persona y domicilio del adquirente.

Los requisitos de la previa notificación, del otorgamiento de la escritura y de la posterior notificación del traspaso, están comprendidos en el artículo 45 antes de aquel párrafo final en que faculta al propietario para desconocer el traspaso ante la falta de cualquiera de ellos.

Pero ya vemos cómo no puede tomarse al pie de la letra la dicción legal: los efectos de la falta de éstos requisitos sólo da lugar al segundo tiempo del tanteo: el retracto; pero no a la intervención destructora del propietario de «no reconocer el traspaso».

El tanteo podrá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes a la previa notificación; y «hasta que transcurra este plazo, no podrá el arrendatario concertar con un tercero el traspaso».

Pero este plazo de los treinta días plantea un interesante problema, en relación con el valor de la declaración de voluntad contenida en aquella notificación previa: la *decisión* de traspasar con la fijación del precio.

Y el problema es éste: ¿queda obligado el arrendatario a su decisión durante tal plazo? ¿Se trata de una oferta, que la ley «estabiliza» por treinta días, durante los cuales puede caer sobre ella la aceptación del propietario, cerrando así un contrato? En consecuencia, ¿puede el arrendatario retirar o no su oferta, por una nueva notificación de revocación?

A primera vista, podría parecer éste un caso de opción legal. El *contrato de opción*, con respecto al negocio que constituya su objeto, se caracteriza por la superposición de dos ofertas: una, de celebración de un contrato principal, y otra, de mantener aquella primera oferta por un plazo. Pues bien: el destinatario de ambas ofertas ensambladas, acepta la segunda y adquiere el derecho a perfeccionar el contrato principal durante el plazo de vigencia de aquella primera oferta.

Pero así como en la opción se trata de atribuir a un tercero la posibilidad de celebrar un contrato, que producirá, en definitiva, una adquisición, el supuesto del tanteo no tiende a proporcionar la adquisición en sí misma o aisladamente, sino en relación con la que un tercero podría realizar; es decir: *no origina una adquisición directa, sino preferente*.

Por lo tanto, la notificación de la decisión de traspasar, no fija la voluntad del traspasante durante los treinta días; y mientras el propietario no acepte la oferta que entraña, el arrendatario podrá retirarla, en todo caso.

Ello se explica por la relación en que se encuentran el tanteo y el retracto.

A nuestro entender, no se trata, como piensa Roca Sastre, de un mismo derecho, con actuación a dos tiempos; sino de una preferencia de adquisición, establecida por la ley, y cuya realización confía a dos medios: «volante» el enajenante, por medio del contrato de compraventa; y «nolente», atribuyendo al interesado un derecho real sobre la cosa, para hacerla ingresar en su patrimonio.

La concesión de este derecho real está, pues, condicionada suspensivamente a la actuación negativa del enajenante; es decir: si éste se ha prestado lealmente a colaborar, ofreciendo la venta de la cosa, no tiene por qué nacer un derecho de realización de una adquisición que pudo lograrse de un modo amistoso y voluntario.

Pero como esto es un hecho del que depende el nacimiento de un derecho, ha de probarse debidamente. Y de ahí los requisitos que la ley exige en la realización del tanteo.

La adquisición en virtud de la preferencia legal (ya sea por el medio del tanteo o por el retracto), *obliga al propietario al ejercicio, durante otro año, de industria o comercio en el local* (artículo 52). Pero nótese que la ley no dice (como en el caso de un tercer adquirente), que haya de tratarse de la misma actividad comercial y, por tanto, como la ley no distingue, hemos de reconocer que el propietario podrá dedicarlo a comercio o industria diferente de la ejercida en el local por el arrendatario.

La razón parece clara: el propietario pagó el valor creado por el arrendatario, y puede disponer ya de lo que es suyo, destruyéndolo o dejándolo perecer.

Tal fundamento debería servir igualmente para que pudiese, no sólo alterar el destino comercial (despreciando el aviamiento creado y cuyo valor pagó al arrendatario), sino también disponer libre-

mente del local, sin la limitación del necesario ejercicio de comercio o industria por un año.

Creemos, pues, que tal exigencia (justificada para el tercer adquirente) sólo sirve de cortapisa al propietario para el ejercicio de sus derechos, creándole una situación que le decida a permitir los traspasos.

Si el propietario no quiere o no puede económicamente cortar la transmisión del local arrendado, ve que éste se convierte en un objeto de negocio o de tráfico para su arrendatario, por la razón de que éste ha creado sobre aquél un valor de aviamiento; pero como no es menos cierto que tal valor está incorporado a una cosa ajena al traspasante, justo es que su propietario participe en el beneficio económico de tal negociación.

El artículo 50 de la ley atribuye, pues, al propietario el derecho a participar en el precio del traspaso, en la cuantía que convenga con el arrendatario traspasante. A falta de tal convenio, la primitiva redacción del artículo 50 la fijaba en el 10 por 100, que retendría el cesionario para su abono a aquél.

Cuál no sería la injusticia económica de esta mezquina participación, en cuanto a los locales de las fincas antiguas, generalmente las mejor situadas y cuyas rentas, además, eran mínimas, por las sucesivas y reiteradas estabilizaciones legales, que la ley de 29 de abril de 1949, cambiando su redacción, establece una escala de porcentajes, paralela a la de estabilización de rentas del artículo 118, en cuya virtud la participación será:

- 1) De un 30 por 100 para los locales de construcción anterior al 18 de julio de 1936.
- 2) De un 20 por 100 para los posteriores y anteriores al 2 de enero de 1942; y
- 3) De un 10 por 100 para los posteriores a esta fecha.

Pero, además, estos porcentajes se duplicarán cuando el adquirente del local lo enajene, a su vez, antes de los tres años de su adquisición (si lo enajena antes del año, el propietario puede «desconocer» el traspaso, según el artículo 45).

Aparte de este derecho económico, el propietario de los locales arrendados para negocio antes del 1.º de enero de 1942, podrá elevar la renta en un 10 por 100 en cada traspaso.

Esta facultad no tiene explicación jurídica, pero sí justificación económica: es una tímida corrección y un implícito reconocimiento de la injusticia que entraña la estabilización férrea de los alquileres ante nuestra innegable desvalorización de la moneda.

Hemos dejado intencionadamente para el final de este apartado la referencia al *requisito de la escritura pública* en que «debe otorgarse el traspaso» y en la que se consignará, bajo la responsabilidad del arrendatario-traspasante, la notificación hecha al propietario y el precio que se fijó en tal notificación.

Estos últimos requisitos de contenido hallan su justificación en aquella notificación previa, pues si se hizo y el traspaso se realiza

por el precio allí fijado y después de transcurridos los treinta días de su fecha, la adquisición del cesionario es firme.

Por otra parte, y aunque lo corriente (al menos, por lo que hemos visto en nuestra práctica) es el previo concierto del traspaso con una persona determinada, cuya efectividad se suspende hasta ver el efecto de la notificación al propietario, que se hace, pues, con vistas a un traspaso concreto (aunque ello no sea legalmente necesario), lo normal es que el futuro cesionario no intervenga para nada en el cumplimiento de esta obligación previa, que puede repercutir en él por la vía del retracto.

De aquí la razón de que se haya de consignar la declaración del traspasante, en el sentido de haber hecho aquella previa notificación y del precio que entonces fijó, que si es mayor o igual al efectivo del traspaso, impedirá el retracto del propietario. Y si éste es menor, supone un aviso al cesionario de que puede ser retraído.

En todo caso, implica un deber de lealtad contractual, cuyo cumplimiento excluye el dolo. Claro que todo podrá ser lo mismo sin aquella consignación escrituraria, porque son deberes y responsabilidades legales.

Pero *¿qué valor tiene la escritura pública frente al negocio de traspaso?* ¿Forma necesaria o constitutiva? Hemos de distinguir el negocio, en sí, de su efecto: la adquisición efectiva del local por parte del cesionario.

En cuanto al negocio, no creemos que la escritura tenga ningún valor especial, ni que sea una forma constitutiva del negocio en sí: pero su incumplimiento «facultará al arrendador (propietario) para desconocer el traspaso» (párrafo final del artículo 45); es decir: *el derecho del cesionario no es oponible al propietario más que cuando lo deriva de la escritura.*

¿Quiere ello decir *que sea constitutiva* de su derecho? No, sino de efectos paralelos a los que, fuera de la legislación especial, produce la inscripción de los arrendamientos: el derecho del arrendatario (en nuestro concepto, ya como real) tiene existencia propia con independencia de la inscripción; pero sin ella no es oponible al tercer adquirente de la cosa arrendada. Por ello, si el adquirente, frente al que no se inscribió y que, por ello, puede desconocer el arrendamiento, no usa de esta facultad, no hay novación jurídica de la situación, sino mera renuncia al poder de liberar a la finca del arrendamiento.

Igualmente pensamos aquí: el otorgamiento de la escritura de traspaso produce que la adquisición del cesionario sea definitivamente oponible al propietario.

Pero si todo el negocio se llevó amistosamente y nada se escrituró, el traspaso existe y el cesionario adquirió el derecho sobre el local que el propietario renuncia a desconocer.

De otra suerte, tendríamos que aceptar la nueva situación como

una novación de la anterior (como un nuevo arrendamiento), lo que, evidentemente, no puede aceptarse.

Así, pues, podemos concluir, empleando la técnica de Sanz, que la escritura es, simplemente, *convalidante* de la adquisición del cesionario.

d) *¿Cabe el traspaso gratuito o donación del local de negocio?*—Hemos ya puesto de relieve que el arrendamiento del local de negocio, que en él ejerce una industria o comercio por más de un año, crea y le incorpora un valor: el aviamiento que supone la formación de una clientela. Y cómo por razón de este valor suyo se le concede el derecho de disponer del local, ya que aquel aviamiento no es independiente de éste.

Pero también dijimos que ello implicaba la disposición sobre el local mismo, que pertenece al propietario; y cómo éste colabora a la formación de aquel valor con la aportación de su casa.

De modo que en toda transmisión de un local de negocio, se ceden dos elementos: el *aviamiento* insito en un local.

Por ello, es lógico que en toda transmisión se beneficien dos personas: el dueño de éste y el creador de aquél, repartiéndose el precio del traspaso, en el caso de que el propietario renuncie a tantear o retrotraer el aviamiento.

Pues bien: la donación frustra estas legítimas expectativas del propietario, que la ley le consagra como derechos.

La inexistencia de precio, que la donación supone, impide el tanto-o-retracto y la percepción de la *parte del valor de la cosa que al propietario corresponde, fijada por la ley en un porcentaje*, según la escala de la nueva redacción del artículo 50.

(Se traspasa un local aviado o preparado para un negocio por un precio que representa su valor global; y la ley supone que de este valor corresponde al local el 30, 20 ó 10 por 100, según los casos, y al aviamiento, el resto.)

En principio, el arrendatario podría disponer de lo suyo, que es lo por él creado en el local: el aviamiento; pero ello no es posible con independencia del local, por la naturaleza de las cosas. Y no puede admitirse que la disposición de éste afecte de tal modo al propietario, que le impida la realización de aquellos sus legítimos derechos.

Estas son las razones que justificarían, por sí solas, la negativa a la posibilidad de la donación del local de negocio; pero es que, además, el artículo 45 impone preceptivamente la fijación de un *precio* cierto (no de un *valor*, sin el contraste que, en definitiva, supone su negociación); y, en su apartado último, dispone que la falta de este requisito «facultará al arrendador a no reconocer el traspaso».

Por otra parte, aunque veamos un extraordinario paralelismo entre las situaciones del arrendatario de locales de negocio y el enfiteuta, no encontramos medio de extender a aquélla la posibilidad



que el enfiteuta tiene de «donar... libremente la finca, poniéndolo en conocimiento del dueño directo» (1.635 C. c.).

En primer lugar, porque este precepto del Código civil es inicu, porque priva al dueño directo de las posibilidades de retraer y tantear y, en su caso, de percibir el laudemio. Y bien está que el enfiteuta pueda donar «a su costa»; pero no es correcto que lo pueda hacer perjudicando económicamente al dueño directo.

En segundo lugar, podríamos pensar que es justo que el enfiteuta tenga tan enorme amplitud de poderes dispositivos, ya que la función de este instituto es la roturación y puesta en cultivo de *fincas rústicas yermas*, o de valor casi nulo para el propietario; pero en el arrendamiento urbano, aunque podríamos ver una lejania, pero evidente, analogía entre la puesta en cultivo y la creación de una clientela adscrita al negocio del local, no hay «roturación» del arrendatario, sino que éste recibe una finca perfectamente creada.

Es decir, pone infinitamente menos en el valor de la finca de lo que han solido poner, en su caso, los enfiteutas.

Finalmente, mientras para la enfiteusis tenemos el precepto permisivo del artículo 1.635 del Código (que, por cierto, impone una notificación que no se sabe qué función podrá cumplir), para el arrendamiento urbano de locales de negocio nos encontramos con la prohibición indirecta, pero evidente e insoslayable, que supone aquel párrafo final del artículo 45 de la L. A. U.

e) *El subarriendo del local de negocio*.—Ya dijimos en el epígrafe 2) anterior cuál es nuestra calificación jurídica del subarriendo.

Sólo añadiremos ahora que, en este punto, el paralelismo entre la enfiteusis y el arrendamiento de locales de negocio es casi absoluto.

El arrendatario tiene casi los mismos poderes dispositivos que el enfiteuta, quien puede «disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad» (1.633 C. c.); y si bien éste no puede, desde el Código, crear subenfiteusis, el arrendatario tiene una prohibición paralela, aunque no tan rígida, pues le cabe «el permiso expreso y escrito del arrendador» (30 L. A. U.); pero la semejanza se cierra ante la prohibición absoluta de que el subarrendatario subarriende a su vez (25 L. A. U.).

No hay tasa legal para la renta del subarriendo, como la hay para la misma situación recayente sobre las viviendas. Será la libremente convenida entre arrendador y subarrendatario; y la participación del propietario será, también, libremente fijada entre éste y el arrendatario al concederle aquél permiso.

f) *La cesión y el subarriendo del colonato*.—Está vigente en esta materia la L. A. R. de 1935, cuyo artículo 4.º (en relación con el 28. 4.º) prohíbe el subarriendo o la aparcería de la finca en cuanto a su aprovechamiento principal y, por lo tanto, la cesión, dando lugar la infracción a causa de desahucio: pero permite los

subarriendos parciales (de aprovechamientos secundarios o esponsáneos y de menos de un año para sembrar o mejorar barbechos).

5.º PODER DIRECTO SOBRE EL EDIFICIO RECONSTRUIDO.—Bajo el epígrafe A (de la prórroga forzosa), dejamos dicho que la permanencia indefinida y absoluta del arrendatario o inquilino sólo podía ser interrumpida por el propietario apoyándose en determinados casos de necesidad, o por proyectar el derribo y reconstrucción de la finca, de modo que el nuevo edificio cuente, al menos, con un tercio más de viviendas y una, como mínimo, si el derruido no las tenía, respetando, además, los locales de negocio que en éste hubiere (76 y 102 L. A. U.).

Ello exige *dos notificaciones*: una, al *Gobernador civil* de la provincia, consignando el «compromiso» de que la nueva finca contará, al menos, con un tercio más de viviendas (o una, si no las tuviera la que se quiere derribar) y el mismo número de locales de negocio; y otra, a *cada uno de los ocupantes arrendatarios* del inmueble. Ambas, con un año de antelación.

Como la autorización gubernativa para el derecho no prejuzga la procedencia civil de esta causa de *suspensión de la situación arrendaticia*, no vemos significado alguno a la primera notificación.

Si el Gobernador deniega la autorización para el derribo, no puede producirse el «hecho» determinante de esta causa de suspensión, volvemos a repetir, de los inquilinatos y arrendamientos de locales de negocio.

Y decimos *suspensión* porque, aparte de que los inquilinos y arrendatarios tienen *acción directa* (además del derecho a ser resarcidos) *para recupear* las viviendas y locales desalojados cuando no se iniciare el derribo dentro de los dos meses siguientes a quedar lista la finca para ello, correspóndeles *otra nueva acción, también directa, para ocupar en el nuevo edificio viviendas y locales* no inferiores superficialmente a las tres cuartas partes de las que ocupaban en el derruido, si no hubieran renunciado a ello (103 y 104) o dejaren de ejercitarla dentro de los treinta días siguientes a la notificación del propietario de tenerlos a su disposición.

No se trata, pues, de una limitación del derecho permanente del inquilino, sino de una *delimitación legal de esta permanencia*, de modo que no haya ocasión para que el ejercicio de su derecho se convierta en un *abuso de derecho*, impidiendo la reconstrucción de fincas, con beneficio social y del propietario y sin perjuicio de aquéllos.

Este es el verdadero sentido de esta causa de suspensión de la situación arrendaticia.

Por lo demás, la reconstrucción da derecho al propietario a incrementar las rentas, proporcionalmente a las nuevas superficies, con el 4 por 100 de lo invertido exclusivamente en la obra, o sea, excluyendo el valor del solar y lo gastado en el derribo (art. 108).

## V. CONCLUSIONES CRÍTICAS.

En consecuencia del cuadro de los efectos reales que de la situación arrendaticia se derivan y que acabamos de exponer, cabe preguntarse dos cosas:

1) La legislación especial, ¿ha desvirtuado el instituto arrendaticio?

2) ¿En qué se diferencia actualmente el arrendamiento urbano de la enfiteusis?

a) A la primera pregunta puede contestar que sí y que no. Que sí, porque la actual regulación no tiene de arrendamiento más que el nombre, y no puede tener más, ya que *el arrendamiento romano* de cosas, creado para los semovientes, *es intrínsecamente inadaptable al colonato e inquilinato*, cuyo sustrato económico exige una situación de permanencia y de poderes directos sobre la cosa muy amplios. Y que no, porque al través de su desfiguración lenta, pero completa, el aun llamado arrendamiento se va haciendo instrumento jurídico apto para resolver la función social que tiene que cumplir.

Pero el camino se recorre mal. El peso de la tradición obligacionista romana es tan fuerte, que ni el menos respetuoso legislador se atreve a romperla de frente.

Esto lleva a contradicciones, falsas posturas e inconsecuencias legales. Por eso nuestras leyes especiales no son ni breves, ni claras, ni verdaderamente eficaces. Con toda su maraña no consiguen más que una cosa y la consiguen mal: la estabilidad del arrendatario.

Y lo consiguen mal porque lo hacen sin flexibilidad ninguna, produciendo, en definitiva, la desvalorización total de la propiedad. Tenemos para nosotros que una buena parte del problema de la vivienda ha sido creado, o al menos, agravado, por esta legislación, nacida precisamente con la intención y propósito de resolverlo o paliarlo.

Tasa inmovilizada de rentas, obligación de conservar y cargar fiscales son cosas incompatibles que ahogan al propietario. La solución está en descubrir el rostro y, llamando enfiteusis a lo que hoy decimos arrendamiento, regular la situación como realmente es, abandonando los últimos vestigios de la tradición obligacionista que son un lastre legal.

Campo y vivienda tuvieron su fórmula jurídica paralela: enfiteusis y superficie. Con el arrendamiento como institución extraña a su economía, hubo que recurrir a sucesivos y cada vez más fuertes injertos enfiteuticos.

Se está cerrando el círculo: *de la enfiteusis, estamos llegando a la enfiteusis al través del arrendamiento.*

b) Pero aún no se ha llegado, por la obcecación de la tradición obligacionista, a una situación plenamente enfiteutica.

El propietario arrendador o su causahabiente tiene más posibilidades de recuperar la finca que el dueño directo; pero así como éste está libre de contribuciones e impuestos y de toda prestación de hacer, aquél pecha con tales cargas de un modo inmediato (aunque pueda repercutirlas sobre los inquilinos, en lo que excedan de la imposición fiscal al iniciarse el arrendamiento), con los arbitrios municipales (que no puede repercutir) (28) y con la carga de las reparaciones de conservación.

El arrendatario tiene prácticamente la misma permanencia que el enfiteuta; pero aunque puede adquirir la vivienda o el local de negocio, tal posibilidad se le ofrece exclusivamente con ocasión del tanteo y retracto: no por la expropiación directa que supone la redención.

Falta en ambas instituciones (enfiteusis y arrendamiento urbano) un procedimiento de ajuste del canon y renta a la constante y, en ocasiones, rápida devaluación de la moneda, que se traduce en injusticias económicas de todos conocidas.

La solución del futuro está, a nuestro juicio, en la definitiva enfiteutización del arrendamiento urbano y rústico; pero arbitrando un mecanismo más flexible que el momificado del Código civil: posibilidad de redención por un precio justo, corrección constante del canon, flexibilización del comiso.

En definitiva: posibilidades recíprocas más amplias; pero también más definidas y económicamente más equilibradas.

En resumen: en la enfiteusis, aunque a nuestro entender el propietario lo es el dueño directo, el centro de gravedad de la relación descansa en el enfiteuta, al que tiende el dominio; y en el arrendamiento, aquel centro de gravedad aún no se ha desplazado del propietario.

Esta es la situación que hay que cambiar, pues las nuevas circunstancias de la economía social así lo exigen.

---

(28) El Decreto de 26 de enero de 1951 declara repercutibles en los inquilinos las diferencias por elevación de las exacciones de carácter local; y como es una disposición aclaratoria hay que darle carácter retroactivo. Ahora bien: no comprende aquellas exacciones municipales esporádicas que los Ayuntamientos imponen por vía de derramas, por ejemplo, por pavimentación de calles o construcción de aceras, que constituyen elevados gravámenes fiscales que ha de padecer el propietario en su integridad.

# Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura<sup>(1)</sup>

Dr. JOSE FORNS

Asesor Jurídico Internacional de la Sociedad General de Autores de España. Académico de Bellas Artes.

1. Nuestro siglo ha visto y padecido dos terribles contiendas mundiales. Mas las guerras no son hoy día, como solían ser antaño, producto de rencores o del capricho de un príncipe ambicioso.

Pueblos y naciones son organismos vivientes, ya que no representan sino la suma de humanas individualidades, que da por resultado una psicología colectiva, elevada por ello a plano y carácter sociales. Consideradas bajo el prisma del espiritualismo cristiano, que debe reaccionar enérgicamente frente al arrollador materialismo imperante si se quiere que la Humanidad perdure cual convivencia de hombres y no como encarnizada lucha de fieras, hemos de reconocer en cada colectividad humana un alma, en la que se mezclan, superponen y pugnan ideas, sentimientos y deseos con tanta o mayor complejidad y virulencia que en el admirable microcosmos que cada mente o conciencia personal constituye.

La acción es la genuina manifestación vital. De nuestro prójimo sólo conocemos los actos, y sus intenciones y propósitos las más de las veces permanecen velados. Mas toda acción, hasta la que pueda parecer involuntaria, es debida a un estímulo psicológico en el que el sentimiento actúa en general como fuerza motora. Si en pura estética cada estado afectivo es siempre efecto de una previa tendencia individual, coinciden en él tan variado conjunto de elementos, que su determinación suele escapar al análisis de la propia conciencia. El eminente estético Charles Lalo distingue tres grados en todos los complejos estados afectivos individuales. El que podríamos llamar normal, es el sentimiento propiamente dicho que representa la natural persistencia de nuestras innatas inclinaciones o tendencias, y a él nos hallamos tan

---

(1) Este trabajo, presentado anónimo bajo el lema "El derecho a la felicidad", obtuvo el Premio Couder y Moratilla de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente a 1950.

habituados que la conciencia apenas lo advierte, salvo por sus rápidas y espaciadas explosiones emotivas. La emoción, que constituye el segundo grado, es la explosión violenta, brusca, pero pasajera; algo así como la manifestación aguda transitoria de nuestro contenido afectivo. Y, por último, la pasión que mantiene la violencia emocional en exaltación permanente y reviste, por tanto, forma crónica y aun patológica en muchos casos. Fuera simplista ingenuidad o error grave juzgar que estas gradaciones sentimentales, de las que en mayor o menor escala todos tenemos experiencia propia, son reacciones arbitrarias e imprevisibles. Aunque tanto emociones como pasiones escapan con frecuencia a los designios de nuestra voluntad, y hasta a veces nos sorprenden a nosotros mismos, no suelen ser otra cosa sino manifestaciones incontenibles de procesos psicológicos, a veces lentos e inconscientes, de los que el sedimento y contraste de sensaciones y de ideas son la verdadera causa y origen. Es casi imposible concebir un estado pasional individual, y aun menos colectivo, que no sea el resultado de una previa gestación ideológica, la cual, llegada a un cierto límite de lo que podríamos llamar fermentación mental, trasciende a la sensibilidad para con su reacción emotiva, casi siempre desproporcionada, traducirse en impulsos y actos.

A todas las grandes conmociones históricas que han provocado un cambio de rumbo en la orientación del género humano, ha precedido siempre un nuevo orden de ideas, cuyas derivaciones y efectos escaparon a sus iniciadores. Y ello por igual cuando la conmoción se ha limitado al plano espiritual que cuando ha revestido carácter violento y sanguinario, con fondo moral más o menos legítimo. La medieval epopeya de las Cruzadas necesitó el acicate de una renovación de las ideas religiosas. El Renacimiento es el florecimiento esplendoroso de la semilla que sembró el humanismo. La Revolución francesa es la turbia erupción de los nuevos principios enunciados por los enciclopedistas. Y la más reciente subversión de Rusia, explosión incontenible de la ideología engañosamente igualitaria que llevaba implícita una nueva teoría económica.

No olvidemos que en estas grandes reacciones colectivas, por desgracia, los efectos suelen desbordar cuando no desvirtuar a las causas, ya que se han cargado previamente de esa dinamita psicológica que el impulso pasional representa. Así una discusión dogmática teórica, cual en su inicio representaba la Reforma, pudo traducirse como resultado inmediato en las cruentas luchas de caballeros y sublevaciones de campesinos que espantaron al propio Lutero, obligándole a clamar por una enérgica represión. Y así también en toda revolución o guerra los hombres que la llevaron a cabo, aun resultando victoriosos, son con frecuencia superados y sustituidos apenas consiguieron el triunfo.

No es nuestro propósito discriminar cuáles han sido los fermentos ideológicos determinantes de las recientes guerras. Pero

sí dejar bien sentada la premisa de que todos los grandes problemas mundiales del momento actual, como los de todos los tiempos, no son en el fondo más que luchas de ideas. La crisis que en esta interminable postguerra sufren sin excepción todos los países, y cuya solución no se vislumbra todavía, es el resultado de la fusión y juego de amplias y profundas fuerzas económicas, militares o intelectuales. Tales fuerzas se hallan íntimamente relacionadas entre sí y se ejercen recíproco influjo. El desequilibrio económico favorece a doctrinas de organización social que con un nivel elevado de la producción carecerían de valor alguno. El poderío militar puede servir de soporte a ciertos sistemas políticos y sociales, como las orientaciones políticas y las convicciones ideológicas constituir, aun en el terreno bélico, armas mucho más temibles que todas las que ha logrado descubrir la ciencia.

No creemos que nadie pueda considerar como de importancia secundaria los conflictos ideológicos que casi con unanimidad se proclaman, cual los de mayor empeño y envergadura en la pugna mundial a que asistimos. El porvenir se encargará de demostrar su papel decisivo, pues se verá que de su solución ha de depender, tanto la futura organización interna de la sociedad, como las relaciones internacionales entre Estados.

Mas las ideas no son siempre fáciles de entender y captar en su legítima intención, y su torpe inteligencia puede entrañar graves peligros. Para evitarlos se necesita elevar el nivel cultural de quienes las reciben. En varias Repúblicas centroamericanas musicalmente retrasadas, se lamentan de los desastrosos efectos producidos por la generalización del disco y la radio sobre un público que no ha pasado previamente por un período necesario de educación artística siquiera mínima. A la ya vieja preocupación democrática de proporcionar la debida instrucción a todas las clases sociales—el eterno principio cristiano de enseñar al que no sabe—se suma hoy como necesidad primordial e imperiosa el velar por que la cultura de las masas progrese con la urgencia que reclama el rápido y asombroso avance de los medios de transmisión y difusión del pensamiento humano. Signos, imágenes, sonidos y combinaciones de estos tres elementos se disputan la supremacía en la velocidad y eficacia de propagar ideas. Pero éstas no surgen por generación espontánea. Por muy seductora que resulte la teoría de una completa igualdad entre todos los seres humanos, sólo a una selecta minoría ha concedido Dios el privilegio de dirigirse a la conciencia de sus semejantes para proporcionarles el valioso tesoro de sus pensamientos o el goce estético de las creaciones de su genio. Y sea cual fuere la forma expresiva empleada, la creación de la obra original—científica, literaria o artística—es el imprescindible e inicial punto de partida de cuantos variadisimos y a las veces complicados problemas se relacionan con el intercambio de ideas, tema de mayor trascendencia hoy, si cabe, que en

todas las anteriores etapas de la evolución histórica de la Humanidad.

Hemos considerado necesario este breve análisis de la realidad misma del momento actual para poner de relieve cómo el derecho de autor se halla ligado a todas las preocupaciones mundiales del día, mucho más estrechamente de lo que pudieran pensar quienes o no han tenido ocasión de seguir sus múltiples y extendidas incidencias modernas o con un estrecho criterio de especialistas se han preocupado tan sólo de cuestiones de detalle sobre particulares intereses, sectores o industrias.

\* \* \*

2. El orden social se basa en una serie de principios fundamentales reconocidos en forma tan universal que la mayoría de ellos no han necesitado trascender de mandamientos religiosos a imperativas normas jurídicas para ser generalmente adoptados y constituir lo que podríamos llamar «leyes no escritas», fondo y guía permanentes de equidad y justicia.

Mas existen otros principios que aun siendo de derecho natural, por referirse a la personalidad humana o a alguna de sus esenciales prerrogativas, sólo con lentitud se han ido deslindando a medida que lo exigían el desarrollo y progreso de la civilización, para adquirir al formularse valor imperativo universal.

Tal es el caso del derecho de autor, cuyo origen natural resulta tan evidente que cuando evoluciones técnicas y económicas le hicieron pasar en las legislaciones del estado virtual al actual, nadie se mostró sorprendido ni trató de discutir su legitimidad y fundamento. Las mismas divergencias respecto a su naturaleza, límites y exacto contenido, demuestran su general reconocimiento y la unanimidad en concederle una protección adecuada.

Por rara paradoja la única manifestación del derecho de autor que de modo general proclamó la antigüedad como indiscutible, no obstante sus numerosas excepciones, fué el derecho a la paternidad moral de las obras: precisamente uno de los elementos esenciales del tan debatido «derecho moral» que al ser acogido por la jurisprudencia a mediados del pasado siglo, se celebró como uno de los más modernos adelantos en la propiedad intelectual.

Pasaron siglos sin que las condiciones de vida de los autores requiriesen más amplia protección en sus derechos. Las obras de escritores y músicos se producían como las de los artistas plásticos, en ejemplar único. Y la mayoría de unos y otros o dependían en una u otra forma de una comunidad religiosa, o formaban parte de la corte de príncipes, nobles señores o magnates eclesiásticos. Y a la orden religiosa, señor o mecenas, ofrecían el original de su obra como tributo u homenaje. Sólo en casos excepcionales cedían el ejemplar a trueque de un precio o recompensa. Todas las obras escritas habían de copiarse a mano, labor penosa y especialmente lenta, dada la predilección por los primores ca-



ligráficos durante la Edad Media. Rara era la obra literaria o musical, por muy importante que fuese, que en vida del autor lograba alcanzar un escaso número de copias. Sólo se multiplicaban en proporción algo mayor los libros piadosos y las producciones célebres de la Antigüedad, a las que hoy llamaríamos clásicas. Los ejemplares copiados no solían ser objeto de comercio. Quien deseaba disponer de un libro, lo encargaba a un copista, al cual remuneraba únicamente por su trabajo material, por lo que a tales ejemplares podríamos asimilarlos a las «copias para uso personal», cuya licitud aun sin solicitar autorización del autor reconocen la mayoría de las legislaciones actuales. Fácil es colegir que sabios y eruditos se reducían entonces a una exigua minoría.

Más la invención de la imprenta, uno de los acontecimientos cruciales de la Historia de la Humanidad, cambió por completo este estado de cosas. La facilidad de multiplicar a coste reducido el número de ejemplares de las obras escritas, planteaba dos nuevos e importantes problemas. El más trascendental, sin duda, en el orden social, era la posibilidad de generalizar la cultura poniendo las obras al alcance de todos. El segundo, de carácter económico, nacía de haberse convertido la obra impresa en objeto de comercio.

Consecuencia de aquél fué el tenerse que preocupar por primera vez el legislador del interés público en relación con las producciones del espíritu. Y hemos de confesar que el revolucionario invento más que satisfacer, alarmó en un principio a los elementos rectores. Por cima de los beneficios que para el interés colectivo representase la difusión del saber, preocuparon los efectos que sobre el nuevo y dilatado contingente de lectores pudiera producir el contacto con ideas para cuya comprensión no les juzgaban lo suficientemente preparados. Por eso las primeras manifestaciones legales fueron normas de censura que soberanos e Iglesia establecieron en forma de licencias previas y obligatorias para toda publicación, a fin de garantizarse de que las obras impresas no ofrecían con su propugnación el peligro de socavar los principios en que la autoridad seglar y religiosa descansaban. Con rapidez extraordinaria se desarrolló el nuevo invento y los impresores-libreros se apresuraron a editar simultáneamente en afanosa competencia aquellas obras que juzgaban más interesantes para el público. De tal suerte, que casi ninguno lograba venta lo bastante remuneratoria para compensarse de los gastos de coste. Sobrevino la inevitable crisis, que algunos esclarecidos príncipes de Italia, Francia, España e Inglaterra se esforzaron por remediar, desearios de no privar a sus dominios de la importante fuente económica que la nueva industria representaba y estimular a la par tan poderosa contribución al esplendor cultural, del que tan celosa se mostraba aquella brillante y refinada aristocracia renacentista. Surgen de este modo sobre 1470 los privilegios concediendo a de-

terminados libreros-impresores la exclusiva o monopolio de explotación sobre ciertas obras. Los primeros encargados por la República de Venecia se justificaban en la consideración a los gastos y riesgos de su empresa, más no tardaron en adquirir la forma de regalías o «*grace fondée en justice*», sistema que había de perdurar durante cerca de tres siglos.

La edición se convierte en negocio susceptible de producir pingües beneficios y los editores procuran atraerse a los mejores autores, comenzando a pagarles por ello. Circunstancias técnicas y económicas hacían nacer en forma imprevista los derechos patrimoniales o pecuniarios de los escritores y músicos, que se encontraron económicamente protegidos por el sistema indirecto de los privilegios concedidos a sus editores.

No menos imprevisto fué el considerar a los autores como beneficiarios directos de tales derechos. Con la misión primordial de ejercer la censura, un decreto real había establecido en 1556, la *Stationers Company*, en la que se reunían los principales editores de Londres. Esta entidad reclamó reiteradamente un privilegio exclusivo y hereditario, y al expirar en 1694 las antiguas *Licensing Acts*—pues Inglaterra fué el primer país en suprimir los privilegios—acudió ante el Parlamento en demanda de una ley que protegiera a perpetuidad sus pretendidos derechos contra posibles piraterías. El resultado de su gestión fué el famoso Estatuto de la Reina Ana, de 10 de abril de 1710, primera disposición legal que en el mundo reconoce el derecho de los autores.

En realidad de verdad la trascendencia y efecto de esta disposición superó en mucho a lo que de su intención y propósitos podía preverse, ya que no pasaba de una simple medida casi de policía interna o municipal, para evitar y reprimir la piratería, en la que se creyó más útil, justo y claro adscribir al autor el derecho de publicación que continuar con el régimen de las *Licensing Acts*. No mayor alcance le dieron los editores, que continuaron defendiendo sus privilegios adquiridos como compatibles con el Acta de Ana, y durante más de cincuenta años consiguieron que los Tribunales reconociesen sus derecho aun después de haber expirado el plazo de protección que el Estatuto concedía a los autores. Fué en 1774 cuando con motivo del resonante caso Donaldson-Becke, la Sección Judicial de la Cámara de los Lores determinó que una vez publicadas las obras no podían acogerse a los beneficios de la *Common law* que reconocía el derecho a perpetuidad, y había de aplicarse exclusivamente al acta de Ana. Se marcaba así una distinción que había de perdurar como esencial en la concepción anglosajona del derecho de autor.

En el derecho anglosajón, al par que las leyes votadas por el parlamento rige la *Common law*, nacida de la jurisprudencia, que constituye el fondo permanente y normal de equidad de las resoluciones en justicia. Y se consideró que si en principio el derecho de los autores se hallaba protegido por la *Common law*, el hecho

de la publicación cambiaba su régimen jurídico excluyéndolo de ésta y sometiénolo a la legislación especial de *copyright*, a cuya, si bien otorgaba protección más amplia y definida, reducía su disfrute a una duración determinada.

En la limitación del período de protección se echa de ver ya la preocupación por el interés público, en el sentido de que las obras puedan llegar a difundirse con la más amplia libertad, sin sujeción a traba ni condición alguna. Pero el Estatuto de Ana entendía que el atribuir directamente a los autores derechos sobre sus obras publicadas había de redundar en beneficio de la cultura. Y esta finalidad era la primordial perseguida, según revela de modo indubitable su propio título: *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such copies durin Times therein mentioned.*—Un Acta para el estímulo del Saber, atribuyéndo los ejemplares de sus libros impresos a los autores o cesionarios de tales ejemplares durante el tiempo en ella mencionado—.

Vemos, pues, que el Estatuto de Ana adquiere sobre el valor histórico de ser el primer reconocimiento legal del derecho del autor, el haber puesto de manifiesto los tres factores esenciales que hay que tener en cuenta para llegar a una ponderada y equitativa comprensión de la llamada propiedad intelectual: cultura, interés público y derechos de los autores. Factores a cuya pugna se deben sus más palpitantes problemas del momento actual, y en busca consciente o no de cuyo equilibrio se ha desarrollado su evolución teórica y práctica hasta nuestros días. Pues cual con tan inteligente visión como certeras frases señaló el llorado e ilustre especialista italiano Piola Caselli, el derecho de autor si surgió como consecuencia de la invención de nuevos medios de reproducción de la obra en relación con los resultados económicos de la invención misma, se enlaza como última causa eficiente en un determinado sistema económico-político-social.

\* \* \*

3. El Estatuto de Ana inaugura el ciclo de derecho positivo de la propiedad intelectual en cuyo desenvolvimiento histórico hasta la fecha puede seguirse una trayectoria general que atraviesa por tres períodos. El primero, que podríamos llamar de legislaciones internas, tiende a plasmar en leyes nacionales la protección de los autores, que en todas partes se conceptúa necesaria, sin preocupación alguna por su carácter universal. Durante el segundo, se advierte que un punto de vista estrictamente nacional resulta demasiado estrecho para regular las obras del espíritu, y se procura ampliarlo por medio de tratados y convenios internacionales. El tercero se inclina decididamente a buscar una legislación típicamente internacional, capaz de responder a las exigencias de las necesidades espirituales del hoy y del mañana, a la

vista de los poderosos medios de reproducción y difusión, que la técnica multiplica y perfecciona por días.

Para la más exacta valoración del espíritu que preside a esta curva indudable hacia una legislación universal, conviene tener en cuenta la diferencia de orientación y alcance entre la legislación nacional y la internacional. Las leyes nacionales tienen por finalidad consagrar y sancionar prácticamente, de acuerdo con la idiosincrasia de cada pueblo y con los fundamentos morales y políticos de su peculiar organización social, bien reglas comunes a una civilización determinada, bien normas del fondo común de la civilización humana universal. Las leyes internacionales, si se quiere que resulten prácticas y útiles, deben limitarse a formular de manera clara y precisa esas normas comunes, de tal suerte, que los principios esenciales de los derechos queden rotundamente afirmados y delimitados, pero en forma susceptible de adaptarse a los diversos regímenes legislativos, a fin de que sin entrañar cambios fundamentales en la legislación interna ni en los eventuales convenios internacionales existentes, puedan adoptarse en cada país las modalidades de aplicación y sanción apropiadas a sus costumbres y genio jurídico peculiares. Su misión es, por tanto, servir de fundamento lógico a las medidas legislativas particulares destinadas a regular aplicaciones y sanciones concretas, medidas que sin inconveniente pueden revestir las formas más variadas, a condición de que por uno u otro procedimiento los derechos resulten consagrados y salvaguardados.

Sucesivamente advirtieron las distintas naciones que el derecho personal de los autores, que tácitamente todas aceptaban como legítimo, amenazado por los peligros de la difusión amplia que entrañaba el progreso de la imprenta y de la instrucción, reclamaba urgentes medidas de protección legal. Estas revistieron como denominador común un carácter de defensa interna que con frecuencia excluía a las obras y autores extranjeros. Mas daba la especial y compleja naturaleza del derecho de autor y de los factores que en su aplicación práctica entran en juego, dentro del general deseo de sancionar derechos que aunque por todos considerados como indiscutibles habían sido desconocidos y violados por no haber tenido hasta entonces que trascender del estado virtual al positivo, no coincidieron en los conceptos jurídicos sobre qué basar sus fundamentos exactos. Sin que ningún país se atreviese a formular una negación rotunda a considerar la propiedad intelectual como un derecho de orden natural que al autor corresponde sobre su creación y que, por lo tanto, se halla amparado de modo general en el derecho civil común—hasta el punto de reconocerlo la jurisprudencia aun en defecto de textos legales—las discrepancias surgen a partir del momento en que la obra por el hecho de su publicación se convierte en objeto de comercio y elemento de cultura en relación con el interés público.

Si examinamos las leyes particulares sobre propiedad intelectual

tual que hoy rigen en la inmensa mayoría de los Estados, comprobaremos que prácticamente existe completa unanimidad en proteger el derecho de autor en su doble aspecto: *a)* moral o derecho a la paternidad de su obra y vigilancia del uso público que de la misma se haga, y *b)* patrimonial o derecho a participar en los beneficios económicos de la explotación de tal obra. Estos derechos, que se basan en la equidad, se sancionan, sin embargo, bajo formas diversas. Las divergencias que separan los distintos regímenes legislativos obedecen, por lo general, a diferencias, bien en la concepción de la misión de la ley, en los procedimientos de aplicación práctica, en el grado de evolución económica y cultural o en los modos de expresión del pensamiento. Por otra parte, conflictos de intereses económicos, ya de carácter interno—entre creadores e industrias, entre industrias rivales, entre fabricantes y distribuidores, etc.—, o de carácter internacional—entre países productores y consumidores, entre políticas económicas diferentes, entre países con lenguas y escrituras distintas—han influido e influyen, siquiera externamente, tanto sobre el progreso del trabajo legislativo como sobre la aplicación de las leyes.

Mas por cima de los variadísimos matices, desde las primeras leyes nacionales se marcan dos orientaciones fundamentales, según que se atienda en primer lugar al derecho de los autores, procurando compaginar con él el interés público, o que, por el contrario, se conceda al interés público primordial importancia, esforzándose en adaptar a él el derecho de autor. Este último punto de vista predomina en la concepción anglosajona, mientras el primero corresponde a la que podríamos llamar concepción latina.

En orden cronológico fué la legislación norteamericana la segunda en aparecer, aunque por ser sus orígenes poco conocidos en Europa hasta fecha reciente, la mayoría de los tratadistas suelen considerar a las disposiciones francesas de 1791 y 1793 como sucesoras inmediatas del Estatuto de Ana, y les atribuyan por añadidura la prioridad en consagrar la propiedad intelectual como la más sagrada, la más inatacable y la más personal de todas las propiedades, según las inspiradas frases que se han hecho célebres de Le Chapelier, el gran impulsor del Decreto de 1791.

El Estatuto de Ana había concedido a los autores el derecho exclusivo de reimpression durante veintidós años, y para las obras nuevas por catorce, ampliables a otros catorce, e imponía penalidades a quienes violasen tal derecho, pues representaba, según hemos dicho, una medida de policía interna. Mas a fin de evitar que alguien pudiese incurrir involuntariamente en defraudación por ignorar si una obra se hallaba o no protegida, se obligó poco tiempo después a consignar en cada ejemplar la existencia del *Copyright*. Nueva imposición legal en beneficio del interés público.

Si, como es lógico, esta concepción inglesa tenía que influir poderosamente sobre los Estados Unidos, como su población se

había ido formando por inmigraciones de diferente origen y con mentalidades y criterios desemejantes, algunos ya saturados de la ideología enciclopedista, cuando incluyeron los Estados originarios en su legislación la protección del derecho de autor, se mezclan con tal punto de vista otros principios, algunos de ellos precedente auténtico y directo de la iniciativa que a Francia suele atribuirse.

De los trece Estados, diez promulgaron sus leyes entre 1783 y 1786, y en los títulos o preámbulos destacan que su finalidad es estimular o favorecer el saber y el progreso de la civilización, las artes y las ciencias. Mas en las leyes de cinco de ellos figuran frases que afirman el derecho de los autores de modo tan retundo si no tan bello como Le Chapelier lo hiciera. En las de Nueva York y Georgia se habla de «*la equidad y la justicia naturales*, el honor del país y el deber hacia la Humanidad», precisando que su única finalidad era estimular a «los hombres de saber y de genio para que publiquen sus obras».

En las de Rhode Island, New-Hampshire y Massachusetts se llega a afirmar que constituyen «derechos naturales de todos los hombres» y que «ninguna propiedad pertenece más peculiarmente al hombre que la producida por el trabajo de su mente». Mientras que en el preámbulo de la de North Carolina se consigna «Atendido que nada constituye propiedad del hombre más estricta que el fruto de su estudio», y al igual que la de Pensylvania, tiende especialmente a estimular a los compositores, escritores o investigadores. La ley de New-Jersey, que data de 1783 y lleva por título «Un Acta para el desarrollo y estímulo de la literatura», adopta una posición intermedia; pues si establece que «el saber tiende a embellecer la naturaleza humana, a honrar la nación y al bien general de la humanidad», añade que es perfectamente conforme a los principios de equidad que los hombres de saber obtengan los beneficios que puedan resultar de la venta de sus obras...». El Acta de Virginia de 1785 se proponía garantizar la propiedad exclusiva, finalidad asimismo de la de Maryland, aunque esta última también hablaba del «estímulo a los hombres de saber».

Como vemos, los principios de la orientación latina figuran ya en plano igual, si no superior, a los de la concepción inglesa. Diez Estados se refieren al estímulo del saber en interés público, al par que a la defensa de los derechos de los autores; dos mencionan tan sólo la protección del autor y Delaware no adoptó legislación especial. En cuatro leyes se toman disposiciones encaminadas a que el público disponga en todos los casos de número de ejemplares suficientes y para mantener los precios en límites razonables, y otra sólo se ocupa de los precios.

Es curioso observar cómo los tres elementos, defensa de los autores, interés público y cultura—los dos últimos mezclados y aun confundidos con frecuencia—se disputan ya la supremacía en

ese intenso contraste de ideas que acompañó a la independencia de los Estados Unidos y a su brillante floración legislativa.

Quiénes redactaron en 1787 la Constitución norteamericana, podían, pues, elegir entre las dos orientaciones teóricas que se disputaban fundamentar el derecho de autor. Mas así como la Revolución Francesa fué por esencia individualista y en los derechos y atributos de cada hombre basaba la total organización social, los legisladores americanos, con un amplio concepto de la Humanidad, cifraban su aspiración en la felicidad colectiva, último fin al que superdaban todos los demás, por muy importantes que fuesen. Mérito relevante el de haber elevado así el concepto de interés público, con sobrada frecuencia tan mal comprendido como intempestivamente invocado, a un plano superior de trascendencia moral y espiritual.

Y obsesionados sin duda por ese culto al deseado bien colectivo, se decidieron por el sistema inglés de considerar como un privilegio la especial protección concedida a las obras publicadas. Al referirse al derecho de autor el artículo 1, sección 8 de la Constitución federal faculta al Congreso para conceder a los autores derechos estatutarios exclusivos sobre sus escritos, por un tiempo limitado que juzgue conveniente para estimular la creación y con ello promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles. Fin inmediato subordinado a su vez a la aspiración última de «formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia..., procurar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros mismos y la posteridad».

Se adoptó, pues, el sistema anglosajón de considerar todos los problemas prácticos del derecho de autor bajo el restringido prisma del *Copyright*, que tan graves inconvenientes ha representado y representa todavía, para llegar a la unificación universal. Pues si ya el término *Copyright*—literalmente derecho de copia—sustituye al amplio concepto de derecho de autor y aun al más reducido—aunque algunos lo tomen como equivalente—de propiedad intelectual, por el estrecho límite de la publicación, su contenido todavía resulta mermado en la práctica, ya que los ingleses sólo consideran como publicación para las obras escritas—sean científicas, literarias o musicales—la edición impresa. Lo que ha dado lugar a numerosos errores y malentendidos. Citemos como el más grave, a nuestro juicio, entre los primeros, el que en Inglaterra se haya llegado a considerar el disco como una obra diferente de la en él impresionada. Y bástenos para resaltar los segundos que el propio Mr. Crewe, del Board of Trade de Londres, Delegado del Reino Unido en la reciente Conferencia de Bruselas, ha tenido que reconocer paradójicamente en la reunión de Expertos de la Unesco de julio de 1949, que la no muy exacta traducción\* de «copy» por «ejemplar», le había llevado a aceptar el que, como consecuencia de una proposición suya, se añadiese al apartado 4 del artículo 4.º de la Revisión de Bruselas la frase «cualquiera que

sea el modo de fabricación de los ejemplares», cuyo alcance, su- perando a sus propósitos, incluía en las ediciones los discos, pe- lículas, bandas sonoras y otros procedimientos no reconocidos como tales por la *Copyright Law* inglesa, por lo que su país o se vería obligado a modificar la legislación interna, o no podría ra- tificar la revisión de Bruselas. Y otra prueba de tal confusionismo es que partiendo del mismo principio de *Copyright*, en Estados Unidos se haya llegado a concepción tan opuesta, que no sólo no se consideran los discos cual obras diferentes de las en ellos im- presionadas, mas ni siquiera como reproducciones independientes —otro contrasentido—, sino como meras partes del mecanismo necesario para reproducir sonidos.

Volviendo a la Constitución americana, como resultado de la misma el Congreso votó la primera *Copyright Act* federal de 31 de mayo de 1790. En ella se acogía el restrictivo y ya anticuado espíritu del Acta de Ana de considerar el disfrute de los benefi- cios del *Copyright* como un privilegio, y como tal condicionarlo al cumplimiento de consignarlo en todos los ejemplares, solicitarlo, registrar, depositar y otras obligaciones estatutarias.

Se excedería del tema y extensión de nuestro trabajo el entrar en detalles sobre las disposiciones de esta ley y de las Actas que sucesivamente fueron cambiando y ampliando su contenido, hasta el punto de hacer necesaria una recopilación y consolidación de las mismas, que realizó la *Copyright Act* de 4 de mayo de 1909, convertida con ligeras variantes, por Acta de 30 de julio de 1947, en el actual Título 17 del Código de los Estados Unidos, que bajo el epigrafe de «*Copyrights*» constituye la legislación vigente so- bre la materia. Basta a nuestro propósito consignar que a través de todas ellas la preocupación por el interés público no sólo per- severa, sino que se va exagerando, hasta el punto de inducir a afirmaciones caprichosas o a atribuirle un sentido en exceso mez- quino. Así, los redactores del proyecto de 1909 decían en su in- forme: «La legislación de *copyright* que establece el Congreso, según los términos de la Constitución, no está fundada en nin- gún derecho natural que tenga el autor sobre sus escritos, ya que la *Supreme Court* ha considerado que los derechos que tiene son de orden puramente estatutario, sino sobre la base de que el bien- estar del público será servido y el progreso de la ciencia y de las artes útiles estimulado, asegurando a los autores, por períodos limitados, los derechos exclusivos sobre sus escritos.» Y más ade- lante se formulan y responden ellos mismos dos preguntas: «Pri- mera: ¿Hasta qué punto la legislación estimulará al autor y de este modo beneficiará al público? Segunda: ¿Hasta qué punto el monopolio concedido será perjudicial para el público? La conce- sión de tales derechos exclusivos en términos y condiciones ade- cuados, proporcionará al público ventajas que sobrepasarán los inconvenientes del monopolio temporal.»

Y tal preocupación pesa hasta en autoridad tan competente



como el Dr. Luther Evans, Jefe de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, según puede observarse en una conferencia que precisamente con el título de «*Copyright and Public Interest*» pronunció en 1949, en la que pretendía demostrar que varios de los procedimientos del *Copyright* americano—plazo corto de protección con renovación voluntaria, consignación de la reserva, depósito y registro como medios de información y no como origen del derecho, etc.—son los que mejor responden al interés público. En tan interesante trabajo, si bien hace gala de su dominio en la materia, presenta atinadísimos comentarios y observaciones y revela su amplio y liberal criterio al estimar que la legislación de un país debe perder su rigidez y no considera imposible el variar su orientación, no puede, en cambio, sustraerse a ciertos prejuicios, como considerar deseable que las obras caigan lo antes posible en el dominio público, y encontrar lógico que la protección haya de solicitarse — por algo la consideran como un privilegio legislativo—. Y su convicción llega a tal punto que no vacila en escribir: «En ningún caso los representantes oficiales designados por los Estados Unidos para asistir a conferencias internacionales sobre derechos de autor o para participar en negociaciones tendientes a establecer convenios, tratados o acuerdos prácticos referentes al *copyright* deben creerse autorizados a examinar proposición alguna en función de intereses o conceptos más estrechos, y es su deber no aceptar ninguna fórmula que no responda en su conjunto al interés público», arraigado punto de vista que quizás expresa en parte por qué Norteamérica no ha ingresado todavía en la Unión de Berna y ha ratificado tan pocas convenciones internacionales.

Claro que legisladores, magistrados y juristas tampoco en Norteamérica han podido sustraerse al imperativo de equidad de reconocer el derecho de autor en su calidad de creación y como propiedad sobre la obra creada, como un derecho natural incuestionable. Y para obviar tal obstáculo han de establecer, cual en Inglaterra, la distinción entre obras no publicadas, el derecho de cuyos autores ampara la *common law*, y allí también a perpetuidad, y obras publicadas a las que se aplica la legislación especial del *Copyright*. Actualmente ciertas obras no publicadas—las musicales, dramáticas, líricodramáticas, conferencias y similares, etc.—pueden acogerse si se solicita a los beneficios del *Copyright*, y también, al igual que en Inglaterra, ya en 1834 declaró la *Supreme Court* que los derechos exclusivos que al autor correspondían sobre una obra según la *Common law* antes de la publicación, se perdían después de publicada y era preciso entonces cumplir las formalidades exigidas por la legislación del *Copyright* para gozar de los beneficios especiales y temporales en ella establecidos, que venían a sustituir a la protección a perpetuidad de que gozaban las obras inéditas.

Así, pues, dentro del sistema anglosajón se puede afirmar, en líneas generales, que el derecho de autor tiene una doble concepción jurídica. La de una especie de derecho natural privado

que reconoce y ampara la *Common law*, mientras la obra no se ha convertido en objeto de público comercio, precisamente por medio de la existencia de «copies», que hay que considerar exclusivamente como edición impresa. Pues ni la representación aún pública de obras teatrales; ni la ejecución o grabación en disco, rollo o banda, de la música; ni la transmisión o difusión por radio se consideran publicación, que en Norteamérica requiere la existencia de ejemplares impresos o «copies», los cuales además han de estar puestos a la venta o distribuidos en número suficiente. Y la de un derecho puramente estatutario que concede el legislador como protección de «*Copyright*», en cuanto por medio de la difusión pública de «copies» entran las obras en el área del interés público.

\* \* \*

4. En el Viejo Continente se impuso, en cambio, la orientación latina, con tendencia a considerar el derecho de autor como una forma del derecho de propiedad. Precedentes teóricos de esta tendencia hallamos ya a mediados del siglo XVIII en el abogado francés Louis D'Hericourt, que basa tal propiedad en la creación, considerándola independiente de los privilegios de los libreros, y en el inglés Sir William Blackstone, quien también lo funda en la producción, y estima que cualquier acto ajeno que tienda a apropiarse de la obra o a cambiar su disposición constitutiva es un atentado contra su derecho de propiedad. Mas fueron el Decreto de la Asamblea Nacional de Francia de 13 a 19 de enero de 1791 y especialmente la Ley de la Convención de 19 al 24 de junio de 1793 las que consagraron el exclusivo derecho del autor para todas las obras del ingenio. Se sancionaba el derecho de autor en calidad y figura de derecho exclusivo individualista y patrimonial dirigido esencialmente a garantizar el disfrute legítimo de la obra. La fase evolutiva de los elementos económico, político y social buscaba entonces la estabilidad en la libertad e igualdad individuales y basaba la organización social y económica sobre la propiedad privada. Y bajo los nombres que aún perduran de Propiedad Intelectual o Propiedad Científica, Literaria y Artística se incluyeron en ella las obras del ingenio, reconociendo a sus autores como propietarios. Criterio que si bien limitaba el derecho de autor a una modalidad del derecho de propiedad, nueva y especial por su forma, hemos de reconocer, con Piola Caselli, que tuvo el oportunismo de facilitar extraordinariamente su reconocimiento y permitir que amparado en tal concepto jurídico se robusteciese y ampliase su contenido a través de todo el siglo XIX, plasmando en la mayoría de los países en normas legales de carácter general.

Se va completando así el período que hemos llamado de leyes nacionales, y a medida que la propiedad intelectual se va extendiendo y confirmando, va adquiriendo mayor importancia en el ciclo económico. Comienza a sentirse la necesidad de los intercambios intelectuales y los Estados que marchan a la cabeza de la ci-

vilización—España entre ellos—perciben la conveniencia de asegurar por medio de tratados bilaterales el mutuo respeto hacia sus autores respectivos y una reciprocidad en la protección de quienes por medio de sus obras proyectan sus ideas por cima de los límites que fronteras imponen. El derecho de autor supera la etapa que nos atreveríamos a calificar de economía cerrada, para surgir en el plano internacional, y la generalidad de las leyes nacionales van admitiendo, con mayor o menor timidez o liberalidad, la protección interna de obras y autores extranjeros.

Mas al poner en contraste las diversas legislaciones, se echa de ver la utilidad de armonizarlas, con el propósito de buscar puntos de coincidencia en la protección internacional de la propiedad literaria y artística, y especialmente de conseguir que el principio mismo de la protección se universalice. Con el fin de estimular esto último, en 1878 se agruparon eminentes juristas europeos por iniciativa de los franceses y bajo el patronato de Víctor Hugo, presidente entonces de la *Société des Gens de Lettres*, crearon la Asociación Literaria y Artística Internacional, que desde su fundación se enorgullece de haber conservado tal carácter, y no ha cesado de actuar para el logro de que los países más diversos promulgasen leyes amparando la propiedad intelectual. Mas deseosos también de unificar las reglas prácticas de legislación positiva redactaron un proyecto de ley tipo que a través de sus miembros de diferentes nacionalidades fué sometido a los diversos Estados, y cuyo único resultado práctico consistió en inspirar un tanto a algunos legisladores. Simultáneamente el progreso técnico iniciaba nuevos medios de difusión del pensamiento y de las artes, que hacían sentir la urgencia de tal unificación, y en varias naciones organismos de expertos y especialistas reanudaron en mayor escala y plano más elevado el trabajo iniciado por la Asociación. Esta había acordado, en uno de sus Congresos en Roma, promover por parte del Gobierno suizo la reunión de dos Conferencias internacionales, en 8 de septiembre de 1884 y 7 de septiembre de 1885, cuyos trabajos culminaron en 9 de septiembre de 1886 en la fundación de la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, integrada por diez países, entre los que figuraba España, iniciándose así el segundo periodo de convenciones internacionales.

Mientras el texto de Berna, de acuerdo con el propio Convenio, se revisa en París en 1896, en Berlín en 1908 y en Roma en 1928, llegando a agrupar 39 Estados, el Nuevo Continente imita el sistema y sucesivamente aparecen las Convenciones de Montevideo (1889), Méjico (1902), Río de Janeiro (1906), Buenos Aires (1910), Caracas (1911) y La Habana (1928) de las que sólo en la primera se admiten países europeos—la adhesión de España fué reconocida por la Argentina y el Paraguay—y ninguna ha logrado reunir a todas las naciones de América. Pues la Convención de Buenos Aires, que es la que más Repúblicas han ratificado, sólo

lo ha sido por 15 de las 21, y entre ellas no figuran los Estados Unidos. Por otra parte, como el grupo de naciones adheridas a cada Convenio es muy diferente, las relaciones interamericanas presentan el inconveniente y complicación de regirse para un mismo país por diversos tratados y textos, según los casos.

\* \* \*

5. Puede afirmarse que al llegar el Convenio de Berna a su revisión de Roma había cambiado de nuevo la fase evolutiva de los elementos económico, político y social, y esta vez con carácter universal. Por otra parte, el arrollador progreso de los medios de reproducción, difusión y comercialización de las obras del espíritu, ampliando sus posibilidades a los límites del mundo, creaba una situación análoga a la que en su tiempo determinó la imprenta. Aunque la jurisprudencia universal, precediendo a las leyes, rebasadas sin cesar por la rapidez de la técnica, continuaba defendiendo a los creadores intelectuales en todas las nuevas formas de difusión, basándose en asimilaciones, quizás atrevidas en casos, pero aconsejadas por la lógica interna del derecho de autor, la noción de éste perdía su claridad y precisión, debido justamente a la gran variedad de formas prácticas simultáneas o sucesivas que podía adoptar y que hacían que sus contornos se desdibujasen. Por si fuera poco, eminentes juristas se habían interesado por un derecho que a su atrayente complejidad y esencia unía el valor económico de influir sobre poderosas y nuevas industrias y empresas, y los estudios teóricos sobre la materia se multiplicaban, buscando nuevos fundamentos filosóficos y jurídicos en que basar la amplia comprensión moderna del derecho de autor. No podemos detenernos en examinar las numerosas teorías, cuya simple y parcial enumeración bastaría para revelar su importancia. Los que siguen a Fichte y Shering continúan defendiendo la tesis del derecho de propiedad, que tratan de hacer más flexible: Gierke desarrolla la idea de Kant: de considerarlo como un derecho de la personalidad, orientación a que se inclina la teoría anglosajona de ver en él una aplicación del *right of privacy*; surgen las teorías «de los bienes jurídicos inmateriales», del «usufructo» y del «derecho intelectual», que ya el belga Picard preconizara en 1879: se perfila el concepto de *derecho moral* o *droit au respect*; en Alemania contienden los partidarios de la *Geistiges Eigentum* o propiedad espiritual con los del *Inmaterial-güterrech* o bienes inmateriales, en su doble dirección de *Dualistische* y *Monistische Theorien* o teorías del *doble derecho* y del *derecho unitario*, por la última de las cuales se decide Piola Caselli, considerando que dentro del cuadro mismo del derecho de autor coinciden facultades de naturaleza diversa, punto de vista semejante al del profesor, también italiano, Mario Ghiron, que ve en el derecho de autor no un bien material, sino fuente y origen de muchos bienes materiales y prerrogativas de índole moral.

Mayor importancia ofrecen para nuestro tema aquellas teorías que directa o indirectamente mezclan con el concepto de derecho de autor el interés público. Pues el que en Europa haya prevalecido el criterio de considerarlo como una propiedad, sin imponerle por lo común otras limitaciones en interés público, aparte de su duración limitada, que aquellas de índole general de protección a moral y orden público, no significa que haya carecido de defensores la tesis de anteponer el interés público a los propios derechos del autor. Por el contrario, no hallamos en América posiciones tan extremistas como las de algunos escritores europeos. Pues ya un Proudhon y un Miraglia con el engañoso espejuelo de que las ideas no son del autor, sino del patrimonio que nos legaron pretéritas generaciones, le niegan no sólo los derechos económicos, sino toda clase de derechos sobre su obra, sin comprender el fondo de la admirable frase de Goethe: «Todo lo que tiene un valor se ha pensado ya; sólo es necesario buscar el modo de pensarlo de nuevo». Y Mazzini y Tommaseo también partiendo de que el pensamiento es un bien de todos que no puede constituir monopolio, y de que nadie puede impedir la circulación de la verdad, ven en las obras del ingenio un bien común de propiedad social y libre difusión, aunque ambos tengan que reconocer que el Estado tiene el deber, también social, de sostener a escritores y artistas. Engañosas y utópicas concepciones que por desgracia se han utilizado por ciertas escuelas totalitarias o socialistas para pretender justificar torpemente intolerables intervenciones estatales.

Más equilibradas y cercanas a la orientación anglosajona son la teoría que mantienen Marion y Bernard, quienes convencidos también de que las ideas pertenecen a la comunidad, consideran el derecho de autor como una especie de privilegio, que por contrato ideal entre el autor y la sociedad, ésta otorga a aquél en compensación por el servicio de él recibido, y la de la *obligación ex delicto*, que propugnan Gerber y Labaud, en la que se sustituye el derecho del autor sobre sus obras por una protección jurídica de sus intereses, basada en el principio que prohíbe la reproducción de obras ajenas.

Hasta después de la primera Gran Guerra las tendencias sociales apenas habían influido en el concepto y teorías del derecho de autor. Mas desde entonces, frente a la llamada tendencia liberal u orientación europea que protege al autor como personalidad individual, en cuyos diversos matices predomina el Derecho privado, surge el grupo colectivista o estatal que desde distintos puntos de vista supedita el Derecho privado al público para someter al autor a la suprema autoridad del Estado, el cual, como representación inapelable del interés público, puede limitar o adscribirse los más fundamentales derechos de los ciudadanos, incluyendo el de la propiedad. Contra lo que a primera vista pudiera parecer, tal concepción, lejos de ampliar y fortalecer el concepto de interés público, lo debilita, desvirtúa y empobrece. Pues en vez de exten-

derlo a la generosa y ecuménica finalidad americana de progreso y felicidad de la Humanidad toda, lo reduce a la apreciación interna y casuística de cada Estado, sujeta a toda suerte de intereses, mezquindades y egoísmos locales. Sentido tanto más inadmisibile cuando se aplica a actividad tan universal por esencia, cual es la producción y circulación de las ideas.

La primitiva orientación soviética, se arrogaba todos los derechos de autores y artistas sustituyéndolos por un jornal como a cualquier trabajo proletario; mas sus pésimos resultados obligaron a evolucionar hacia un progresivo reconocimiento de derechos, compaginados en un principio con nacionalizaciones concretas y determinadas, y al parecer se ha llegado a través de sucesivas leyes—de 26 de noviembre de 1918, 30 de enero de 1925—a un régimen semejante al europeo con la limitación de que los derechos aun de autores extranjeros sólo dentro de Rusia pueden hacerse efectivos.

En Italia y Alemania la socialización tomó la forma de licencias legales que iban mermando arbitrariamente la libre disposición del autor so pretexto de interés colectivo, y se vinculaba la protección de los derechos a organizaciones corporativas. Los resultados prácticos tampoco han sido muy brillantes durante el corto periodo de experiencia de tales sistemas, que demostraron muchos más inconvenientes que ventajas. La mayoría de los juriscultos de la Alemania nacional-socialista, partiendo de considerar como fundamento del derecho de autor el de la personalidad, desarrollan con mayor o menor fortuna la nueva figura de derecho al trabajo, por virtud del cual la obra producida no constituye una propiedad, sino que se identifica con el resultado concreto de una laboriosidad, reclamando su justa remuneración. Algunos, como el Dr. Munck, en posición más ecléctica, aun compartiendo la teoría unitaria de considerar el derecho de autor como un derecho único que comprende un conjunto de complejas prerrogativas personales y patrimoniales, opinan que el Estado tiene la misión de salvaguardarlas aun frente al propio autor, impidiendo tanto el abuso pecuniario por parte de éste, como toda difusión aun autorizada por él que no alcance la debida dignidad; tesis en la que puede advertirse la preocupación por la cultura, cuya salvaguardia se atribuye el Estado.

Fácil es colegir que tal multiplicidad de teorías al par que dificultaba los esfuerzos para llegar a un acuerdo internacional sobre la definición del derecho de autor a fin de formular principios generales, retrasaba en las propias legislaciones internas de los diversos países la solución de problemas prácticos urgentes. Las leyes nacionales promulgadas o modificadas cada una en medios diferentes, bajo situaciones económicas que nada tienen de común, e inspiradas en concepciones tan variables, presentaban cada día más enfadosas discrepancias, mientras las grandes industrias nacientes seguían con creciente y apasionado interés conmociones que ha-

bían de repercutir en las numerosas e insospechadas oportunidades de lucro que la explotación de las obras del espíritu les iba ofreciendo.

Si con ejemplar prueba de cordura y transigencia se logró en la revisión de Roma la unanimidad imprescindible para incluir normas que abarcaban desde el derecho moral a la radiodifusión, los eminentes especialistas que en ella intervinieron, advirtiendo las dificultades cada vez mayores de conciliar tan heterogéneos y aun contradictorios puntos de vista, juzgaron necesario abordar de una manera seria la posible unificación mundial de las leyes que amparan a las creaciones del espíritu. A ello tendía el siguiente *voeu* formulado entre las resoluciones finales:

«La Conferencia:

Considerando la identidad de los principios generales que dominan y de las finalidades a que tienden la Convención de Berna revisada en Berlín y más tarde en Roma, y la Convención firmada por los Estados Americanos en Buenos Aires en 1912.

Comprobando la concordancia de la mayoría de las disposiciones de una y otra Convención, emite el *voeu* conforme a las sugerencias expresadas por la delegación del Brasil y la delegación francesa que, de una parte las Repúblicas americanas signatarias de una Convención a la cual no tienen posibilidad de adhesión los Estados no americanos, lleguen, tomando ejemplo del Brasil, a ingresar en la Convención de Berna, revisada en Roma, y que, de otra parte, todos los Gobiernos interesados se concierten en vista de preparar un acuerdo general que tenga por base las reglas similares de ambas Convenciones y por objeto la unificación mundial de las leyes que protegen las creaciones del espíritu.”

Tal recomendación fué textualmente recogida, semanas más tarde, y precisamente a propuesta de la Delegación española, por la IX Asamblea de la Sociedad de Naciones, que en 24 de septiembre de 1928 aprobó una resolución solicitando del Consejo que por sus órganos competentes se procediese a las consultas y estudios pertinentes con el fin de examinar la posible unificación internacional de las leyes y medidas para proteger las obras del espíritu. La VII Conferencia Panamericana celebrada en Montevideo en 1932 se hizo eco de tal resolución y comienza así el último y actual período de la evolución del derecho de autor, ya con carácter decidida y ampliamente universal.

\* \* \*

6. Aunque desde el primer momento apareció como la solución más rápida, sencilla y eficaz la adhesión de todos los países a uno de los Convenios internacionales existentes, vistas las dificultades con que tropezaba la aceptación general de ninguno de ellos, se emprendieron simultáneamente dos nuevos caminos. Consistía el uno en encontrar los puntos de contacto entre el sistema Berna-Roma

y el de Buenos Aires-La Habana, a fin de ligar los dos Continentes, por lo que se llamó una Convención puente. El otro camino se dirigía decididamente a la adopción de un Estatuto Universal del Derecho de Autor diferente de las dos Convenciones continentales, limitado a cierto número de puntos esenciales, bien entendido que el nuevo Estatuto en nada afectaría a la vigencia de aquéllas. En ambos hemisferios los trabajos se emprendieron con tanto entusiasmo como perseverancia. Han intervenido en América la Comisión presidida por el senador Antuña que designó la propia VII Conferencia Panamericana; la que como consecuencia de ésta estableció el Gobierno brasileño bajo la presidencia del procurador general Acevedo; las Comisiones Nacionales de Cooperación Intelectual que en 1939 tuvieron en Chile su primera Conferencia Americana; la Asociación Interamericana de Abogados; el Instituto Americano de Derecho Internacional, y, muy especialmente, la Unión Panamericana, que en todos los casos ha servido de coordinadora en estrecha relación con los organismos europeos. En Europa ha sido el Instituto Internacional de Cooperación Intelectual de la Sociedad de Naciones, creado en 1924, el que tomó la iniciativa en colaboración casi constante con el Bureau de Berna y con la valiosa ayuda del Instituto Internacional de Roma para la unificación del Derecho privado. Ellos recogieron y amaron respuestas oficiales de diversos países y los importantes estudios jurídicos sobre la materia de prestigiosas asociaciones internacionales especializadas, en particular la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores y la Asociación Literaria y Artística Internacional.

Con ocasión de la reunión del Comité Internacional de los Derechos intelectuales celebrada en Bruselas en 31 de mayo de 1935 por el Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, bajo la presidencia de Jules Destree y por un Comité especial del Instituto Internacional de Roma reunido en 28 de septiembre del mismo año, se sistematizaron los esfuerzos de ambos Continentes, de acuerdo con la resolución de la XVI Asamblea de la Sociedad de Naciones que les invitaba a entrar en relación oficial con la Comisión Panamericana del Derecho de Autor.

Se había previsto para 1936 la revisión de Bruselas y simultáneamente otra Conferencia para tratar del Estatuto Universal. Dificultades muy comprensibles obligaron a aplazar ambas hasta septiembre de 1939. Un Comité de expertos se reunió en París en 1 de abril de 1936, bajo la presidencia del profesor Capitant, y redactó un anteproyecto de Estatuto Universal que fué sometido por el Gobierno belga a los demás Estados, y comunicado por iniciativa del senador Antuña a la Unión Panamericana para que como voto personal suyo fuese sometido también a los Gobiernos americanos. Por su parte, la Comisión americana había redactado otro proyecto que presentó en 1936: en Brasil Hermes Fonseca y Renato Almeida elaboraron un texto capaz de sustituir a los exis-



tentes, y otro proyecto de Estatuto Universal se presentó en Río de Janeiro en nombre del Bureau Internacional de Berna. Próxima la fecha prevista, en octubre de 1938 se celebró en Bruselas nueva reunión de expertos, donde se revisó el anteproyecto de Estatuto Universal y se propusieron ciertas modificaciones, tanto para facilitar la adhesión de los Estados americanos como para tener en cuenta los intereses particulares de la civilización asiática, representados por una importante delegación japonesa.

Mas sobrevino la terrible Guerra Mundial y Europa hubo de abandonar *sine die* todos sus proyectos, mientras en América el punto de vista universal cedía paso a un restrictivo sentido interamericano, que patrocinaron la Segunda Conferencia de Comisiones Nacionales de Cooperación Intelectual y la Asociación Interamericana de Abogados, reunidas ambas en La Habana en 1941, y prevaleció asimismo en la reunión del Consejo Directivo de la Unión Panamericana de 7 de octubre de 1942 por inspiración de Estados Unidos.

\* \* \*

7. Tan pronto como cesan las hostilidades, el interés por el Derecho de Autor renace en ambos hemisferios con más bríos y urgencia que nunca. En América, los Estados Unidos se apresuran a tomar la iniciativa, anteponiendo de nuevo el posible acuerdo interamericano a la más amplia ambición de un Estatuto Universal. Creyeron, sin duda, que de tal forma asegurarían su hegemonía intelectual sobre el Nuevo Mundo, casi aislado de Europa durante la guerra, mientras las Conferencias Panamericanas, cuya actividad no se había interrumpido, habían hecho llegar las relaciones continentales al suficiente grado de madurez para intentar la coincidencia de todas las Repúblicas transatlánticas en una Convención única y común. Como el Consejo Directivo de la Unión Panamericana, en 1942, por considerar que «los problemas relacionados con la protección de los derechos de autor, en vista de su complejidad y carácter técnico, requieren un estudio por parte de especialistas en la materia», había aprobado la convocatoria de una Conferencia de Expertos, convierten en realidad el acuerdo, celebrándola en Washington del 1 al 22 de junio de 1946. Tal deseo de concordia animaba a los Representantes de Estados Unidos, que no vacilaron en estampar su firma con las de los Delegados de las otras 20 Repúblicas, suscribiendo un texto en tan abierta pugna con el inveterado concepto norteamericano del *Copyright*, que ha determinado en el país una enérgica oposición a que se ratifique, lo que ya dudamos mucho llegue a realizarse (1).

Ese texto mostraba, sin embargo, que los especialistas de toda

---

(1) Sobre la Convención de Washington y la Revisión de Bruselas pueden consultarse los artículos que he publicado en *Bibliografía Hispánica*, de noviembre de 1947, y *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1949.

América, rompían con la tradición anglosajona para sumarse a la orientación latina, anteponiendo la salvaguardia de los derechos del autor al prejuicio exagerado del interés público. Era un paso definitivo para el acercamiento intercontinental, pues acogía con ligerísimas variantes la doctrina y principios de Berna.

Por su parte, Europa, con precipitación análoga y también quizás con un sentido de autodefensa, dejando de lado la Conferencia universal prevista como simultánea, convocó la Conferencia Diplomática para revisar la Convención de Berna, que ha tenido lugar en Bruselas en junio de 1948, y cuyos resultados han sido mucho más satisfactorios de lo que podía preverse, dada la inquietud y desconfianza que aun subsiste en nuestro Continente y las divergencias de ideología y orientación que hoy separan a muchos de los países signatarios.

Existen, pues, en el momento actual, dos cartas internacionales recientes del derecho de autor, y ascienden a 60 las leyes nacionales que en el mundo lo protegen. En Europa cuentan con ellas todas las naciones menos Albania, pues Andorra se rige por la legislación española, Liechtenstein por la suiza y la Ciudad del Vaticano y San Marino por la italiana. La ley inglesa de 1911, con escasas variantes se aplica a Australia, Ceilán, Nueva Zelanda y Africa del Sur, y con notables modificaciones al Canadá. De América sólo Paraguay no ha legislado especialmente, aunque la Constitución consagra la propiedad del autor, mas algunas de las leyes o son antiguas o incompletas o, lo que es peor, no suelen aplicarse. En Asia, India y Pakistán mantienen casi exacta la ley inglesa; la ley del Japón ha sido revisada en 1941; Filipinas, Siam y Turquía cuentan con sendas leyes; la China tiene, al parecer, una ley de 1944 y en Irán, Siria y Líbano, si no leyes, existen ciertas disposiciones especiales. Es dudoso si Birmania e Israel continúan aplicando la ley inglesa, y creemos que carecen de legislación especial Afghanistan, Boután, Corea, Irak, Kuwait, Mongolia, Nepal, Oman, Qatar, Transjordania y Yemen. De Africa, Liberia cuenta con una ley de 1911 y Egipto se rige por una rica jurisprudencia. Varias naciones, entre ellas Alemania, Dinamarca, Egipto, Francia, Hungría, Liga Árabe, Perú, Portugal y Turquía tienen proyectos o anteproyectos en preparación—algunas para adaptar las leyes a la nueva revisión de Bruselas—y los países escandinavos estudian una legislación común.

Si examinamos las dos Convenciones recientes desde el punto de vista de nuestro tema, o sea, considerando la importancia e intervención que a la cultura y el interés público se conceden al regular el derecho de autor, observaremos que en ambas apenas se hace referencia a estos extremos y sólo ciertas restricciones legales que se establecen o toleran, acusan tal preocupación. Y se da el caso un tanto paradójico de que precisamente la Convención de Berna, de orientación puramente latina, admite la posibilidad de mayores limitaciones a las facultades exclusivas del autor, que la

de Wáshington, cuando en Estados Unidos ya hemos visto que el concepto anglosajón llega a exagerar el interés público.

Como restricciones generales e indiscutibles figuran en ambas las medidas de legislación o policía interna, que si el artículo 17 de Bruselas extiende a las facultades de que la autoridad competente disponga—por lo que puede admitirse la censura—, el XV de Wáshington restringe a la defensa de la moral y las buenas costumbres. En favor de la cultura el artículo XII de Wáshington declara lícita la reproducción de breves fragmentos en publicaciones con fines didácticos o científicos, en crestomatías o con fines de crítica literaria o investigación científica, así como de fragmentos de traducciones. Por su parte, el artículo 10 de Bruselas reserva a las legislaciones nacionales o a arreglos bilaterales la licitud de tales reproducciones, en la medida que la finalidad lo justifique. En ambos artículos se exige citar la fuente, y mientras el de Bruselas impone también mencionar el nombre del autor si se sabe, el de Wáshington prohíbe expresamente la alteración de los textos reproducidos.

En cuanto a restricciones que tienden a favorecer mejor la información que la cultura, así como para la Convención de Wáshington, la reserva general y aun, si es costumbre, la simple firma del autor, es suficiente para impedir la reproducción por la prensa de artículos de actualidad de periódicos y revistas, la de Bruselas exige la reserva expresa en cada caso. Y en tanto el texto de Wáshington no admite ninguna otra restricción legislativa, el artículo 10 de Bruselas considera lícitas las citas cortas de artículos de periódicos y revistas, hasta en forma de revistas de prensa, y en el 10 bis admite que las legislaciones internas regulen las condiciones para la impresión, reproducción y comunicación pública de fragmentos de obras literarias y artísticas con ocasión de informaciones de acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, el cine o la radio.

En derecho de autor se conoce por «licencia obligatoria» la autorización legal para determinadas utilidades de obras científicas, literarias o artísticas, sin necesidad de contar con la autorización expresa del autor, normalmente reconocida como imprescindible. Su inclusión en el texto de Berna no representó sino una gentileza de los otros países hacia la nación que los había acogido, a fin de que las cajitas de música, entonces muy en boga, que en Suiza se fabricaban, pudiesen utilizar unos compases de música conocida sin el enojoso trámite de buscar al autor y pedirle su autorización, en cada caso. Mas sentado tal precedente, al adquirir sobre 1925 insospechado desarrollo la industria del disco merced a la impresión eléctrica, varios países como Inglaterra, Alemania, Austria y Suiza aplicaron la licencia obligatoria al disco, en el sentido de que, así como nadie podía reproducir una obra musical hasta que el autor lo autorizaba, una vez que éste había concedido el permiso, aun con exclusiva, a una firma determinada,

los demás fabricantes podían libremente reproducir dicha obra con tal de satisfacer al autor sus correspondientes derechos. Era una forma de proteger sus respectivas industrias evitando que una marca extranjera tuviese la exclusiva de reproducción de números muy solicitados por el público. Estados Unidos imitó el ejemplo, más que con carácter proteccionista, en evitación de internos monopolios, ya que con éstos no transigen ni la legislación ni la mentalidad norteamericanas.

Así como el texto de Washington no acepta la posibilidad de «licencias obligatorias» en ninguno de los Estados participantes, en el de Bruselas perdura tal posibilidad para la reproducción mecánica y se ha ampliado a la emisión por radio, sonora y visual, siquiera los Delegados de todos los países declararan que sus Gobiernos respectivos jamás se decidirían a utilizarla, y los representantes de Francia, Italia, Brasil, Portugal y España, por iniciativa de la delegación española, se abstuvieron de votar como clara manifestación de su disconformidad, sin que ella hiciese peligrar el resultado de la Conferencia, ya que las abstenciones no destruyen la unanimidad que el Convenio exige. Claro que tales restricciones se hallan siempre estrictamente limitadas al país que las establece y en ningún caso se puede prescindir de pagar al autor una remuneración adecuada. Aunque los defensores de la licencia obligatoria quieran fundamentarla en el interés público de la difusión de la cultura, creemos que éste es uno de los casos en que tan simpático y noble pabellón encubre en el fondo la defensa de intereses industriales y comerciales.

También, y eso sí que en beneficio de la cultura, se admite que las legislaciones puedan autorizar la conservación de impresiones efímeras «en archivos oficiales» en vista de su carácter excepcional de documentación.

Como complemento, y aunque ninguna de las dos Convenciones lo consigne en su texto, cual en el *Rapport general* de Bruselas reconoce M. Paisant, siempre se ha tenido y tendrá razonable tolerancia en cuanto a cierta libertad excepcional en favor de ceremonias militares o religiosas, dado su carácter cívico y social, y en cuanto a las necesidades de la enseñanza en Academias, Universidades y centros oficiales de instrucción.

Si echamos una ojeada a las diversas leyes nacionales para ver la aplicación práctica a que han llegado en los distintos países las restricciones legales, podemos comprobar que la mayoría de ellas admiten: *a)* La libre circulación de informaciones y noticias, en su doble aspecto de reseñas y críticas y reproducción más o menos condicionada de noticias y artículos de prensa; *b)* La utilización honesta de citaciones, resúmenes o párrafos textuales para estudios privados, comentarios, trabajos críticos, etc., que los anglosajones conocen con el sugestivo nombre de *fair use*; *c)* El realizar en privado representaciones y ejecuciones, con un criterio variable sobre lo que se debe considerar como privado, aunque en casi

todas partes se limita al «círculo familiar», según reza la ley italiana; d) Copias o reproducciones para uso estrictamente personal; e) Excepciones por exigencias de la Justicia o de otras funciones superiores del Estado, y f) Reproducción de obras plásticas o arquitectónicas situadas en lugares públicos.

La licencia obligatoria se extiende en algunos países a la edición gráfica, especialmente en caso de abandono; y para determinadas obras y en condiciones especiales la admiten en radiodifusión Rusia, Finlandia, Mónaco, Noruega, Polonia, Checoslovaquia e Italia, y aun Bolivia y Méjico la extienden a las representaciones y ejecuciones. Escasas leyes como las de Rusia, Italia, Brasil, Noruega, Portugal y Méjico llegan en determinados casos a admitir la expropiación.

Más complejo es el problema de las traducciones, al que se debe en gran parte que el Extremo Oriente, los árabes, y muchas Repúblicas americanas no se decidan a adherirse a la Unión de Berna. Los países de escasa producción que se nutren de la importación intelectual extranjera, suelen considerar con frecuencia que protegen la educación y la cultura nacionales facilitando las traducciones. Mas como cuando ya en los primeros años de la Unión se planteó este tema, admitiendo en lo referente a traducciones reservas que han perdurado hasta la actualidad, no había surgido todavía el concepto de «licencia obligatoria», o sea libertad, pero con legítima compensación económica, muchas legislaciones nacionales confunden lamentablemente la libertad de traducción con un verdadero e inicuo despojo del autor original. Así Rusia y China no vacilan en negar rotundamente el derecho de traducción; Turquía y Yugoslavia no protegen en general al autor extranjero contra una traducción a la lengua nacional; Grecia, Irlanda, Japón, Islandia y Siam sólo reconocen el derecho de traducción durante diez años, y algunas naciones como la Argentina, la República Dominicana y Rumania, establecen formalidades o restricciones especiales para reconocer al autor el derecho de traducción, mientras en la ley mejicana de 1947 se conceptúa como de dominio público la traducción cuando el titular no la ha llevado a cabo en el perentorio término de tres años. Ejemplos de cómo con harta frecuencia el noble propósito de favorecer la cultura, conduce a injustificables abusos, de los que en perjuicio de los autores suelen beneficiarse comerciantes desaprensivos. Pues si es defendible y quizás respetable la postura del especialista mejicano Ldo. Fernández del Castillo, de considerar que los países de débil población y organización política reciente necesitan recurrir a la vasta documentación extranjera por medio de traducciones, cuyos ejemplares alcanzan en su país precios prohibitivos por exceso de intermediarios, y el experto argentino Sr. Mendilaharsu hace resaltar que en su patria donde el 80 por 100 de las obras publicadas son traducciones, las gestiones para obtener los permisos son tan difíciles como costosas, creemos que pueden ha-

larse soluciones al par favorables y equitativas. Tal es la que se ha esbozado por el Comité de Expertos reunido en la U.N.E.S.C.O. del 4 al 9 de julio de 1949, consistente en que sin limitar las posibilidades de traducción, se garanticen a la vez el derecho de los autores originales a una legítima compensación y la integridad de la obra. Pues hay que tener en cuenta que la libertad absoluta de disposición de obras extranjeras se presta asimismo a traducciones poco escrupulosas, que más que favorecer, desvirtúan y perjudican la cultura.

Pueden considerarse también como medidas en favor del interés público y la cultura, las garantías que sobre la paternidad e integridad de la obra se otorgan de modo concreto como derecho moral en el artículo 6 bis de Bruselas, con carácter inalienable, y en el XI de Washington, permitiendo su cesión. En las diversas legislaciones nacionales reviste la forma de prohibiciones de modificar, alterar o mutilar las obras; presentarlas en forma inadecuada; transferir a un tercero sin la debida garantía derechos concedidos por el autor; cambiar o tergiversar el título, variar u omitir el nombre del autor, etc. En estos casos no se limitan las facultades del autor, sino las del usuario, a fin de que al público no se le ofrezcan versiones equivocadas, falsas o incompletas. En algunos países se otorga a organismos capacitados y competentes la misión de velar por el derecho moral del dominio público, que en realidad constituye el acervo intelectual de la Nación.

\* \* \*

8. En el vigente derecho positivo, tanto internacional como nacional, se puede, pues, decir que la preocupación por el interés público y la cultura había pasado a segundo término, limitándose a establecer en su favor ciertas restricciones a las facultades del autor o de los usuarios.

Mas el problema del derecho de autor en su relación con esos otros dos elementos esenciales ha vuelto a plantearse, y ahora con la máxima amplitud y universalidad, adquiriendo actualidad nueva y palpitante, merced a uno de los más ufancos y modernos organismos internacionales: la *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization*, mejor conocida por sus siglas: U.N.E.S.C.O. Al fundarse ésta en la Conferencia de Londres de las Naciones Unidas del 1 al 16 de noviembre de 1945, se definen en su acta constitucional de modo inequívoco sus esenciales funciones en los siguientes términos:

«La Organización:

a) favorece el conocimiento y la comprensión mutua de las naciones, prestando su concurso a los órganos de información de las masas; recomienda a este efecto aquellos acuerdos internacionales que juzga útiles para facilitar la libre circulación de las ideas por la palabra y por la imagen;

b) imprime una impulsión vigorosa a la educación popular y a la difusión de la cultura :

c) ayuda al mantenimiento, al progreso y a la difusión del «saber.»

Y tomando por bandera de su intensa propaganda los ya populares «slogans» *free flow of culture* y *free flow of information*, comienza a extender sus múltiples y dilatadísimas actividades a todos los órdenes, sectores y aspectos de la vida intelectual, creando cuantas Secciones estima preciso para ello. Aunque en el *Rapport* del Director General a la última Conferencia de Florencia, se comienza por declarar que desde los trabajos de la Comisión preparatoria de Londres, en noviembre de 1945, la U.N.E.S.C.O. había incluido entre sus tareas fundamentales el cuidado de poner a punto el problema de la protección literaria, artística y científica, tanto por la misión educativa y cultural que le habían confiado los Estados fundadores como por considerarse heredera moral del Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, la realidad es que hasta la primera Conferencia celebrada en París el 19 de noviembre de 1946, no se creyó obligada a intervenir en la materia, estableciendo entonces un Grupo de Trabajo de «Derecho de Autor». Y ello, sin duda, porque se dió rápida cuenta de la imposibilidad de avanzar por ninguna de las rutas emprendidas sin tropezar inmediatamente con las cuestiones que el derecho de autor plantea.

La U.N.E.S.C.O. se encontró en una situación análoga a la de los redactores de la Constitución norteamericana, al pretender compaginar esa libérrima expansión de las creaciones intelectuales, por la que propugna, con los derechos de los autores hoy día reconocidos y sancionados unánimemente. Estamos convencidos de que, en un principio, con esa acometividad que le caracteriza y que le facilitan su fuerza oficial y sus cuantiosos medios económicos, su deseo hubiera sido adscribirse por completo la orientación y organización internacionales del derecho de autor para plantear y resolver a su gusto el problema. Pero existían ya organismos, también oficiales e internacionales, competentes y acreditados por larga práctica y experiencia, y el momento no era propicio para manifestar ambiciones excesivas. Pues coincidía con la intensa labor de la Unión Panamericana en vísperas de la Conferencia de Washington y con los activos trabajos de la Unión de Berna de acuerdo con el Gobierno belga en preparación de la revisión de Bruselas, que aun no se sabía si había de coincidir con la proyectada Conferencia universal en busca del Estatuto único. No convenía a sus propósitos despertar muy justificadas suspicacias, que así y todo no pudo evitar. Por ello, aunque ya se señaló como finalidad tomar la iniciativa de una convención universal—lo que le ha facilitado el no haberse abordado en Bruselas en 1948—se limitó de momento a encargar a su Secretaría que enviase un cuestionario a los diferentes países, para realizar una especie de tanteo. Las respuestas fue-

ron tan escasas, que en 25 de julio de 1947 creen oportuno contratar al Dr. François Hepp, acreditado especialista francés, como experto consultivo, con la doble finalidad de recordar a los países que no habían contestado, el gran interés de la U.N.E.S.C.O. por conocer sus opiniones y de preparar la convocatoria de un Comité provisional y reducido de expertos para que aconsejasen a la Secretaría el camino a seguir.

Del 15 al 20 de septiembre de 1947 tuvo lugar tal reunión, a la que se sometieron tres cuestiones concretas: 1. Sentido de la acción que debía emprenderse en materia de derecho de autor y primeras medidas prácticas que debían tomarse; 2. Oportunidad y modalidades de participación de la U.N.E.S.C.O. en Conferencias internacionales, especialmente en la prevista para la revisión de Berna, y 3. Método a seguir para establecer un proyecto de convención universal. El Comité aconsejó que de momento no se preparase ningún texto de convención universal y que, en cambio, se iniciasen una serie de consultas y trabajos preparatorios que creía imprescindibles como previos, creando a tal fin una Sección especial de derecho de autor dentro de la Secretaría y publicando un boletín. Aprobada la propuesta por la segunda Conferencia de Méjico de noviembre de 1947, la U.N.E.S.C.O. establece una División de derecho de autor, de la que es nombrado jefe el doctor Hepp, y emprende, con el empuje y obstinación en ella peculiares, los trabajos previstos, que el Director calculaba tener terminados dentro de 1948, a fin de poder abordar en 1949 la adopción del Estatuto universal.

Por no dilatar este ya largo estudio, prescindiremos de seguir en detalle, a pesar del interés que ofrece, la enorme actividad desarrollada por la U.N.E.S.C.O. desde esa fecha. Bástenos consignar que próximo a terminar 1950, y después de una nueva reunión ampliada de expertos, reunida en París del 4 al 9 de julio de 1949, en la quinta Conferencia, celebrada en Florencia en mayo pasado, se reconoce que lo menos hasta la sexta reunión de la Conferencia general, no podrán tomarse decisiones definitivas, pues queda todavía mucho trabajo por realizar, aunque ya se ha reunido una importante documentación universal—algo incompleta por no poder participar ni oficial ni privadamente en las tareas personas pertenecientes a naciones no miembros de la U.N.E.S.C.O., entre ellas España—, y se han iniciado estudios muy profundos de legislación comparada, estando prevista para octubre una nueva reunión del Comité de Expertos en Wáshington.

Mas lo que sí incumbe a nuestro propósito es señalar la clara e indiscutible evolución que durante este período ha acusado la U.N.E.S.C.O. en cuanto a la ponderación y valoración de los tres factores: derechos del autor, cultura e interés público, este último presentado por ella como necesidad de difusión de la información y de las ideas.

Sería inútil pretender disimular que en un principio, obsesio-



nados más que preocupados por facilitar a toda costa esa libérrima circulación y difusión de las ideas que consideran como la nueva panacea libertadora y pacificadora del mundo, la U.N.E.S.C.O. se hallaba dispuesta a sacrificar a ella los más sagrados derechos y los más legítimos intereses. El propio François Hepp, que tan inteligente como hábil, comprendió la impopularidad y enemiga que una actitud semejante acarrearía, y desde el principio pretendió presentar en primer término la protección a los autores como imprescindible y ventajosa, no puede ocultar tan peligrosa orientación. En su *Rapport* de introducción al Comité de Expertos, fechado el 10 de septiembre de 1947, comienza sentando la base de que la U.N.E.S.C.O. ha decidido estudiar la cuestión de una Convención universal. Y haciendo honor a los trabajos anteriormente realizados, a los que hemos hecho referencia, cree, sin embargo, que la U. N. E. S. C. O. aporta un elemento nuevo, "que ha podido, de primer momento, sorprender a algunos y desorientar a los espíritus que buscan continuar el pasado en su rutina, sin encontrar en las grandes transformaciones del mundo nuevas ocasiones de éxito". "A la noción puramente estática y reivindicatoria del derecho de autor, que no ve en la legislación más que un medio de defender al creador intelectual contra injustos atentados y de permitirle conservar egoístamente sus derechos, la U.N.E.S.C.O. sustituye la noción dinámica y finalista de difundir entre todos los pueblos el saber humano.» Y estima que vistos desde tal ángulo y en ese plano superior a mezquinos conflictos, «los derechos de los autores se convierten en legítimos privilegios justificados por el servicio espiritual que rinden a la humanidad». Por donde vemos que ese pretendido nuevo elemento de que tan orgullosa se muestra la U.N.E.S.C.O. no hace sino reproducir las ideas y casi las palabras de los primeros legisladores norteamericanos. E igual que los redactores de la *Copyright law* de 1909, pretendían convencerse a sí mismos de que la concesión a los autores de derechos exclusivos en términos y condiciones adecuadas, más que perjudicar favorecía al interés público, el Dr. Hepp procura también tranquilizarse y tranquilizarnos—no en balde se ha formado espiritual y jurídicamente dentro de la orientación latina—, diciendo que si los derechos de los autores se encuentran así limitados en sus excesos, hallan, por el contrario, una confirmación y una estabilidad inquebrantables. Mas esa confirmación debe ser mundial, pues todos los pueblos que se aprovechan del trabajo intelectual, se ven obligados, en su propio interés, a reconocerlos y defenderlos de la misma manera y con igual vigor. Por eso la U.N.E.S.C.O. considera imprescindible la Convención universal que se fija como meta. Y, siempre haciendo alarde de respetar y compaginar todos los intereses en juego, ve en ella la panacea universal que a la par que protegería definitivamente a los autores, serviría de garantía a las indispensables actividades de editores y empresarios, quienes también tienen derecho a salvaguardar sus intereses, que

si en muchos casos se han mostrado abusivos y acaparadores, también con frecuencia han sido injustamente desconocidos, y, como último resultado, beneficiaría al público, verdadero destinatario de las obras del espíritu, el cual, con el Estatuto universal se aseguraría, haciendo reinar una justicia y un orden vivientes, los beneficios de la cultura y las alegrías del espíritu.

Pero a continuación de cuadro tan alentador y confortable, y felicitándose por ello, el Dr. Hepp habla de las valiosas sugerencias aportadas por las diversas Secciones de la U.N.E.S.C.O., cuyas actividades se interesan, de cerca o de lejos, por los problemas de la propiedad intelectual. Y no puede por menos de reconocer que en la mayoría de los casos consisten en objeciones a la protección legal de los autores, que con harta frecuencia les parecen irritantes cuando no insoportables trabas, susceptibles de retrasar sus «generosas ansias de derramar a manos llenas sobre todos los pueblos del mundo los beneficios de la educación, la ciencia y la cultura». Las Secciones someten casos particulares y complejos, cuyo interés nace de responder exactamente a las necesidades concretas y cotidianas de la vida real. Y es precisamente la solución de tales casos particulares lo que desean «los organismos civilizadores y quienes se desviven por el éxito de su gestión». La aportación de las Secciones resulta así más bien de naturaleza crítica. Mas para el Dr. Hepp presenta por ello aun mayor interés. Pues a su juicio, en el estudio del derecho de autor, y sobre todo del derecho de autor internacional, han prevalecido preocupaciones teóricas y puramente escolásticas, cuando muchos de los problemas que retardan el progreso legislativo y el acuerdo universal, son de orden exclusivamente práctico. Y se le antoja que la disciplina que las exigencias de la U.N.E.S.C.O. impondrá a la División del derecho de autor, será infinitamente beneficiosa y susceptible de abrir vía de solución a conflictos que hasta el presente parecían irreductibles.

No es de extrañar que tales manifestaciones produjesen justificada alarma en todos los organismos que por el derecho de autor se interesan. Pues a pesar de los óptimos frutos ofrecidos, se traslucía la intención de supeditar al sonoro *free flow* las ventajas que en un siglo habían logrado los creadores intelectuales, pretendiendo justificarlo con caprichosos razonamientos de la más extremista cepa anglosajona. Tanto más cuanto en la Segunda Conferencia de Méjico se había incluido la materia en el Capítulo II del programa, «Vías de difusión de las ideas», considerando que los derechos de autor representan un obstáculo a su libre circulación. Felizmente el Grupo de Trabajo logró que la Propiedad Intelectual pasase al Capítulo I, referente a «La Cultura», y creyó que el mejor sistema para eliminar las barreras que obstaculizan el intercambio intelectual, era la expansión progresiva de la protección a las obras del espíritu. El cubano Dr. Chediack, que redactó el informe, convencido de que es indispensable que el autor

pueda vivir de su producción, cosa imposible hoy en el ámbito todavía reducido de la mayoría de los pueblos americanos, veía en la difusión de las obras no sólo la irradiación de la cultura, sino la ampliación de los mercados de consumo intelectual y el ensanchamiento de la base de sustentación de la actividad creadora.

Se restableció así un poco el equilibrio, y como a la vez se aceptaron las recomendaciones del Comité de Expertos, los trabajos para 1948 se orientan en un sentido más ecléctico. Pues partiendo de que «la U.N.E.S.C.O. debe con toda urgencia, y teniendo en cuenta las convenciones existentes, tomar en consideración el problema del perfeccionamiento universal del Derecho de Autor», se le encomienda un estudio comparativo y crítico de los problemas que éste plantea y de las condiciones en que los resuelven en y entre los diversos países, «inspirándose en la necesidad de promover el respeto universal a la justicia y de extender el imperio de la ley y de las libertades esenciales para todos». Lo que hace necesario «velar porque tales estudios se efectúen teniendo muy cuidadosamente en cuenta los derechos y necesidades en los diferentes países, de los autores, de los editores, de los trabajadores y del público, en su sentido más amplio, y porque la U.N.E.S.C.O. invite a participar en sus trabajos a los representantes de todos esos grupos». Si de momento el peligro inminente se había conjurado con esta fórmula, tampoco resultaba en exceso tranquilizadora. Pues a la concepción quizás excesivamente teórica del derecho de autor, como emanado de la creación misma y con carácter natural, pretendiendo darle cierta flexibilidad en favor del interés público y de la cultura, sustituía otro concepto más materialista que realista, de considerarlo únicamente como una simple pugna de necesidades e intereses de diversos sectores sociales, entre los que el autor tan sólo representa uno más.

Se abría así la posibilidad de que se iniciase una nueva era de lucha encarnizada entre elementos contrapuestos que, por si fuera poco, eran llamados a intervenir, no desde fuera como hasta ahora, sino interna y directamente en la proyectada reglamentación universal del Derecho de autor, el cual, ya reconocido por leyes nacionales e internacionales como incuestionable y fundamentado, podía volver a discutirse planteando otra vez el dilema de si se trataba de un primario derecho de orden natural—como nosotros estimamos—o por el contrario de una mera concesión o privilegio, según muchos defienden todavía en Inglaterra y Estados Unidos.

Mas un acontecimiento ajeno a la U.N.E.S.C.O., pero emanado precisamente de su Organismo superior, las Naciones Unidas, vino providencialmente a aclarar la situación y creemos que a dejar planteado el Derecho de autor en su auténtica, jurídica y equitativa esencia. En la Tercera Asamblea General de la ONU, celebrada en París en diciembre de 1948, se adoptó la Declaración

Universal de los Derechos del Hombre, que según sus propios redactores no sólo constituye una solemne profesión de fe colectiva en el preeminente valor de la personalidad humana, sino que desde el punto de vista jurídico concede explícitamente una carta positiva a ciertos derechos que hasta entonces sólo reconocía una ley moral profunda y fuertemente anclada en el corazón de los hombres civilizados, pero cuyas exigencias no precisaban ningún texto positivo y formal.

Y entre esos derechos reconocidos como fundamentales se consagra con carácter internacional el derecho de autor en el artículo 27, que dice textualmente:

«1. Toda persona tiene el derecho de tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de gozar de las artes y de participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Cada uno tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales emanados de toda producción científica, literaria o artística de la que sea autor.»

Para apreciar mejor la importancia y trascendencia de este artículo, haremos breve referencia a la historia de su adopción. El primer párrafo fué aceptado sin oposición ninguna; el segundo, en cambio, provocó una acalorada discusión, de tal suerte, que en primera lectura sólo alcanzó 16 votos contra 13 y 10 abstenciones, aunque al votarse el conjunto del artículo fué aprobado por 36 votos contra 0 y 12 abstenciones, entre las que figuran Rusia y sus países satélites y algunos pueblos árabes y asiáticos.

En el primer proyecto presentado a la Asamblea, no figuraba más que el apartado 1). Era la consagración jurídica mundial del interés público y la cultura, reflejo, más que de la ideología de la U.N.E.S.C.O., de la concepción política y social norteamericana. Mas el haber podido aprobar aislado tal párrafo, haciendo caso omiso del derecho de autor, no sólo hubiera constituido el riesgo gravísimo de legitimar la supremacía del interés público y de la cultura sobre aquél, sino que hubiera representado una falta absoluta de lógica dentro del régimen de protección a los autores, adoptado por todos los países civilizados; pues los derechos que reconoce el apartado 2) son más que la contrapartida, el obligado y normal complemento de los afirmados en el párrafo 1). Por eso, con muy buen acuerdo, el problema del derecho a la cultura lo había planteado y resuelto la IX Conferencia Interamericana de Bogotá, en marzo de 1948, con la siguiente doble afirmación:

«Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a beneficiarse de las ventajas que procuran los progresos intelectuales y particularmente los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que resulten de las invenciones o de las obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor.»

Resulta extraño que este segundo párrafo no acompañase al primero en el proyecto de la ONU. Mas tal omisión, que al parecer no fué involuntaria, también tiene su historia. Al discutirse el proyecto de texto en Lake Success, en junio de 1948, la Delegación francesa propuso que el artículo en cuestión (entonces con el número 42) fuese completado por un reconocimiento expreso del derecho moral del autor y del inventor, en la siguiente forma:

«El autor de toda obra artística, literaria o científica y el inventor, conservan, independientemente de los rendimientos legítimos de su trabajo, un derecho moral sobre su obra o descubrimiento, derecho que no desaparece ni siquiera cuando la obra cae en el patrimonio común de todos los hombres.»

El Comité de Redacción, único convocado y compuesto por ocho miembros de la Comisión de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, rechazó este texto, atacado con toda energía por los Estados Unidos, por considerar que el derecho de autor se halla protegido por convenios que sólo interesan a una débil minoría, y que el derecho moral, mal definido aún en muchos países, no interesa a la opinión pública. Por razones análogas, había sido ya rechazado este texto por el grupo de trabajo, y en sesión plenaria, cuando la Delegación francesa lo había presentado en Ginebra en 1947, y tampoco había obtenido mejor fortuna el texto modificado que presentó en abril de 1948 y que decía:

«El autor de toda obra del espíritu y el inventor permanecen investidos, independientemente de los derechos de orden pecuniario, de un derecho moral sobre su obra o su descubrimiento, que sobrevive a la extinción de los derechos pecuniarios.»

La obstinación de la Delegación francesa en tal defensa del derecho moral, estuvo, pues, a punto de determinar que el artículo 27 sólo constase de un párrafo, con lo cual el derecho de autor no hubiese figurado en la declaración de Derechos del Hombre. Ya que el apartado 2) aprobado, que, como vemos, es reproducción casi exacta del de Bogotá, aunque eliminándose lo referente a los inventores—el Reino Unido no quiere mezclar la Propiedad Industrial con la Intelectual—, hubo de ser presentado directamente y a última hora ante la Asamblea General en calidad de enmienda, por la Delegación francesa. Fué sobre ese texto, apoyado por las Delegaciones cubana y mejicana, sobre el que se estableció la discusión, en la que de primer momento opinaron en contra varios países de los que tienen desde antiguo reconocido y protegido el derecho de autor. Pues, aun aceptando el principio, estimaban que no era su lugar, bien por creer como Inglaterra que el derecho de autor aunque es objeto de legislación y convenciones especiales, no constituye un derecho fundamental del hombre; bien por considerar, como la señora Roosevelt, que no era necesario incluirlo en el artículo 27, puesto que el 15, ya aprobado, consagraba la propiedad en general, de la que la intelectual constituye uno de sus aspectos: bien por el temor, que particularmen-

te la Delegación americana manifestaba de que la mención de «intereses morales» diese lugar a abusos a que so pretexto del derecho moral habían ya llegado en algunos casos autores poco escrupulosos.

Mas, felizmente, los razonamientos favorables resultaron más poderosos y el derecho de autor fué consagrado entre los fundamentales e inalienables, cuyo reconocimiento, como inherentes a la dignidad de los miembros de la familia humana, constituye la más sólida base «de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo».

No se hicieron esperar los saludables efectos de tal reconocimiento. La U.N.E.S.C.O. se apresura a cambiar abiertamente de rumbo. Abandona el aire de suficiencia de un principio, y, con modestia declara que no es su intención entregarse a un estudio teórico, ni tampoco pretende modificar leyes internas, tratados en vigor ni las grandes convenciones internacionales: y aún menos crear un instrumento susceptible de reemplazar a esas leyes, tratados o convenciones, ni de alterar siquiera su contenido. Su único propósito es poner a punto, bajo una forma cualquiera, un *modus vivendi* universal que asegure, en el pleno respeto de los usos nacionales e internacionales, de una parte, y de otra parte, de los intereses legítimos de autores, público y las diversas industrias de difusión, así como de la cultura en general, la libre circulación de informaciones, ideas y obras. Ya que su misión no es otra que en toda la medida de lo posible lograr se ponga en aplicación práctica el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, estudiando los medios concretos para conseguirlo. A la vez, en contraste con su altiva independencia de antaño, busca el acercamiento y la colaboración de todos los organismos y entidades que con el derecho de autor se relacionan, en el deseo de conocer y respetar todo lo existente.

Y aunque su tono sigue siendo grandilocuente, no se habla ya de privilegios en compensación para los autores, ni se temen los excesos de éstos. Ahora se les sitúa en primer término, anteponiéndolos a las sucesivas categorías de intereses, que, quizás por conservar simpatías, no se deciden a omitir. Sirvan de ejemplo al nuevo estilo algunos párrafos del mensaje del Director General al Comité de Expertos reunido en 1949:

«Es una gran obra la que ensayamos de emprender con vuestra preciosa colaboración. En un mundo inquieto y desgarrado, aún sangrante por las heridas de la más dramática prueba, nuestro papel es dar confianza a los pueblos y restituir al espíritu—al espíritu clarividente, leal y desinteresado—la primacía que estuvo en gran peligro de perder bajo el empuje de las pasiones y las ideologías partidistas. Creemos que el pensamiento, este pensamiento que puede ser pacificador y bienhechor, recobre sus derechos... y pase sobre el mundo entero como una corriente de aire puro, que ninguna intención maligna ni ningún interés sórdido sean capaces de detener... He aquí los dos términos del problema sobre

el que llamo con insistencia vuestra atención: el pensamiento debe difundirse, mas tal difusión, lejos de perjudicar a sus servidores debe, por el contrario, facilitar su misión. Os pido que tengáis sin cesar delante de los ojos, no sólo a un mundo ávido de cultura, enamorado de un pensamiento que se ha hecho fraternal, sino también a los creadores intelectuales con frecuencia pobres, como consumidos por su vocación, consagrando al servicio de nuestra ciencia y de nuestras alegrías estéticas, una existencia a veces oscura y aun necesitada... Sin una base jurídica sólida, el derecho de autor, el más inmaterial sin duda de todos los derechos, se desvanecería por la superposición de intereses contrarios, en perfecto conflicto, y podríamos llegar, sin duda, a los períodos, que se querrían alejados por siempre, en que el autor era un esclavo de la potencia material o del dinero y donde nada garantizaba su independencia personal ni la libertad de su pensamiento.»

No creemos que sea necesario continuar para poner en evidencia que ya los derechos morales y materiales de los autores, por los que se aboga, no se supeditan a ningún otro que se repunte superior, mas en plano de igualdad se coordinan con los del interés público y la cultura. Y en ese justo equilibrio, sí puede hallarse la base de una mundial comprensión e inteligencia. Porque al sancionar unidos por primera vez como derechos esenciales e indiscutibles el del creador intelectual sobre los beneficios de su obra y el que todos tenemos a participar de la cultura, del arte y de la ciencia, el derecho de autor se sitúa en su verdadero y justo plano y se enfoca el complejo fenómeno de la creación intelectual en su total aspecto filosófico, social y realista de medio de comunicación espiritual entre los hombres. Pues toda producción del ingenio no es sino un proceso de lenguaje en el que el autor es sujeto activo y el público sujeto pasivo, y ambos necesarios e imprescindibles. Fuera vano empeño realizar una obra ininteligible para los demás, como lo sería pretender enterarse de lo que nadie nos expone o dice. Por eso, yerran por igual quienes con exagerados exclusivismos creen que el problema de la propiedad intelectual se resuelve con cuidarse exclusivamente del autor, como los que suponen que basta con preocuparse del interés público.

Toda producción científica, literaria o artística establece un diálogo infinito y eterno, en el cual si quien se expresa no conoce a su interlocutor, ni puede escuchar sus respuestas, sabe, en cambio, a ciencia cierta que sus ideas han de hallar eco en otras mentes y establecer una relación espiritual, no por distante y desconocida menos cordial e íntima, con quien es capaz de captarlas, apreciarlas y sentir las. Y es criterio estrecho juzgar que la difusión y progreso de la cultura sólo responde al interés del público, cuando interesa por igual o más al autor culto, que así ensancha el número de personas capacitadas para comprenderle y estimarle. Como resulta vana quimera querer presentar como términos opuestos y antagónicos los intereses y derechos de los autores y del

público y pretender decidir cuáles deben sobreponerse por ser más sagrados y respetables. Pues en realidad no se trata de derechos distintos, sino que son unos y los mismos en su doble aspecto activo y pasivo. Y así, por muchos que sean los derechos y prerrogativas concedidos a los autores, éstos jamás los utilizarán personalmente en perjuicio del público que desean sea cada vez más numeroso, culto y comprensivo y cuyo aplauso y admiración constituye la aspiración máxima del que crea. Como tampoco hay que temer que el público intente atacar o menoscabar los derechos de los autores, pues respeta y ama a los que conoce y comprende, y jamás escatima su legítima recompensa. Si se hace necesario amparar y salvaguardar, tanto el derecho de autor como el derecho a la cultura—facetas complementarias de un todo indivisible—es sólo contra los intermediarios, hoy tan imprescindibles como divergentes, para esa comunicación espiritual, que si por fortuna en la mayoría de los casos se limitan a obtener su también legítimo rendimiento, comprendiendo que autores y público merecen parigual respeto, hay que evitar que por desmedido afán de lucro, puedan caer en la tentación de sacrificar a uno u otros.

Sobre esta base incommovible, que abona la propia naturaleza humana, tenemos la fe y abrigamos la esperanza de que no ha de tardarse en llegar a un acuerdo completo y universal sobre el uniforme reconocimiento del derecho de autor, para conseguir que la fraternal inteligencia de todos los hombres convierta en ecuménica realidad el bello sueño, que los inspirados fundadores del gran Estado norteamericano enunciaron como supremo «derecho a buscar la felicidad», al que los hombres de buena voluntad podrían elevar a la efectiva felicidad de hallarla.



# Soluciones extrajudiciales de conflictos intersubjetivos

CARMELO DE DIEGO LORA  
Juez de Primera Instancia

## *Planteamiento.*

«El Derecho necesita siempre, en todos los tiempos y latitudes, de la ayuda de la fuerza. Cuando la fuerza es asumida por el Estado, al monopolizar éste toda forma de violencia ejecutiva legal, aquella violencia no se nos presenta ya como violencia propiamente dicha, sino como coacción organizada. Así, pues, la guerra va perdiendo sus características de tal y se llama coacción autoritaria a medida que el Estado va absorbiendo la práctica de la actuación violenta del Derecho y excluyendo de ella a los particulares. Entre un proceso y una guerra la diferencia estriba, pues, en el grado de organización: un proceso, en el fondo, no es más que una guerra bien organizada.»

Leyendo este pasaje de Alvaro D'Ors (1) me fué sugerida la idea de que el proceso, sí, efectivamente, es una guerra bien organizada, una guerra incruenta si se quiere, pero con una fundamental diferencia: en la guerra vencerá el más fuerte o el más hábil, difícilmente quien pretenda la observancia de un orden justo. En el proceso, en cambio, el triunfo será del Derecho. Porque interviene una autoridad, situada por encima de las partes contendientes, con un interés—el de la justicia—muy superior a intereses particulares.

Pero el proceso, al igual que la guerra, será siempre el último recurso del que, por hallarse ante un conflicto, tenga que ser combatiente. Antes se procurará alcanzar una solución de amistad, el acuerdo.

Esto explica cómo no siempre la Ley es celosa de su observancia, sino que deja abierto un amplio cauce a la iniciativa particular. Es verdad que cuando se impone la normación procesal, ésta exige una total sumisión, pero no es menos cierto que para

---

(1) ALVARO D'ORS, *Tres temas de la guerra antigua*. Arbor, núm. 20, página 163.

la legislación de un pueblo—y hablamos siempre dentro del derecho privado—no es lo más importante el rigor de su observancia, que nos conduciría a un fariseísmo legal. Lo que más importa es la conservación del orden justo, y los más interesados en el orden de la justicia conmutativa, en las relaciones interpartes, serán los mismos sujetos de esas relaciones.

Únicamente en los casos de desavenencias irreductibles será cuando la Ley adquiera ese rigor impositivo, y, con todo, esta vigencia no se produce sino a través de un impulso de la voluntad privada. De esta manera, resulta que el orden jurídico material, en presencia de conflictos intersubjetivos, no tendrá aplicación coercitiva mientras no adquiera el vigor que el orden jurídico procesal le concreta. Si observamos que este orden instrumental no encuentra otra razón motora, en su origen, que la voluntad privada, podemos concluir que, en el ámbito del derecho privado, es la voluntad del particular la primera regla de actuación.

Mientras no sean rotos los límites de actuación que la Ley, por diversas razones, generalmente de moralidad, impone, la autonomía de la voluntad es la primera fuente para la resolución de los conflictos de derechos. El proceso vendrá a llenar, en estos casos, el papel de una institución de segundo grado, en situación de reserva, preparada por el Estado para restablecer el orden de su justicia conmutativa, cuando los particulares, al acudir a la vía procesal, se confiesan impotentes para resolver por sí mismos sus diferencias.

Se hace necesario, ante lo dicho, mirar con recelo a los que, exagerando la importancia de la jurisdicción y del derecho procesal, intentan negar a los particulares sus primitivos derechos de resolver por sí mismos sus diferencias; de los que tratan que la única actividad resolutoria de conflictos intersubjetivos se acapare por el Estado haciéndonos feudatarios de su justicia, y olvidando que es la paz antes que la guerra, y que los órganos del Estado con mayor interés para que se salve la justicia conmutativa, son los propios ciudadanos que, portadores de los derechos, sabrán marcar, en cada momento, con su resistencia al acuerdo, los diversos grados de aproximación o acercamiento a la justicia, hasta la renuncia de todo intento de solución pacífica por acudir a la solución bélica que entraña el proceso.

Nuestro ordenamiento legal responde a estas ideas, cuando admite, en su articulado, un conjunto de instituciones de índole privada que, fuera, por encima y, a veces, en contra del proceso, permiten y encuentran solución a los conflictos intersubjetivos, en muchas ocasiones de manera irrevocable.

Como medios solucionadores de conflictos intersubjetivos, han de considerarse instrumentos, y de instrumental habrá de ser calificado su derecho regulador. Sin embargo, a veces, aparece tal identificación entre el medio solucionador y la solución misma, que

componen una sola institución jurídica, como ocurre con la transacción, siempre calificada de derecho material.

El instrumento, otras veces, puede guardar una mayor analogía con el proceso—así ocurre en el arbitraje—por lo que se llega incluso al error de encajar, como hace nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, en la categoría de normas procesales, las que lo disciplinan. Sistemática cierta si se tratara de un código instrumental y no exclusivamente procesal.

Interesado el Estado en que se observe un orden justo, no extraña ver cómo estas instituciones, muchas veces, suelen conducir a la inaplicación de las normas materiales. Ocurre, por ejemplo, en la transacción que no sólo impedirá la observancia de una ley procesal determinada, sino que generalmente dejará inaplicadas leyes materiales, pues nada se opone a que las partes, de común acuerdo, convengan en una normación distinta a la contenida en los preceptos del derecho material positivo.

Igual ocurre en el compromiso cuando es del tipo, denominado por nuestro legislador, de amigable composición, en el que queda reducida a un mínimo la exigencia formal. En cambio, en el arbitraje, por su carácter técnico, ha de observarse el derecho material por los árbitros en su resolución. Y si bien las normas procesales quedan sin aplicación, existen unas normas rígidas de tipo instrumental, reguladas al margen, y paralelamente al proceso.

El que ante un conflicto jurídico privado brille una solución amistosa, no es algo consentido o simplemente autorizado por el legislador, sino muchas veces, querido, deseo expreso de su voluntad, sin exigir presuntos respetos al derecho material, abriendo con amplitud a las partes los cauces de una libre solución convencional, exhortando y recomendándoles un arreglo, procurándose-lo. Este interés de la Ley se percibe con claridad con la sola lectura de los artículos 460, 462, párrafo primero, y 471, párrafo quinto de la Ley de Enjuiciamiento civil, y, en general, de todos los que regulan el acto de conciliación.

Además, el proceso ya nacido, en pleno desarrollo, próximo a que los preceptos de índole material alcancen una plenitud de efectos a través de la sentencia firme, puede quedar paralizado, o estéril, porque las partes lleguen a un acuerdo suspensivo, con el consiguiente perjuicio que ello puede irrogar a la justicia propugnada por la Ley, o a un convenio extintivo, bien sea por virtud de acuerdo plurilateral, mediante la llamada transacción procesal, bien por la decisión de una de las partes litigantes, la actora, en virtud de la renuncia de su acción.

A la transacción procesal se refieren expresamente los artículos 1.809 y 1.816 del Código civil. Y no sólo afectará a un proceso en el que no ha sido pronunciada sentencia, sino también sobre el que habiendo recaído sentencia, aun no adquirió firmeza por estar pendiente de recurso. Todavía más: las voluntades conformes de las partes pueden derogar los efectos de una sentencia firme y de-

finitiva. Si el artículo 1.819 del Código civil permite se rescinda la transacción cuando alguna de las partes interesadas ignorase la existencia de la sentencia firme, a sensu contrario, si dichas partes conocen dicha sentencia, y transigen, el negocio jurídico tendrá pleno valor.

Expresa referencia a la suspensión del proceso encontramos en el artículo 1.º del Real decreto de 2 de abril de 1924. Careciéndose de precepto alguno expreso relativo a la renuncia de la acción, su posibilidad está admitida por la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de España, de 5 de diciembre de 1891 y 21 de diciembre de 1927) cuando, contestada la demanda, el actor, unilateralmente, desiste de su pretensión.

El allanamiento también entraña renuncia e inaplicación parcial del derecho material. Mencionado únicamente en el artículo 1.541 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el precepto oculta cuáles sean sus efectos materiales. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha cuidado definirlos, sentando que los Tribunales (sentencia de 11 de mayo de 1904) habrán de fallar de acuerdo con las peticiones concordantes de las partes, y son tachadas de incongruentes (sentencias de 29 de febrero de 1888, 16 de septiembre de 1889 y 18 de abril de 1901) las sentencias absolviendo al demandado que se allanó a la demanda.

Dependiente de las voluntades de las partes, aunque imponiéndose sobre ellas, la institución de la caducidad de la instancia. Se ha dicho por Guasp (2), que la expresión «se tendrán por abandonadas las instancias» del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es una desafortunada traducción de la fórmula «el proceso se extinguirá», aunque reconoce existir procesos que no caducan como los de ejecución y otros a los que se puede aplicar la caducidad en algunas de sus partes.

La caducidad de la instancia, cuando la sentencia está pendiente de recurso, trae consigo su firmeza. Si el proceso se encuentra en primera instancia, se produce su extinción (artículos 441, párrafo 2.º y 414 de la Ley de Enjuiciamiento civil). Las normas de derecho material quedarán inaplicadas a esta hipótesis particular, y, de una manera definitiva, si a la caducidad de la instancia se une la prescripción del derecho que sirvió de base a la pretensión (artículo 419 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Procedamos a un estudio separado de cada una de estas instituciones:

### *La transacción.*

Se ha dicho que «la transacción aborda el campo simplemente contractual y penetra en algunos aspectos en el jurisdiccional y aun en el normativo» (3).

(2) JAIME GUASP. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, M. Aguilar, Madrid, 1943, tomo I, págs. 1121 y 1136.

(3) JOSÉ M.ª DE SANABUJA. *Consideraciones sobre la naturaliza del con-*

En efecto, por un acuerdo de voluntades se resuelve un conflicto jurídico sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

En la transacción, como en todo contrato, se da un libre acuerdo de voluntades. Sin embargo, si bien concurre esa libertad de juicio o deliberación, no se da de igual manera, la libertad de espontaneidad, puesto que media como una coacción recíproca que impulsa a las partes en búsqueda de una solución. No es dudoso el carácter material de la transacción, tan distante del proceso. En éste se actúan pretensiones; en la transacción, las posibles pretensiones quedan abortadas por una renuncia común de acciones. Empero no toda transacción implica renuncia de pretensiones. Si éstas no tienen vida fuera del proceso, entendemos que se renunciarán en aquellas transacciones «que evitan la provocación de un pleito» (artículo 1.809 del Código civil). Por el contrario, si «ponen término al que había comenzado», esas transacciones entrañarán recíproca renuncia de pretensiones, y se denominarán transacciones procesales.

En ambos tipos, se da una renuncia de derechos—aunque de caracteres distintos—, pues como señaló la sentencia del Tribunal Supremo español, de 8 de mayo de 1920, en este contrato las partes mismas llegan a solucionar el conflicto abdicando de sus respectivos derechos.

A pesar de las diferencias características a ambas figuras de transacción, tanto en la procesal, como en la simple, señala Carnelutti (4), se da, ante todo, una transacción, es decir, «un contrato bilateral mediante el que cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica» (5). Y añade, más adelante, que «el mecanismo económico de la transacción reposa sobre la equivalencia entre el sacrificio menor o sacrificio cierto, y el beneficio mayor o sacrificio incierto: el *aliquid datum* es la prima que cada una de las partes paga para ponerse a cubierto contra el riesgo» (6).

Idéntico parecer mantiene Plaza (7), para quien es meramente accidental que la transacción refleje sus consecuencias en el proceso. De aquí que estime son iguales las notas características de la transacción procesal y de la extraprocesal.

Guasp, como Prieto Castro, utiliza la terminología transacción judicial. Para el primero, no son actos procesales más que los que se realizan dentro de un proceso, originando en él consecuencias inmediatas. No lo son, cuando verificándose fuera del proceso, los

---

trato de transacción y principales cuestiones que plantea, Revista de Derecho Privado, 1945, tomo XXIX, pág. 232.

(4) FRANCISCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha, Buenos Aires, 1944, tomo I, pág. 202.

(5) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 199.

(6) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 200.

(7) MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, vol. I, pág. 493.

efectos procesales que origina son de carácter mediato. Y afirma que la transacción judicial es «un negocio jurídico de carácter material, no procesal, aunque las partes traten sólo con ella de poner término al (pleito) que había comenzado (art. 1.809 del Código civil)» (8).

Ello no ocurre en el Derecho alemán, donde «la transacción procesal es al mismo tiempo contrato de derecho privado que cae dentro del parágrafo 779 del B. G. B. y convenio procesal que hace acabar la *litis pendencia* y que puede dar lugar a ejecución» (9). Por la transacción procesal quedan cumplidas las formas de documentación y legalización judicial o notarial exigidas en los negocios de derecho privado. Y es porque, como señala Guasp (10), en aquel derecho la transacción judicial se celebra ante el juez, haciéndose constar en el acto de la comparecencia, es decir, mediante actos procesales, mientras que, en el Derecho español, la transacción siempre se realiza extrajudicialmente, y lo que se aporta es la transacción ya celebrada y perfecta, para que produzca la extinción del proceso.

Una posición radicalmente distinta, basada quizás en la doctrina alemana apuntada, advertimos en Prieto Castro (11), que entiende que la transacción judicial, por su naturaleza, pertenece a la categoría de los actos procesales con efectos inmediatos sobre el derecho material.

Dado el carácter jurídico material de la transacción, nada menos acertado que la fórmula del artículo 1.816 del Código civil. El alcance de los términos del precepto legal ha sido debidamente dibujado por Guasp (12). En efecto, si existe alguna solución de un conflicto distinta a la que encarna la sentencia judicial, es el contrato de transacción. Es, precisamente, el antípoda de una decisión jurisdiccional, su exclusión, su negación misma. Hace imposible el actuar procesal. La vía directa jurídico material, abortó pretensiones, abolió el proceso en virtud del poder dispositivo de los particulares. De ahí la exigencia de quedar excluidas de la transacción aquellas materias sobre las que el poder de su titular carece de disposición, requiriéndose unas veces (artículos 1.810 y 1.812 del Código civil), formas y requisitos complementarios, otras, negándosele al sujeto de derecho (artículos 1.811, 1.813 y 1.814 del Código civil), la posibilidad de transigir por tratarse de materias excluidas de su disponibilidad jurídica.

Brillantemente Moxó Ruano (13) señala las diferencias sustan-

(8) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, pág. 168.

(9) JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro y adiciones de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Labor, S. A., Barcelona, 1936, pág. 379.

(10) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, nota a la pág. 168.

(11) LEONARDO PRIETO CASTRO, *Exposición del Derecho procesal civil de España*, Librería General, Zaragoza, 1944, tomo I, pág. 358.

(12) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, págs. 168 y 169.

(13) ANTONIO MOXÓ RUANO, *Notas sobre la naturaleza de la transacción*, Revista de Derecho Privado, Madrid, septiembre 1950, pág. 691.

ciales entre la cosa juzgada y la *exceptio transactionis*. Por ello, concluye afirmando el carácter jurídico material que contiene la transacción. No compartimos, en cambio, su opinión acerca de que la transacción sea un acto constitutivo. Entendemos que, en nuestro derecho, tanto la declaración de derechos como la constitución de estados jurídicos nuevos—igualmente una condena de dar o hacer—son contenidos específicos de las sentencias judiciales. Las pretensiones de las partes han provocado, del órgano jurisdiccional, que declare, constituya o condene. Mas si son las mismas partes interesadas las que resuelven sus diferencias, a través de un contrato de transacción, no cabe hablar de declaraciones, constituciones y condenas, porque éstos son pronunciamientos públicos de los órganos del Estado, por encima de la autonomía de la voluntad, imponiendo, a una voluntad rebelde al cumplimiento del precepto material, la voluntad de la Ley por medio de la fuerza coercitiva de la sentencia.

El mismo contenido de las sentencias declarativas, constitutivas y de condena, incluso en el campo de las relaciones privadas, gozan de una terminología propia, extraña a definiciones solemnes: se llamarán compraventas, pagos, préstamos, renunciaciones, resoluciones, etc. Y no por ello el negocio jurídico de transacción quedará reducido a mero instrumento de otros negocios de derecho material, sino que éstos pertenecerán a la esencia de la transacción en la medida que son comprendidos en ella.

Carnelutti (15), al estimar que la transacción compone un litigio, es de los autores que le otorgan un carácter dispositivo o declarativo, según el carácter de litigio compuesto. Negándole que sea una subespecie del negocio de accertamiento, establece una equivalencia entre la solución de un conflicto que entraña la transacción con la que impone la sentencia judicial. Entendemos que esta equivalencia sólo es posible en los casos de transacciones estrictamente procesales, sin que sea aplicable, no ya a la transacción simple, sino tan siquiera a la judicial de nuestro derecho. Si se verifica fuera del proceso y no tiene otro efecto que la extinción de éste, no puede haber equivalencia entre transacción y sentencia en Derecho español. Pertenecen, al tener origen, contenido y fin distintos, a diversos órdenes jurídicos.

Si nos fijáramos en algo común, tan externo y elemental—por consiguiente, falto de exactitud—como es la solución de un conflicto intersubjetivo, observaríamos, inmediatamente, que en la jerarquía de una tabla de valores que hubiéramos de estructurar para obtener, con la mayor rapidez y seguridad, la paz justa, no sería la transacción una equivalente o sustitutivo de la sentencia, sino, al contrario, porque el orden jurídico material, aun dirigido a la solución de los conflictos, en donde tiene su encaje la transacción, es

---

(15) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 201.

anterior al jurídico instrumental a que pertenece el proceso y, con él, todos los actos procesales.

### *El compromiso.*

Contrato de derecho privado, su finalidad queda perfectamente expresada por el artículo 1.820 del Código civil: comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.

Mattirolo (16), al fijar las diferencias entre cláusula compromisoria y compromiso, destaca que mientras aquélla deroga eventualmente la jurisdicción de los magistrados ordinarios, el compromiso la deroga actualmente. También acusa Carnelutti (17) un criterio de derogación, pues si el arbitraje representa el tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio, por otra parte afirma que el compromiso, al contener una atribución de poder a los árbitros, provoca una sustracción del conflicto a los jueces ordinarios.

A nuestro juicio no puede darse tal sustracción porque, en caso de conflicto, interviene en primer lugar, inmediatamente, el derecho material. Si éste resulta insuficiente, para obtener la solución se ha de acudir a la vía procesal. Pero antes, las partes pueden evitar el proceso acudiendo a un orden instrumental privado y en donde órganos por ellas nombrados resuelvan el conflicto. No es que con ello deroguen la jurisdicción de Estado, que goza de un llamamiento genérico de conocer, sino que los sujetos de derechos en conflicto no ponen en movimiento, con sus actos de voluntad, a la jurisdicción, convirtiendo en específico el llamamiento genérico que posee. Y no cabe decir ante estas situaciones que los órganos del Estado tengan menos jurisdicción o que le haya sido derogada por el particular. El poder jurisdiccional se continúa ejerciendo íntegramente. Realizará, quizás, un acto menos de jurisdicción de los que hubiera realizado, pero su poder ni se resta ni se deroga. ¿Cómo los particulares podrían, con solas sus voluntades, suprimir a órganos investidos de una función pública, del poder jurisdiccional, intrínseco a la esencia del Estado que se los ha conferido?

No media renuncia, como quiere ver Chiovenda (18), al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial. Lo que sucede es que el llamamiento específico a los jueces públicos no surgió. Aún se encuentran en el campo de la contratación, en la esfera del derecho material, en donde pueden las partes resolver sus controversias sin más coacción que la de sus voluntades, y evitando así acudir a la autoridad coercitiva del Estado.

La exagerada influencia pública en el Derecho privado ha conducido a la creencia de que los únicos órganos solucionadores de conflictos intersubjetivos son los que el Estado, a estos fines, or-

(16) LUIS MATTIROLO. *Tratado de Derecho judicial civil*, trad. de Eduardo Ovejero, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1930, 1.ª ed., tomo I, pág. 624.

(17) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 208.

(18) JOSÉ CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1922, tomo I, pág. 127.



dena. Se olvida que, generalmente, el órgano jurisdiccional suele ser la última solución que el Estado ofrece a los particulares que no encuentran solución justa en sus cuestiones jurídico-privadas, a fin de que en todo momento, a pesar de la resistencia al arreglo, pueda ser mantenida una paz justa.

Rocco es de los autores que opinan que, a consecuencia del compromiso, los órganos de la jurisdicción ordinaria del Estado quedan despojados del derecho de jurisdicción (19), llegando a negar valor a la solución arbitral mientras no sean investidos los árbitros de jurisdicción (20). Se inhiben de indagar si esa necesidad posterior de fuerza jurisdiccional es exigencia de una legislación positiva determinada o si, por el contrario, es de esencia en la institución.

El compromiso es instituto de derecho privado y, como enseña Guasp (21), carente de naturaleza procesal. Si el órgano del Estado interviene, aprobando el laudo, es cuando únicamente se dará proceso. El Estado, entonces, ha irrumpido en el compromiso con su poder jurisdiccional, mantenido con integridad en todo momento, pero que, hasta ahora, por no ser necesaria su actuación, no ha recibido el llamamiento específico que lo pone en movimiento. No se trata de recobrar el órgano un poder que le fué derogado, sino que con ese poder, mantenido siempre igualmente íntegro, acomete un acto concreto de jurisdicción, por el que eleva un acto privado a la categoría de público. Y ello en virtud de esa facultad tuitiva que goza el Estado respecto a los actos jurídicos de los particulares. Esta es la razón por la que, con acierto, se haya dicho por Kisch (22) que toda la institución del compromiso cae fuera del proceso civil y penetra en el de la jurisdicción voluntaria. Aunque entendemos que la validez del juicio se limita a las legislaciones en que, necesariamente, el laudo arbitral ha de recibir la sanción del órgano jurisdiccional para que adquiera eficacia.

Si en nuestro derecho, durante la tramitación del llamado por la Ley juicio de árbitros y de amigables componedores, es posible el nacimiento de una serie de incidencias, tales como las de recusación de árbitros, que compete conocer a la jurisdicción ordinaria, queda explicada tal intervención en virtud de la permanencia del poder jurisdiccional, inderogable por las partes, unido al cuidado del Estado por la protección de la justa paz. De esta manera otorga un remedio a los particulares cuando, aun dentro del compromiso, se ven impotentes para alcanzar una solución justa y pacífica de sus problemas.

¿Qué papel, pues, viene a cumplir el compromiso frente a un

---

(19) HUGO ROCCO, *Derecho procesal civil*, trad. de Felipe J. de Tena, Editorial Porrúa Hnos. y Cia., 2.ª ed., Méjico, 1944, pág. 90.

(20) HUGO ROCCO, obra y edición citadas, pág. 92.

(21) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, pág. 11.

(22) W. KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, trad. de L. Prieto Castro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 412.

proceso? ¿Por el llamamiento específico del particular a la Jurisdicción se resuelve el compromiso? Ante la segunda pregunta hay que contestar rotundamente que no. Deben antes agotarse las vías privadas de solución, creadas por las partes mismas. Sólo entonces intervendrá el órgano estatal. Si aquéllas contrajeron un compromiso, se precisa respeten la palabra dada y pueden, recíprocamente, compelerse a que esa voluntad sea cumplida. El compromiso, señala Goldschmidt (23), es una excepción procesal. En realidad, más que excepción procesal en sí—puesto que el «es» indica esencia—hay que decir que, frente al proceso, opera con el carácter de excepción procesal. Es un acierto de Chioventa (24) hablar de la importancia procesal negativa del compromiso, puesto que lo que a las partes otorga es una excepción procesal.

Frente a esa posición de los autores que—por otorgar una exagerada importancia al derecho público—han pretendido ver en el compromiso una derogación del poder jurisdiccional del Estado, no ha faltado tampoco, en el otro extremo, una corriente de índole liberal que, exaltando el carácter privado de la solución de los conflictos intersubjetivos, ambicionó hacer tabla rasa de los órganos jurisdiccionales, sustituyéndolos por órganos desprovistos de este aspecto público. Hace notar Mattiolo como la Convención impuso el arbitraje forzoso en muchas cuestiones, llegando hasta cambiar los nombres de los magistrados ponentes. Pero estos árbitros públicos «se mostraron bien pronto incapaces para su misión... En vez de ser jueces inteligentes e imparciales, no eran, por lo común, sino representantes del partido que les había nombrado, con frecuencia ignorantes, casi siempre apasionados e incapaces de administrar justicia rectamente» (25).

En realidad habían cambiado solamente los términos. Esos árbitros públicos eran tan órganos jurisdiccionales como los antiguos magistrados. La única modificación afectaba al modo de designarlos, pero las partes, para que sus pretensiones tuvieran una fuerza coercitiva, tenían a ellos que acudir como si fueran magistrados ordinarios. Una nota fundamental del arbitraje, como destaca Guasp (26), es la sumisión voluntaria de las partes a la decisión del arbitrador. Y este elemento voluntario tiene tal importancia, que sólo impropriamente puede hablarse de arbitraje obligatorio. Ha de haber, pues, una sumisión, aunque sea, agrega el mismo autor, de modo anticipado y causal; en el caso contrario no existirá, aunque se le bautice con este nombre.

Prieto-Castro escribe que el «modo de concluir este contrato es la aceptación del encargo de juzgar por parte del Juez o Jueces

(23) JAMES GOLDSCHMIDT, obra y edición citadas, pág. 498.

(24) JOSÉ CHIOVENTA, obra, edición y tomo citados, pág. 127.

(25) LUIS MATTIOLA, obra, edición y tomo citados, pág. 593.

(26) JAIME GUASP, obra citada, Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1950, tomo 2.º, vol. I, Tercera Parte, págs. 1148 y 1149.

nombrados», pues «el compromiso, al fin, es un contrato previo a otro, que, si la falla, le priva de toda eficacia» (27).

Esta consideración nos introduce directamente al estudio, si bien de extensión sumaria, destacando los reducidos aspectos que a este trabajo interesan, de las dos grandes instituciones.

### *El arbitraje y la amigable composición.*

Nacidas ambas del compromiso, mantienen notables diferencias que las conforman como dos instituciones jurídicas distintas.

Observa Silva Melero (28) que mientras en el proceso canónico el compromiso tiene el aspecto de una transacción en que el árbitro media, en Roma significaba no más que la realización del derecho de un modo jurisdiccional, si bien por jueces distintos de los del Estado.

Dibújase, al parecer, en esos dos tipos históricos, la característica diferencial de sendas instituciones. En el trayecto transacción-proceso surgen estados intermedios, instituciones solucionadoras de conflictos más próximas al puro convenio inter-partes, como es la amigable composición, y otras más próximas al proceso, como ocurre con el arbitraje.

La amigable composición se muestra con todas las apariencias de una transacción por tercero: son reducidas al mínimo las causas de recusación de estos jueces privados (art. 831 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En adelante nos referimos siempre a artículos de esta Ley cuando, con el precepto, no se señale el cuerpo legal a que pertenece), mínimas también son las formalidades y requisitos (artículos 827 y 828). De especial relevancia es la libertad de forma procedimental (art. 833); vemos aún más libertad si se observa la falta de sujeción de los componedores al derecho material.

Vecina de la transacción, su nota diferencial radica en que las partes, incapaces de resolver por sí mismas sus conflictos, no estiman necesaria la intervención del Estado, ya que confían en la justicia de un tercero independiente.

Es tan grande el respeto que merecen a nuestros legisladores esas voluntades privadas emitidas, que exime de toda clase de recursos a la resolución de los componedores. Antes al contrario, la califica de sentencia (arts. 834 y sigs.), exige para su formulación la intervención de notario (art. 835) y la reviste de fuerza ejecutiva a través de una vía procesal de igual identidad, señala Guasp (29), a la que se establece en el proceso puro. Si existe un recurso de casación, de tal, indica el mismo autor (30), sólo tiene el nombre: es un tipo especial que no mantiene contactos con la casación auténtica, salvo ciertos rasgos de semejanza extrínseca o formal.

(27) LEONARDO PRIETO CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950. vol. II, pág. 452.

(28) VALENTÍN SILVA MELERO, *El compromiso*. Revista de Legislación y Jurisprudencia, año 1932, tomo 161, pág. 430.

(29) JAIME GUASP, obra, tomo, vol. y Parte últimos citados, pág. 1309.

(30) JAIME GUASP, obra, tomo, vol. y Parte últimos citados, pág. 1307.

La amigable composición es la mayor consagración que hace la Ley de la voluntad privada, creadora de relaciones de derecho material fuera de su propio orden jurídico. Al derecho material así creado le otorga unos efectos procesales plenos—la ejecución—libres de toda sospecha sobre su contenido real de justicia.

El arbitraje, en cambio, se aproxima al proceso. Lo mismo que en la amigable composición y el contrato de transacción, su ámbito se extiende «a toda cuestión que no necesite ser ventilada en procesos donde se excluye el principio dispositivo», y, por otra parte, la función «que la Ley permite encomendar a los árbitros... es la simplemente declarativa; por consiguiente, se excluye su conocimiento en toda cuestión que consista en medidas ejecutivas, como son los juicios de posesión, de desahucio, etc.». También quedan excluidas las cuestiones «consideradas de jurisdicción voluntaria» (31).

Refiriéndose al Derecho italiano, reconoce Calamandrei que «los árbitros no están... investidos de una función pública por el simple motivo de que el puro razonar sobre lo que es Derecho, sin potestad de mandar de conformidad con el razonamiento, no es jurisdicción». Y a continuación aclara: «de modo que si nuestro ordenamiento procesal reconociese al laudo de los árbitros la virtud de alcanzar la categoría de cosa juzgada sin la intervención de la autoridad judicial, su función sería indudablemente jurisdiccional» (32).

Como esto último es lo que ocurre en nuestro Derecho, podría pensarse que el árbitro posee jurisdicción. Pero si por ella entendemos «el especial derecho y el deber que en el Estado reside de administrar justicia» (33), siendo de esencia a su ser constitutivo esta función, no puede hablarse de jurisdicción en los particulares, puesto que el Poder siempre lo ejerce el Estado por medio de sus órganos judiciales. Fuera de éstos no se da jurisdicción. Lo prueba el que existan una serie de materias excluidas del conocimiento de los árbitros. Las que señalamos antes, caracterizadas, muchas de ellas, porque el órgano no sólo ha de decidir, sino también actuar, y el actuar, en servicio de la paz justa, es siempre jurisdiccional, excluido de la esfera privada. Y es lo que explica—viniendo a ser otro argumento en nuestro apoyo—que las decisiones de árbitros y de amigables compondores sean ejecutadas por los órganos de la jurisdicción.

Así como la definición de derecho privado, la creación de una regla de conducta, pueden nacer del contrato bilateral o plurilateral, incluso del acto unilateral, testamento, fundación, etc., el actuar esas normas, llevarlas a su cumplimiento, si no son de acep-

(31) LEONARDO PRIETO CASTRO. obra, edición y vol. últimos citados, páginas 441 y 442.

(32) PIERO CALAMANDREI. *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. S. M., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 504 y 505.

(33) JAIME GUASP. obra y edición citadas, tomo I, pág. 261.

tación espontánea del obligado, siempre habrán de ser actos jurisdiccionales. Y, como tales, reservados a los órganos de la jurisdicción.

En este sentido puede decirse, con Mortara, que el Estado garantiza el Derecho mediante la función jurisdiccional. Sin embargo, los particulares pueden convenir que un tercero resuelva una determinada controversia jurídica, teniendo su fundamento en la autonomía de la voluntad (34). Pero discrepamos de la opinión del mismo autor, consistente en que la función arbitral tenga exclusivamente su fundamento en el beneplácito del Estado y no en la autonomía de la voluntad. Precisamente, a nuestro juicio, reside en la conjunción de ambas fuerzas. Su punto de partida será la autonomía de la voluntad que ha creado esa especial relación jurídica que el Estado, al consentirla, ha llenado de eficacia.

Que la relación entre árbitros y compromitentes no pertenece a la jurisdicción ni al derecho procesal, se manifiesta en la repulsa concorde de la doctrina a la sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 10 de noviembre de 1915, referente a los amigables componedores—extendida a los árbitros por quienes la han comentado (35)—y que negó la existencia de relación obligatoria, al estimar que del nombramiento de los amigables componedores sólo nacen obligaciones derivadas de la Ley. De absurda califica Prieto Castro la doctrina, esporádica por estar en contradicción con toda la doctrina anterior y, al mismo tiempo, muestra la esperanza de que si no se rectificó ha sido por no haber surgido ocasión, pero que, con seguridad, será rectificada en la primera ocasión que se presente.

A pesar de ese carácter material del arbitraje, últimamente puesto de relieve por Guasp (36), externamente se manifiesta con apariencias de un verdadero proceso, causa indudable de la confusión de nuestro derecho positivo.

Basta, para comprobarlo, asomarse al articulado de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil. Estos preceptos legales tienen un especial cuidado, en primer lugar, de la constitución del órgano resolutor; después, de los requisitos formales del compromiso y de la aceptación de los árbitros, de algunos de los efectos e incidentes que pueden originarse de esa aceptación, de las causas de extinción del compromiso, para pasar inmediatamente—deciéndole la mayoría de los artículos—al estudio del procedimiento, señalando términos (arts. 802 y 803), estableciendo formalidades (art. 804), actuaciones y plazos de su realización (arts. 805 a 815). Continúa fijando los requisitos de lo que llama sentencia arbitral, equiparándola, en su aspecto externo, a la sentencia jurisdiccional, reflejo, en definitiva,

(34) VALENTÍN SILVA MELERO, obra y revista citadas, pág. 433.

(35) ANTONIO GABRIEL RODRÍGUEZ, *Amigables componedores*, Revista de Derecho Privado, año 1916, pág. 42.

(36) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo II, vol. y Parte citadas, Páginas 1152 a 1154.

de una igual conformidad interna (art. 816). Se establece un recurso de apelación de igual naturaleza al de segunda instancia de la jurisdicción ordinaria (arts. 818 a 820), haciéndose también mención de otros recursos especiales, como los de reposición y nulidad (art. 821), y disciplina, por último, el de casación (arts. 823 y 826).

De esta manera vemos cómo el procedimiento, tercera fase del contrato de compromiso, ha sido tan celosamente regulado por la Ley, que las partes han visto casi desaparecer, durante la tramitación, sus facultades dispositivas. Ello ha originado se hable de contrato procesal, pero no puede haberlo puesto que no existe proceso; en todo caso se dará un contrato procedimental, como es llamado por Guasp (37).

Los árbitros, mediante este procedimiento, resolverán conflictos, incluso satisfarán pretensiones—no creemos que aquí radique la nota diferencial, pues en repetidos artículos (805 a 808), se habla de pretensiones, y en la práctica diaria suelen las partes presentar sus escritos a los árbitros, no exponiendo un conflicto a resolver, sino alegando unas pretensiones que satisfacer—, pero lo que nunca harán es obrar jurisdiccionalmente. Les está vedado todo lo que sea actuación. Sus actividades concluyen, como en la amigable composición, por la resolución declaratoria de derechos.

La gran diferencia, entre la amigable composición y el arbitraje, radica en que siendo ambos institutos pertenecientes a la esfera del derecho material, y creados por la Ley para la resolución de conflictos intersubjetivos sin acudir al órgano jurisdiccional, en el primero, no cuida el legislador que su propio derecho material se observe, por lo que ni exige componedores juristas, pudiendo éstos resolver con entera libertad de criterio, mientras que, en el arbitraje, el legislador cuida de que su propio derecho material positivo alcance vigor. Por ello, los árbitros han de ser peritos en derecho, se establece una detenida regulación del procedimiento y, por último, la resolución ha de ser perfectamente razonada y legal.

El legislador español entiende que la regulación material de las relaciones de derecho privado pertenece a la autonomía de la voluntad. Y con arreglo a este principio pueden resolver sus propios conflictos, ya sea sin necesidad de acudir a las leyes positivas, de índole material y formal, o con sujeción únicamente—como en el arbitraje—a las materiales. Estas se observarán juntas con las procesales, en los casos en que intervengan los órganos de la jurisdicción.

En Derecho alemán—señala Schönke (38)—pueden las partes determinar en el compromiso las facultades de los árbitros en cuanto a la aplicación de las normas de derecho material. Si tal cláusula no existe, los árbitros, en vista de las circunstancias, determi-

(37) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo II, vol. y Parte citados, página 1155.

(38) ADOLFO SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, trad. esp. de la 5.ª edición alemana, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, págs. 383 y 384.

narán si los interesados han querido, y en qué medida, la vinculación al derecho material.

Por consiguiente, en nuestro Derecho, si las partes acuden para resolver sus controversias al arbitraje, se entiende que quieren someterse al derecho material. Y como el control de su observancia, si no hay conformidad de aceptación por las partes al laudo, sólo puede ser ejercitado por los órganos de la jurisdicción, se explica la constante invasión procesal en el ámbito material a que pertenece el procedimiento arbitral. Ora sea interviniendo en la misma resolución, en caso de discrepancias (art. 817), ora acudiendo a la apelación del laudo ante la Audiencia Territorial (arts. 818 a 823), ora permitiéndose un recurso extraordinario: el de casación (arts. 823 y 826).

El señalar una multa a quien no se conforma con el laudo, no es más que expresión de una condena impuesta al que, obligado a aceptar una solución privada de derecho material, después, alterando su obligación primitiva, pretende acudir a la vía judicial. En el fondo, presenciemos la aplicación de una cláusula penal a la infracción de un contrato. Desde el primer momento, entiende la Ley que las partes quisieron fuese aplicado el derecho material positivo, por lo que no puede impedir, aunque sancione tal conducta, que esas partes disconformes con la solución arbitral, acudan a los órganos jurisdiccionales, para que éstos cuiden y juzguen la debida aplicación de ese derecho por los árbitros.

Un último problema: Los artículos 824 y 825 prevén el cese de la jurisdicción y la extinción del proceso en cualquiera de sus instancias, en virtud del contrato del compromiso; ¿es que, entonces, asistimos a una derogación de la jurisdicción o la sucesión del poder jurisdiccional en favor de los árbitros?

Con arreglo a la doctrina ya expuesta, a la jurisdicción se le sustrae nada más que el conocimiento de un asunto determinado, pero su poder no sufre merma puesto que la decisión de los árbitros nunca será procesal, sino de derecho material. El recurso de casación del artículo 826 no es más que el producto de una exagerada influencia en nuestra Ley del criterio procesal acerca del arbitraje, a veces con esporádicas manifestaciones, aunque, en rigor de verdad, este criterio erróneo sólo tiene aquí esa concreta manifestación, siendo deseable su desaparición en la primera reforma de nuestra ley procesal que se acometa, por consistir, en opinión de Guasp, «una alteración radical y gravísima de todo el régimen jurídico del procedimiento arbitral (39)».

### *La conciliación*

El interés del legislador en favor de que las partes, antes de acudir al proceso, obtengan una solución pacífica al conflicto, cris-

---

(39) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo II, vol. y Parte citados, página 1280.

taliza en la institución, paradójicamente procesal, de la conciliación.

La pretensión, señala Guasp (40), se dirige a obtener del juez una actividad conciliadora. En su estructura es una mediación. La nota diferencial, en opinión de Carnelutti, radica en la finalidad, «puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera... mientras que la conciliación aspira a la composición justa. En este sentido la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda» (41).

Mas si observamos detenidamente los artículo 460 y siguientes, se aprecia que persiguen el fin de la avenencia independientemente de la justicia del acuerdo. No tiene otra misión, el juez y los hombres buenos que procurar la avenencia. Esta lleva consigo dos efectos: uno, formal, la evitación del proceso; otro, material, la creación de unas normas que resuelven la desavenencia.

Con el proceso de conciliación, los particulares—y con ellos el juez y la misma Ley—han conseguido un fin próximo, inmediato y directo, la solución jurídico-material de un conflicto, con independencia del derecho material positivo. Y otro fin, remoto, mediato e indirecto, la inaplicación, a esta hipótesis concreta, del derecho procesal. Y, para ello, ha sido medio, el mismo derecho procesal, un concreto proceso.

Esta posibilidad de disponer de la totalidad de un proceso, con anterioridad al mismo, puede darse, también, durante su curso, y en este caso, señala Plaza (42), la conciliación obra como un medio de extinción del proceso. De ejemplo cita el Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926 sobre redención de foros y subforos.

### *La renuncia y el desistimiento*

Los institutos estudiados hasta ahora pertenecen al derecho material. Sólo la conciliación corresponde a la ley procesal. Todos pueden producirse antes del proceso o durante su curso, pero ninguno de ellos constituye, en relación con el proceso que evitan o extinguen, un acto procesal aunque, mediatamente, produzcan efectos procesales. Y esto ha de decirse, igualmente, de la conciliación que sí, «per se», es un proceso, sin embargo no es acto procesal del que extingue, a menos que sea trámite obligado de éste una vez presentada la demanda con sus pretensiones.

Ahora nos referimos a dos actos propiamente procesales, es decir, dos actos voluntarios que, realizados dentro del proceso, producen inmediatamente sobre él efectos procesales. Esos efectos,

(40) JAIME GUASP, obra citada. M. Aguilar, editor. Madrid, 1945. tomo II, volumen I. Primera Parte, pág. 9.

(41) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 202.

(42) MANUEL DE LA PLAZA, obra, edición y tomo citados, pág. 402.



en los casos de renuncia y desistimiento, son la extinción del proceso mismo.

Convendrá recordar aquellas frases de Guasp : «al Estado no la basta con la paz por la paz, sino que ha de buscar una paz basada en la justicia ; la finalidad del proceso no es, pues, el mantenimiento de la paz sin más, sino el mantenimiento de una paz justa» (43). Precisamente en la consecución de este fin es por lo que el Estado permite a las partes extinguir el proceso. Como bien dice Rocco (44) «el interés del Estado en el proceso es realizar él mismo, con su fuerza, los intereses protegidos por sus normas, es decir, los derechos subjetivos. Si los intereses de la partes ya no están en el proceso, el Estado permite su extinción. Y si, como señala Kisch (45), lo característico de un acto procesal es producir alguna medida estatal de jurisdicción, tanto la renuncia como el desistimiento son indudables actos procesales, puesto que ambos producen la resolución jurisdiccional extinguiendo el proceso. No son pues, ninguno de estos institutos jurídicos actos antiprócesales, ya que se dan dentro del proceso y en él producen la plenitud de sus efectos.

Menos cabría hablar aún de actos antijudiciales, porque precisamente lo que provocan ambos son actos de jurisdicción declarando extinguido el proceso. El proceso no se extingue únicamente a petición de las partes, sino porque éstas provocan una decisión jurisdiccional en tal sentido. La extinción es, en sí, un acto de jurisdicción. Si éste faltara, el proceso no se extinguiría. A pesar de que el proceso es una institución de derecho público, las partes pueden disponer del mismo, aunque dependiente, este acto dispositivo, del proveído judicial que es el que realmente extingue. Es un caso más de intento de conciliar la paz justa con los intereses privados y la observancia de los derechos material y formal.

Cuando el proceso se halla en curso, el Estado ha de intervenir en la extinción de proceso que quiere la parte interesada. El órgano jurisdiccional se reduce a reconocer la nueva pretensión del litigante dispuesto no sólo a renunciar al proceso, sino también a veces al mismo derecho que pretendía. Mas así como para la extinción del proceso se necesita la intervención del órgano del Estado, para la renuncia del derecho material, contenido en la pretensión, basta la voluntad de su titular. Si el acto jurisdiccional declara extinguido el proceso, será el contenido del escrito de renuncia y su situación procesal los que nos darán luz acerca de si estamos en presencia de una renuncia estricta o de un simple desistimiento.

Por ambos actos pueden las partes evadirse del derecho procesal. Por unos de ellos, la renuncia, también del derecho material.

Mientras el desistimiento es un acto exclusivamente procesal,

(43) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo I, pág. 26.

(44) HUGO ROCCO, obra y edición citadas, pág. 70.

(45) W. KISCH, obra y edición citadas, pág. 13.

sin implicar renuncia del derecho pretendido, la renuncia, por el contrario, supone una plena disposición del derecho material pretendido. Si por aquel acto se provoca la extinción del proceso, por la renuncia se extingue el proceso y se impide sobre el derecho material.

Desde el momento de presentación de la demanda, el actor queda vinculado al proceso, y ello «supone una obligación del mismo de seguirlo hasta el final, una vez que lo promovió» (46). De aquí que lo que no es preciso para la renuncia, ya que implica imposibilidad de nuevo proceso sobre el mismo asunto—identidad de personas, objeto y causa—, pues se ha dispuesto del derecho material, se precise para el desistimiento. En efecto, éste necesita de la bilateralidad. Los derechos materiales, para ejercitarse, necesitan de la vía coercitiva, de un instrumento legal, y el Estado no puede dejar al capricho del individuo ni la elección de ese instrumento ni la posibilidad de rechazarlo u optar por otro, con perjuicio de las perspectivas y derechos de la contraparte, que quedaría al azar de su capricho. Por lo que, iniciado un proceso, para satisfacer unas pretensiones, quedan las partes sujetas, sin distinción entre ellas, a sus normas procesales.

¿Cómo podrían sustraerse de esas normas procesales? Aparte de por la renuncia del actor, también por el desistimiento. Mas como en este segundo caso los derechos de índole material permanecen y podrían nuevamente perjudicar a la otra parte procesal, ésta ha de intervenir en la extinción del proceso, mostrando su conformidad a la evasión del actor de las normas procesales. Pero si el fin del proceso es la paz justa, y el Estado, a través de un órgano propio, ha intervenido y realizado actos procesales, es el Estado mismo quien, en presencia de las voluntades particulares, al igual que cuando ordenaba y dirigía el proceso, el que lo ha de extinguir.

Con esta autorización del Estado, las partes podrán librarse de la aplicación concreta de las normas procesales, y cuando medie renuncia también de las materiales. Estos actos de evasión no se realizan, pues, a espaldas del Estado, sino que sus mismos órganos los conocen y autorizan.

### Allanamiento

Afirma Carnelutti que «la renuncia es el abandono de la pretensión: el reconocimiento de la pretensión es el abandono de la discusión» (47). En esta doctrina encuentra perfecta raíz la de Guasp, para quien «el allanamiento no recae inmediatamente sobre

(46) VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *El fundamento de la bilateralidad del desistimiento*, «Anuario de Derecho civil», julio-septiembre 1949, tomo II, fasc. III, página 909.

(47) FRANCISCO CARNELUTTI, obra y edición citadas, pág. 108.

la pretensión del actor, sino sobre la oposición que a la misma puede hacer el demandado» (48).

También se ha dicho que «el allanamiento del demandado tiene su paralelo en la renuncia del actor» (49). Mientras éste renuncia a la pretensión aquél lo hace a la oposición. Pero así como el proceso es movido por la pretensión que, mientras permanece, es causa de la continuidad y progreso del proceso, hasta su total verificación, la oposición ni mueve el proceso ni lo mantiene. Es como una incidencia interna del mismo. De aquí que el que medie o no oposición—de no haber rebeldía—sea indiferente al derecho procesal, que se realizará íntegramente en el proceso elegido, siendo, por el contrario, de indudable influencia en el material.

El proceso, pues, continuará, ya que también persiste la pretensión. Y la sentencia se dictará con la plenitud de efectos procesales que hubiera tenido de haber surgido oposición. Sin embargo, quedará determinado su contenido material por el allanamiento, pues si el allanado tenía capacidad y se encontraba debidamente legitimado, el órgano jurisdiccional habrá de resolver de acuerdo con las peticiones concordes de las partes (sentencia del Tribunal Supremo de España de 11 de mayo de 1904).

Por tanto, observamos, que el allanamiento ni extingue el proceso ni lo influye. Las normas de derecho formal no registrarán la conformidad del demandado a las pretensiones. Frente a ello, el derecho material adquiere plena eficacia también, porque las pretensiones habrán de satisfacerse conforme a los preceptos positivos del derecho material. Este sufre únicamente una restricción en cuanto a la extensión de su observancia, pues si el demandado pudo alegar en su defensa otros preceptos legales y no lo hizo, la aplicación de las normas materiales quizás hubiera sido distinta.

Mas el derecho material, por esa falta de oposición, no ha dejado de observarse con plenitud de eficacia. Ha sufrido merma en cuanto a su visión y aplicación de conjunto—calidad y número—, en cuanto a su extensión, pero ha permanecido íntegro en cuanto a su intensidad.

#### *Caducidad de la instancia.*

En el Título X del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, se disciplina este instituto procesal.

Se refiere a la extinción del proceso por el transcurso de un plazo sin ejercitar las partes sus derechos procesales. Es, en definitiva, la transcripción al proceso de dos fenómenos jurídicos propios del derecho material, la prescripción y la caducidad.

Pero la caducidad procesal queda distinguida de esas dos ins-

(48) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo I, pág. 166.

(49) LEONARDO PRIETO CASTRO, obra última citada, tomo I, pág. 271.

tuciones, porque no necesita de la alegación de una de las partes para que se produzca, ni se da la extinción *ipso facto* y *ope legis*.

Lo que se extingue es el proceso «con todos sus efectos procesales y sustanciales», nos dice Chiovenda (50). La demanda podrá interponerse de nuevo. Es el proceso inactivo el que se extingue; permanece, por el contrario, el derecho material.

El proceso, instituto de derecho público, sirve al Estado para la realización coercitiva del derecho material. Concurren en él una serie de actos del órgano jurisdiccional. No pueden solas las partes, con su inactividad, disponer de actos de jurisdicción. El Estado tiene interés en que mientras no haya renuncia o desistimiento o pacto con mediatos efectos procesales, el proceso continúe.

La influencia del tiempo en un proceso se conjuga con el interés del Estado respecto a la vigencia de sus actos jurisdiccionales. Por ello, no es bastante la prescripción, acto de exclusiva alegación de la parte, como tampoco lo es la caducidad, que sería acto exclusivo de la Ley, con olvido de la actuación jurisdiccional. Obra el tiempo por medio de la preclusión. El órgano jurisdiccional, transcurrido un determinado plazo, verificará un acto preclusivo: el secretario dará cuenta al Juez o Tribunal (art. 413) de esa inactividad temporal de las partes, y, de oficio, será dictada la providencia correspondiente.

Se da, pues, un origen remoto de la caducidad del proceso—y en este sentido podría hablarse de evasión de las partes a los derechos material y formal—que es la inactividad que pudiera llevar implícita renuncia.

Se da, al mismo tiempo, un origen próximo, causa en sentido jurídico, que es la resolución judicial. Su origen, su cualidad, forma de producirse y efectos que provoca sobre un proceso, hacen desaparecer a la caducidad todo resto de carácter privado—renuncia—para adquirir una marcada naturaleza pública y jurisdiccional. Este plazo extintivo viene a ser no más que una aplicación concreta del principio de preclusión procesal.

### *Suspensión o paralización del proceso.*

Es el Real Decreto de 2 de abril de 1924, como sabemos, el que introduce en España el principio de impulso de oficio. Y es curioso ver cómo en la misma disposición legal, para evitar los rigores del principio, se disciplina la suspensión del proceso, y en sentido de gran amplitud.

Ordinariamente, «los tribunales pueden ordenar su paralización... cuando las partes lo solicitan con motivo suficiente, por ejemplo, a causa de estar pendiente una gestión para llegar a una transacción y el tribunal la estima conveniente», nos dice Kisch (51).

(50) JOSÉ CHIOVENDA, obra, edición y tomo citados, pág. 383.

(51) W. KISCH, obra y edición citadas, pág. 156.

Nuestro legislador la admitió en sentido absoluto. No se necesita alegar causas, basta que la pidan todas las partes interesadas. Se ha dicho que «en las normas del Derecho procesal hay que distinguir las que son de derecho necesario y las de derecho voluntario» (52). En virtud del precepto de nuestra Ley, vemos cómo es posible que un precepto de derecho necesario—el impulso de oficio—puede transformarse en derecho voluntario. Es un caso más del poder dispositivo de los particulares dentro del proceso, permitiéndoles, no terminarle para instaurar una nueva situación de derecho material al margen del proceso, sino suspenderlo en uno de sus principios más merecedores de respeto, el de impulso.

Mas no todo es obra de la voluntad en la suspensión, sino que, como en todas aquellas hipótesis vistas en las que se han producido actos por la jurisdicción, se precisa que el órgano que ostenta este poder resuelva; y mediante su acto procesal, acogiendo el de las partes conformes, será suspendido el proceso.

La autonomía de la voluntad, en el proceso en movimiento, no obra, pues, sino por la sanción que tal acuerdo obtenga del órgano del Estado. Por lo que, en estos casos, no cabe hablar de autonomía, sino de heteronómia de la voluntad.

### *Sumisión.*

Sólo nos hemos de permitir una ligera referencia a este negocio jurídico. Como indica Guasp, esta declaración de voluntad no produce efectos inmediatos en el proceso, por lo que carece de carácter procesal. «No obstante, cuando la sumisión se produzca no en virtud de una declaración sino de una manifestación de voluntad (supuesto de la sumisión tácita) es indudable que su contenido lo constituye un verdadero acto procesal: presentación de la demanda» (53).

Igualmente habrá que entender que hay sumisión de carácter procesal en la no oposición del demandado a la competencia señalada en la demanda cuando, pudiendo ser impugnada, no la impugnó.

Por la sumisión, no influye la autonomía de la voluntad en el derecho material. Y en el procesal, muy limitadamente, en la atribución de conocimiento a un órgano que, normalmente, no lo tendría.

No hay derogación ni atribución de jurisdicción, pues los órganos, conozcan o no de un determinado asunto, poseen la totalidad del poder que les corresponde. El fenómeno que estudiamos depende del llamamiento al órgano de la justicia por el interesado. De igual manera que pudo, con independencia de la jurisdicción, resolver su conflicto de derecho material, dejando de hacer el llamamiento que le permite la Ley, también le es permitido aducir,

(52) ADOLFO SCHÖNKE, obra y edición citadas, pag. 20.

(53) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo I, pag. 310.

al hacer ese llamamiento específico al órgano que elija, siempre que tenga competencia para conocer del negocio conforme a los preceptos del «ius cogens».

### *Derecho voluntario y derecho necesario.*

Tras la exposición anterior hemos visto que a pesar del carácter público del derecho procesal, los particulares pueden muchas veces impedir su actuación, y una vez en funcionamiento, pueden también extinguir los actos procesales producidos. Mas así como para evitar el proceso no necesitan los particulares de la jurisdicción, pues encuentran en el derecho material caminos directos que les conducen a la solución de sus conflictos, cuando se trata de proceso en marcha, la intervención del órgano jurisdiccional, y el carácter público del derecho hasta ahora aplicado, exigen la intervención del órgano público.

El Estado ha de actuar, mediante sus órganos, porque las partes habían antes acudido a ellos en demanda de que se le reconocieran unas pretensiones conformes al derecho material. Si después se quiere ir, definitiva o temporalmente, contra ese llamamiento específico hecho, habrá de realizarse extinguiendo o paralizando toda la actividad procesal producida, y el único capaz, con su poder público, de dar fin a esa situación procesal, es el órgano de la jurisdicción.

Cuando el derecho público no queda perjudicado con la actividad de las partes, porque éstas evitaron el proceso, en la solución de su conflicto privado, la autonomía de la voluntad puede desprenderse también del derecho material que no es fin del proceso, sino la paz justa en las relaciones entre particulares. Y esta paz, entiende el legislador, se consigue antes con la avenencia que con la guerra insita en todo proceso.

El derecho procesal civil, de necesario que es, en su mayor parte, en cuanto a la raíz de la necesidad de su observancia, siempre es voluntario. Los casos de necesaria aplicación, porque ese llamamiento específico lo haga la Ley, son en número muy reducido.

No nos convence la tesis de Calamandrei—al someter a crítica una teoría de Carnelutti—de que el Estado «no considera agotado el oficio de la jurisdicción por el solo hecho de que el conflicto haya sido compuesto..., sino que quiere que la composición del conflicto se obtenga, cuando el conflicto existe, a través de la aplicación de la ley» (54). A nuestro entender, ese interés del Estado existirá en cuanto es también interés de las partes. Si el de éstas es contrario a que se aplique el derecho material positivo, este interés privado—salvo en aquellas instituciones que estimó el le-

---

(54) PIERO CALAMANDREI, obra y edición citadas, pág. 270.

gislador inderogables—prevalece, y de esta forma es también querido por el Estado.

Al Estado únicamente le preocupa que se guarde la paz justa. Para la realización de este fin crea el derecho material y el procesal. Pero aquél entrará en función de una manera coercitiva, a partir del llamamiento específico que, todos los interesados o algunos, hagan al derecho procesal.

El llamamiento específico no es el primer medio solucionador, sino el último y extremo, cuando han sido agotadas las vías del arreglo privado, ya que la solución pacífica es anterior a la solución nacida de la guerra. Por ello, entendemos, contra el parecer de Carnelutti, que los arreglos privados no son equivalentes jurisdiccionales, tal como este autor los entiende, sino que, precisamente, es la jurisdicción la que trata de obtener, por un medio bélico, lo que los particulares, por medios pacíficos, no han conseguido. Que antes es la autonomía de la voluntad que el derecho material y que el proceso. Sólo, en determinados casos, puede haber un interés superior del Estado que limite a esa voluntad, y en estas contadas ocasiones es cuando prevalece el derecho material. Y que éste únicamente tiene garantías de aplicación cuando han acudido las partes al proceso, momento en que deja de ser autónoma la voluntad. De aquí que se precise para suspender o extinguir el proceso nacido de la voluntad del que lo promovió, la intervención del órgano jurisdiccional.

En cuanto a la duda acerca de si esa paz, obtenida privadamente, sea justa, por tratarse de relaciones de justicia conmutativa, son los particulares interesados los más capacitados para apreciarla. Si existe el proceso es para que acudan a él cuando entiendan que el convenio no puede traerles, con la paz, la justicia.





# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



# La «declaración de aprovechamiento más beneficioso para la economía nacional» en la legislación de arrendamientos rústicos

RAMON FERRAN POCH  
Abogado

El artículo 7.º de la Ley de 23 de julio de 1942 establece una nueva formulación legal del párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de 28 de junio de 1940 y crea en todos los contratos de arrendamiento de fincas rústicas la posibilidad de que sean éstos rescindidos por unilateral decisión del propietario «cuando éste se proponga edificar, establecer instalaciones industriales o nuevos cultivos o aprovechamientos forestales o de otra especie, que se consideren más beneficiosos para la Economía Nacional que los existentes», previa obtención de la correspondiente declaración de «aprovechamiento más beneficioso para la Economía Nacional» por el órgano administrativo competente, que en este caso es el Ministerio de Agricultura.

Antecedentes directos de la aludida disposición son el párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, fundamentalmente parecido al artículo 7.º de la Ley de 1942, que le da una nueva formulación, y el artículo 11 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Los precedentes doctrinales y remotos del contenido material de las normas reguladoras de la «declaración de aprovechamiento más beneficioso para la Economía Nacional», han de buscarse en las directrices político-económicas que parten del interés personal y privado de los particulares como fuente de riqueza general. El principio constituye uno de los postulados del llamado «nuevo intervencionismo estatal» que asigna a la Política Económica la función creadora de intereses privados con la mira puesta en la obtención de un bien general que nazca indirecta, pero forzosa-mente, del interés particular artificialmente creado por la ley.

La introducción en la legislación de Arrendamientos Rústicos de una norma que otorga al elemento arrendador de la relación contractual, la omnimoda facultad de sustraerse a las consecuen-

cias jurídicas normales del vínculo obligacional, dejándolo por su unilateral voluntad expirado y sin efecto, ofrece respecto de los principios clásicos del derecho civil el mismo contraste que la facultad contraria del arrendatario de prorrogar casi indefinidamente su posesión arrendaticia, aun después de la expiración del plazo contractual. En ambos casos se produce un apartamiento del principio de autonomía de la voluntad en la contratación, que se diferencia únicamente por el distinto contenido político de cada una de estas excepciones al principio tradicional del derecho común: la facultad de prórroga concedida al arrendatario responde evidentemente a la necesidad más sociológica que económica de asentamiento de los poseedores efectivos de las tierras en las zonas por ellos trabajadas. La facultad concedida al arrendador de poder dar por finalizado el contrato «antes de la expiración del término contractual o de la prórroga en curso» obedece, en cambio, a la existencia de unos fines político-administrativos de contenido preponderantemente económico, por tender a estimular al arrendador a la inversión de sus capitales en mejoras que se consideraran favorables para la realización del plan económico del Ministerio de Agricultura.

Una y otra disposición tiene, sin embargo, la común característica de sacrificar un derecho subjetivo particular y privado en aras del bien común. En el primer caso, el derecho sacrificado es la facultad del arrendador a hacerse con la posesión de la cosa arrendada al terminar el plazo contractual del arrendamiento. En el segundo caso, lo sacrificado es el derecho del arrendatario a usar pacíficamente de la posesión de la cosa cedida en arrendamiento durante todo el plazo que se hubiese fijado en el contrato.

La identidad del fundamento jurídico de una y otra excepción a las normales consecuencias contractuales tiene a nuestro entender decisiva importancia para la recta formulación del concepto «de lo social» en la legislación de Arrendamientos Rústicos. Este ha sido frecuentemente confundido con una supuesta tendencia de esta legislación a favorecer al arrendatario a expensas de los derechos e intereses del arrendador, cuando lo cierto es que la Ley social atiende preferentemente a la protección de unos intereses de orden público y general que ninguna relación pueden tener con un criterio de sistemática parcialidad en favor de uno de los sujetos de la relación obligacional (1). A pesar de la con-

(1) El principio contenido en el art. 7.º de la Ley de 23 de julio de 1942 en favor del arrendador constituye en este sentido un rotundo argumento contra esta equivocada tesis y pone de relieve que las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad en la contratación dejarían de tener carácter jurídico y repugnarían a la esencia misma del Derecho si se crearan exclusivamente en beneficio de una determinada clase y al margen de la directa y exclusiva consideración a unos intereses sociales colectivos. Este precepto prueba «positivamente» que la circunstancia de que sean precisamente los arrendatarios los generalmente favorecidos por el acotamiento del principio de autonomía de la voluntad sólo permite inducir que las más de las veces merecen

venencia político-administrativa de estimular la producción agrícola a través de medidas legislativas, cabe plantearse serias dudas sobre la justificación de la facultad concedida al arrendador de «dar por finalizado el arriendo antes de la terminación del plazo contractual», es decir, en plena vigencia de un compromiso válida y libremente pactado. Dados los fines políticos de la norma, es indudable que la Ley eleva implícitamente a categoría de postulado un presunto interés del arrendador en poner fin a una relación contractual que el propio arrendador ha consentido en crear. Ello equivale a partir de una idea que creemos exageradamente pesimista acerca de la efectiva voluntad de cumplimiento por una de las partes de un contrato de vigencia libremente consentida.

Mayor y verdadero fundamento tiene, en cambio, la facultad concedida por la ley al arrendador respecto de sus posibilidades de interrupción de la prórroga forzosa del arrendamiento. Es evidente que entonces la presunción de que éste tenga interés en poner fin a la situación descansa sobre la base más probable de que la prórroga, al no haber sido producto de una voluntad de las partes, ha de provocar el deseo natural de dejarla sin efecto por la que tiene que soportarla. En este aspecto resultaba más adecuada a la realidad la primitiva redacción del principio contenida en el párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de 1940, ya que en ella se limitaban las posibilidades rescisorias a este período de vigencia legal y forzosa del arrendamiento.

Dado que es lógicamente improbable que sean numerosos los casos en que el arrendador tenga interés en precipitar la expiración del arrendamiento antes del transcurso de su plazo, cabe preguntarse si los pocos supuestos que puedan realmente darse merecen ser tenidos en cuenta en el plan económico del Ministerio de Agricultura para justificar la promulgación de la norma en su presente extensión. Ello puede llevar consigo el inconveniente de dejar inoperante, sin apreciables ventajas materiales para la colectividad, un principio tradicional y clásico de obligado respeto a lo pactado de muy denso contenido moral.

La determinación de la naturaleza jurídica del derecho concedido por el artículo 7.º de la Ley de 23 de julio de 1942 al arrendador ofrece interesantes aspectos doctrinales. Las dificultades que se nos aparecen derivan principalmente de la concurrencia de los efectos administrativos de la «declaración de mejora de cultivo» con la realidad civil del contrato de arrendamiento que ha de quedar afectado por ésta. El carácter complejo y, en cierto modo, híbrido, de las situaciones concretas creadas al amparo de la Ley hace aconsejable tratar en primer término de la fase administrativa de declaración, y considerar después la fase judicial de ejecución, hasta la completa extinción del vínculo contractual.

---

más protección los intereses particulares de éstos, en razón de su mera coincidencia de hecho con los intereses sociales nacionales que la ley quiere amparar.

El acto administrativo de declaración debe solicitarse ante el Ministerio de Agricultura por el procedimiento especial regulado en la Orden de 1 de septiembre de 1943. Su característica más importante estriba en recoger el principio procesal de contradicción, al dar audiencia a los arrendatarios para que intervengan con sus alegaciones en la tramitación del expediente y «puedan presentar las pruebas que en defensa de sus derechos estimen oportunas» (art. 4.º).

Transcurrida esta fase probatoria resuelve discrecionalmente el Ministerio en atención a lo alegado en el expediente por los interesados y habida cuenta, indudablemente, de la prueba practicada por los arrendatarios en cada caso de comparecencia de éstos.

La obtención por el arrendador de una resolución estimatoria de sus pretensiones constituirá el presupuesto material («condición previa», dice la Ley) para la extinción anticipada del vínculo contractual. El derecho del arrendador dimana, pues, sustancialmente de la resolución administrativa recaída en el expediente, cobrando con ello naturaleza exclusivamente administrativa la facultad de dar por finalizado el arrendamiento.

Es interesante observar que, a pesar del contenido netamente administrativo del derecho del arrendador, la ley no señala procedimiento administrativo para su ejecución en caso de resistirse el arrendatario al abandono de la posesión de la finca. Nos explicamos la solución legal por afectar el acto del Ministerio de Agricultura a la subsistencia de vínculos contractuales civiles, que la ley ha creído conveniente confiar a la Jurisdicción ordinaria. El sistema constituye un interesante ejemplo de división del trabajo y de colaboración entre ambas jurisdicciones, producto de la complejidad de los elementos que integran la situación jurídica. El Órgano judicial desempeña, evidentemente, una función ejecutiva del derecho administrativo concedido al arrendador para rescindir el contrato civil e, indirectamente, de los fines de política económica (también administrativos) que con dicha declaración se persiguen.

De ahí se desprenden varias consecuencias fundamentales para plantear debidamente el problema del ejercicio del derecho concedido al arrendador: en primer lugar, el carácter ejecutivo de la función del órgano jurisdiccional reduce su misión a la apreciación de la efectiva existencia de los requisitos legales para que la ejecución del plan administrativo pueda llevarse a cabo.

En segundo lugar, y ello es consecuencia de lo anterior, queda vedado a la Jurisdicción ordinaria toda intrusión valorativa o modificativa del contenido material de la declaración administrativa, que es fruto del plan económico del Ministerio de Agricultura.

Y, por último, queda así justificada la inmediata ejecutoriedad de las sentencias de la Jurisdicción ordinaria declarativas del derecho del propietario.

Los efectos de la declaración del Ministerio de Agricultura son en el presente caso los normales de todo acto administrativo y, respecto de la determinación del momento de su ejecutoriedad, hay que tener en cuenta el principio de inmediata eficacia que informa esta rama del Derecho público y concluir en su automática efectividad, aun en el caso de interponerse recursos legales contra la misma. La «declaración» contenida en la resolución administrativa es la formulación jurídica de algo que la Administración tiene por cierto, y la exactitud del juicio oficialmente emitido, tiene realidad operante desde el instante mismo de su formulación (2).

El carácter personal de «prueba legal» del contenido del acto administrativo del Ministerio de Agricultura deriva formalmente del texto positivo de la disposición que comentamos. Establece, «para poder dar por finalizado el contrato o la prórroga en curso», el requisito fundamental de la previa obtención por el arrendador de la declaración de aprovechamiento más beneficioso. Es decir, sustantiva y adjetivamente se cumple la «condición» principal con este previo resultado del expediente administrativo. De ello se infiere que la función de la Jurisdicción ordinaria debe circunscribirse a apreciar judicialmente la efectiva existencia en cada caso concreto del requisito indicado, por no reconocérsele en la ley atribuciones para proceder a una nueva apreciación o a una modificación de lo que ya ha sido objeto de resolución en el expediente administrativo. Esta función, mediante un perfecto deslinde de las respectivas competencias, la Ley la reserva con carácter de exclusiva al Ministerio de Agricultura. El principio no puede considerarse en ningún caso contrario al postulado de libre apreciación judicial de las pruebas, pues el «Hecho jurídico» determinante de la facultad concedida al arrendador por el artículo 7.º de la ley de 23 de julio de 1942, nada tiene que ver procesalmente con una mayor o menor oportunidad de la resolución administrativa, ni con su mayor o menor perfección técnica, sino únicamente con la mera y válida existencia de la misma. Esta es precisamente

---

(2) El recurso contencioso administrativo sería improcedente por hacer uso la Administración de sus facultades discrecionales, y los únicos que cabría ejercitar serían los recursos recogidos en el Reglamento general de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura (D. 14 junio de 1935). En cualquiera de estos y especialmente tratándose del recurso «extraordinario de revisión» no podrían paralizarse los efectos del acto, ya que si se interpusiere el primero lo impediría el art. 100 de la Ley de 22 de junio de 1904, y en el caso de ejercitarse el segundo lo vedaría el principio general en relación con el carácter «extraordinario» del remedio. No tendría fundamento sostener que una medida que la propia Ley denomina «extraordinaria» pudiera afectar en algún modo a la eficacia normal y ordinaria del acto administrativo realizado.

En el negado supuesto de que fuese viable la interposición del recurso contencioso administrativo contra la declaración administrativa, solamente podría paralizarse la inmediata eficacia de esta resolución si el arrendatario, después de haber interpuesto el recurso, consiguiese obtener del propio Tribunal la declaración expresa de suspensión provisional de su ejecutoriedad.

la característica de las llamadas «pruebas legales» en la moderna doctrina procesal.

El acierto de la solución legislativa es evidente, pues nadie mejor que el Organó administrativo puede ponderar adecuadamente el proyecto de mejora que haya propuesto el arrendador, así como su adecuación al plan político económico general que el propio Organó administrativo haya elaborado para incrementar la producción nacional.

Por otra parte, el principio de contradicción recogido en el artículo 4.º de la Orden de 1 de septiembre de 1943, que regula la tramitación del expediente, permite al arrendatario la impugnación del proyecto, si lo estima oportuno, evitándose de esta forma todo riesgo de indefensión. La tesis contraria llevaría implícito el reconocer a la Jurisdicción ordinaria unas atribuciones que, por ser meramente políticas, han de ser totalmente extrañas a su competencia. En buena técnica legislativa resultaría, además, innecesaria y carente de sentido la fase de declaración formal administrativa que recoge el artículo 5.º de la Orden de 1 de septiembre de 1943 si éste hubiese de tener después, en el curso del litigio ante la jurisdicción ordinaria, el mero valor de un dictamen pericial.

La última e importante consecuencia que provoca la naturaleza administrativa del derecho ejercitado por el arrendador ante la Jurisdicción ordinaria es la de la inmediata ejecutoriedad de la sentencia que dé lugar a las pretensiones del actor.

Desde un punto de vista material el privilegio de la admisión en un solo efecto de los recursos interpuestos contra las sentencias que dan lugar al desahucio deriva del carácter administrativo del derecho reconocido por la ley al arrendador en relación con el privilegio de Derecho público de inmediata ejecutoriedad del acto administrativo, al que hemos aludido al tratar de los efectos de los posibles recursos del arrendatario contra la resolución del Ministerio de Agricultura.

Es evidente que, si se justificaba el principio respecto de la eficacia de la declaración administrativa, por las mismas e idénticas razones habrá de respetarse éste en la fase de ejecución judicial, que es preponderantemente ejecutiva del plan administrativo. El linaje administrativo del derecho del arrendador, sigue conservándose en el curso del procedimiento judicial, y la permanencia de su peculiar naturaleza a través de ambos procedimientos y de ambas jurisdicciones explica a nuestro entender la unidad de trato procesal en todas las fases de la tramitación.

En base seguramente a las anteriores consideraciones de orden material, nuestro ordenamiento recoge también el privilegio administrativo en la ley de 10 de noviembre de 1942 sobre ejecución de sentencias de desahucio que tuvieren pendientes los recursos legales.

El artículo 1.º de esta disposición establece que las sentencias que declaren haber lugar al desahucio en los casos a que se refie-



ren las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley de 23 de julio de 1942, podrán ser ejecutadas aunque se interpongan contra ellas los recursos legales, y sean estos admitidos, siempre que lo solicite el arrendador y preste la fianza que determina esta ley.

El precepto remite, por tanto, a las disposiciones adicionales primera y segunda de la ley de 23 de julio de 1942 para la especificación de los casos que han de gozar del privilegio procesal de inmediata ejecutoriedad; y en el párrafo tercero de esta última disposición adicional se expresa, asimismo, que terminarán con el año agrícola 1942-1943 los arrendamientos, cualquiera que sea la cuantía de la renta cuando se trate del caso previsto en el artículo 7.º de la Ley de 1942 que regula los efectos de la declaración de mejora de cultivo.

Hay una doble remisión de disposiciones que tiene su punto de partida en el artículo 1.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942, pasa por el párrafo tercero de la disposición adicional segunda de la ley de 23 de julio de 1942 y termina en el artículo 7.º de la misma.

Con ello el silogismo jurídico queda gramatical y lógicamente perfeccionado para concluir en la aplicabilidad del privilegio procesal de ejecución inmediata de las sentencias de lanzamiento obtenidas en los juicios de desahucio, mediante invocación de la declaración administrativa de aprovechamiento más beneficioso para la Economía Nacional (3).

No es de extrañar, por otra parte, la inclusión de la declaración de aprovechamiento más beneficioso en el ámbito de la ley de 10 de noviembre de 1942, pues al igual que todos los restantes casos aludidos en las disposiciones adicionales primera y segunda de la ley de 23 de julio de 1942 es también «un caso extraordinario de expiración de término contractual».

La Ley de Arrendamientos Rústicos impone, además, al arrendador el cumplimiento de unos requisitos que tienden a suavizar los efectos de la declaración de aprovechamiento más beneficioso para la Economía Nacional en la tenencia de la tierra por el arrendatario. Los principales son la necesidad del preaviso con una antelación mínima de seis meses al fin del año agrícola y «el obli-

---

(3) No se nos ocultan, sin embargo, posibles objeciones a la tesis que sostenemos en favor de la aplicación del artículo 1.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942. Es posible que la simple referencia del párrafo tercero de la disposición adicional segunda al año agrícola 1942-1943 parezca a primera vista que excluye su aplicabilidad después del transcurso de estos años. Rechazamos este criterio, porque pugnaría radicalmente con la verdadera naturaleza administrativa del derecho ejercitado y por subsistir exactamente en la actualidad las mismas razones que justificaron entonces la promulgación de la Ley. Si las razones aducidas fuesen pocas, lo justificaría en todo caso una interpretación «social» del principio: sería en efecto difícilmente explicable que el arrendatario pudiera defender sus intereses particulares retrasando con simples recursos procesales una mejora declarada útil para el fomento de la producción agrícola del país.

garse el arrendador a satisfacer al arrendatario una indemnización equivalente al duplo de la renta o al duplo de la diferencia entre la primitiva renta y la que sea señalada para la parte de finca que queda sujeta al arrendamiento».

El primer requisito plantea el problema de la determinación del momento en que deba considerarse terminado el año agrícola, y en tal sentido resulta orientadora la fecha de 30 de septiembre, recogida en distintos lugares de la legislación vigente como momento señalado para la expiración de situaciones posesorias, así como para la iniciación de nuevos contratos (4).

En cuanto al segundo de los requisitos, es evidente que dada la redacción del precepto, la notificación al arrendatario puede considerarse viciada de nulidad si carece de la expresa manifestación exigida por la Ley. La técnica legislativa empleada responde a una concepción un tanto arcaica y formalista del Derecho que no parece justificarse y que ofrece singular contraste con el carácter avanzado y social del derecho que se reconoce al arrendador. Los inconvenientes prácticos de la redacción legal no existirían si la obligación de indemnizar dimanara directamente de la norma que la estableciera, sin requerir la innecesaria oferta del arrendador que hiciera uso de la facultad que se le concede para la extinción del vínculo contractual.

---

4. Disposición adicional primera, párrafo segundo, Ley 23 de julio 1942. Disposición adicional segunda, párrafo segundo, idem.

# **VIDA JURIDICA**



# Vida jurídica.

## I. NOTICIAS

### A) NACIONALES

#### Ciclo de conferencias en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Siguiendo el ciclo de conferencias organizado por el Centro de Estudios Hipotecarios, con la colaboración del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pronunciaron las tres restantes D. Antonio Hernández Gil, D. Ramón María Roca Sastre y D. Arturo Gallardo Rueda, con el mismo éxito de público y exposición que los conferenciantes precedentes.

El Sr. Hernández Gil desarrolló el tema «Algunos problemas en torno a la posesión», de cuya materia, como es bien sabido, tiene la especialidad. Su magistral disertación se circunscribió, fundamentalmente, al campo del Derecho civil, si bien abarcó las principales consecuencias hipotecarias. En este aspecto no planteó el problema del acceso o no de la posesión a los libros registrales, partiendo de la afirmación de que su naturaleza jurídica se considere como un derecho o, simplemente, como un hecho, sino que lo sustituye por las siguientes afirmaciones:

1.ª Si la razón por virtud de la cual se ha excluido del Registro a la posesión fuera de creer que ésta es un hecho, tal medida sería muy discutible.

2.ª El problema de la naturaleza jurídica de una institución, predominantemente técnico, no puede, por sí solo, provocar una determinación de tanta trascendencia práctica, como es la inclusión o exclusión de la posesión del Registro.

3.ª El acceso o no acceso de la misma al Registro tiene que venir determinado por razones sociales, económicas y jurídicas más profundas. Podrá no llegar a ser un derecho y ser recomendable su acceso al Registro.

Podrá ser un verdadero derecho y, sin embargo, ser conveniente su exclusión de él, ¿Concurren esas razones más profundas—terminó preguntándose—para que, sea hecho o derecho la posesión, esté bien excluida del Registro? Y deja la contestación al particular criterio de los asistentes. El orador fué muy aplaudido.

Bajo la rúbrica «Imperfecciones hipotecarias», el Sr. Roca Sastre se ocupa de algunos errores sobre materia hipotecaria, a fin de demostrar que con buena voluntad por parte de los Tribunales, de los Registradores y de los Notarios, pueden desvanecerse, sin necesidad de reforma legislativa alguna. Aunque señala casi una decena, sólo se ocupa de los tres siguientes:

I. La concepción errónea de que el «Derecho hipotecario» es *cosa distinta* del «Derecho civil». Examina cómo en España se ha adoptado a este respecto un sistema de *concentración* de preceptos en una sola Ley, como es la Hipotecaria—con su Reglamento—, en lugar de un sistema de *distribución racional* de los mismos, que a más de responder a exigencias científicas y técnicas, ofrece mayores ventajas prácticas.

II. La segunda cuestión que trata a continuación, completamente distinta de la anterior, es la relativa a los *derechos o títulos semi-inscritos*. Señala como casos típicos el derecho *de los reservatorios*, mientras pende la reserva y el derecho *de los fideicomisarios*, a término o condicionales, mientras no se difiere el fideicomiso o tenga lugar la restitución fideicomisaria, y, en general, en todos los casos de propiedad inscrita sujeta a *condición resolutoria*: supuestos todos «en los cuales—dice textualmente—la negociabilidad inscribible de los derechos en expectativa multiplicaría los elementos hipotecables en beneficio del *crédito territorial*».

III. El tercero y último error que analiza, lo concreta en los *efectos de la retroacción de la quiebra*, que al ser declarada con absoluta libertad de límite en el tiempo por el juzgador, origina una inseguridad tal en las transacciones que, sobre todo en época de «crisis económica», destruye el crédito del comerciante, pues al no respetar esa retroacción al Registro de la Propiedad y quedar *defraudado* el comprador, redundo en desprestigio de la institución registral y hasta en cierto modo de la notarial.

Calurosos aplausos subrayaron el final de la conferencia.

Arturo Gallardo Rueda, el joven hipotecarista, se ocupó del «Registro de la Propiedad y la doctrina de la seguridad jurídica», y como resumen llega a estas conclusiones:

I. El Registro de la Propiedad no es una institución simplemente homologadora, al servicio de intereses privados, sino un instrumento de defensa del orden público, de mantenimiento de la seguridad jurídica general.

II. La inscripción debe ser, pues, obligatoria. Es absurdo que la publicidad de la contratación inmobiliaria esté confiada a la voluntad de los particulares, que la ponen o no en marcha, y aun la interrumpen, según conviene en cada caso a sus individuales propósitos.

III. El orden público no puede entenderse protegido con el sistema actual, porque la calificación suspensiva o denegatoria de un título no impide la circulación y eficacia extrarregistral de éste.

IV. Las consecuencias del régimen son el favorecimiento de la mala fe en las relaciones inmobiliarias no inscritas y la multiplicación consiguiente de litigios.

V. La exigencia en pro de la eficacia civil plena de la calificación se funda: 1.º En el absurdo de que coexistan, rigiendo la misma relación jurídica, dos ordenamientos—el civil y el hipotecario—, señalándole efectos de alcance distinto. El civil, priva siempre; el hipotecario, sólo tiene eficacia en tanto coincide con aquél. Así podría hablarse de una realidad física y otra civil frente a la registral. 2.º La calificación se hace en función de normas civiles. 3.º A ella se someten títulos que contienen derechos civiles. 4.º Si el Registrador resuelve inscribir e inscribe, «declara» derechos de eficacia civil inmediata, y, por cierto, lo hace en vía civil, no gubernativa, porque la Administración no declara más

derechos que los administrativos subjetivos, preestablecidos por una Ley.

VI. Sin la inscripción obligatoria y sin eficacia civil de la calificación, se hace preciso reconocer que el Registro no sirve plenamente a los fines de la seguridad jurídica, y vive reducido a un simple poder legitimador, que sólo excepcionalmente lo es en primer grado, y a una modesta facultad certificante, válida en cuanto se alegue su discrepancia con la realidad jurídica que ha de primar siempre sobre el contenido de los libros hipotecarios.

Una cerrada salva de aplausos acogió las últimas palabras del orador.

S. P. V.

## B) EXTRANJERAS

### Homénaje al Prof. A. Cicu, en la Universidad de Bolonia

Sencilla, emocionadamente cordial, ha sido la ceremonia en que colegas, discípulos y amigos hemos tributado un homenaje de admiración y afecto a este maestro ilustre de cuarenta generaciones de estudiosos. La sencillez del marco escueto, familiar, del aula de la Academia delle Scienze, emoción incontentida de la fiesta universitaria cristalizando el común sentir de todo un pueblo de juristas.

Todo lo que es y representa el Prof. Antonio Cicu para nuestro querido Ateneo y para la Universidad italiana ha encontrado un eco sincero en esta dura jornada de verano boloñés, en que lo universitario ha tenido una palpación propia y especialmente intensa.

A la mayoría de los asistentes, en gran parte juristas de las más diversas procedencias, nos sería difícil olvidar esta última lección de su curso de orientación sobre los problemas generales del Derecho. Una vez más su figura magna, tostada, mediterránea, proverbialmente lacónica, siempre erguida, desafiando el tiempo; otra vez, como ayer, como siempre, su fe incorrupta en los valores espirituales y morales, la sobriedad en el verbo, la aguda penetración en la verdadera esencia de las instituciones...; la misma modestia, su eterna compañera.

Invitado en 1917 por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia a ocupar la cátedra que había dejado Giacomo Venezian, muerto en el campo de batalla, el Prof. Antonio Cicu le ha venido consagrandos sus mejores energías y toda su inquebrantable vocación universitaria, y, en ella, su inconfundible figura sigue siendo familiar, por más de treinta años, a maestros y discípulos. A él se debe no sólo un crecidísimo número de publicaciones, de las que son especialmente conocidas las referentes al derecho de familia, sino también la creación del Instituto Jurídico, biblioteca especializada, con cerca de treinta y cinco mil volúmenes y doscientas publicaciones periódicas, contándose sus fondos de Derecho privado y de Derecho Romano entre los más importantes de Italia.

Entre los asistentes a la ceremonia figuraron el Rector Magnífico de la Universidad, Prof. Battaglia; el ex Ministro de Instrucción, Arangio-Ruiz; el Rector del Colegio de San Clemente, Dr. Carrasco; los Profesores de la Uni-

versidad de Roma Rava, Andrioli y Provinciali; Messineo y Delitala, de Milán; Satta, de Génova; Trabucchi, de Padua; Ferrara, de Florencia; el Presidente de la Academia delle Scienze de la Universidad de Bolonia, Prof. Simeoni; el Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Volterra; el ex Rector de la Universidad, Guerrini, y los Profesores de la misma Bigliani, Pighi Dore, Lugli, Bianchi, Redenti, Borsi, Lessona, Bassanelli, Pergolesi, Carnacini, etcétera, así como otros docentes y una numerosa representación de la Carrera judicial, abogados, etc., y un grupo selecto de juristas hispanos que cursan sus estudios en el Colegio de San Clemente de los Españoles, al que dedicó un cálido elogio el ilustre maestro.

Numerosísimos telegramas de adhesión, entre ellos los de los Ministros Piccioni, Gonella y Segni; el primer Presidente de la Casación, Ferrara; el Presidente de la Accademia dei Lincei, Prof. Castelnuovo; el Presidente de la Academia Pontificia, Padre Gemelli; los Decanos de varias Facultades de Derecho y otras muchas personalidades.

El ilustre maestro ha querido exponer su última lección del cursillo de este año tal como se pensó originariamente: como si fuera dirigida a los asistentes habituales, y ha terminado con estas palabras: «Accetto l'onore che avete voluto farmi perche sento ed apprezzo la spontaneità che vi ha mossi: dalla quale vi sono profondamente grato.»

El homenaje ha sido ofrecido por el Prof. Redenti, en emocionadas palabras, quien ha entregado al Prof. Cicu los dos volúmenes de estudios jurídicos escritos por los mejores civilistas de Italia en su honor.

E. VERDERA

## La Ley alemana de adopción, modificativa del Código civil

A fin de facilitar la adopción de niños huérfanos por consecuencia de la última guerra, la República Federal alemana de Bonn promulgó en 8 de agosto del pasado año una Ley, cuyo contenido es, en esencia, el siguiente: «Se modifica el artículo 1.741, 1.º del Código civil, en el sentido de no ser indispensable la carencia de hijos para adoptar. Los esposos que tengan descendientes comunes y que vivan en comunidad familiar no podrán llevar a cabo la adopción sin el consentimiento de ambos cónyuges. La posibilidad de adoptar, teniendo hijos, exige la autorización previa del Tribunal administrativo competente para homologar el acto, quien la concede después de oír a los interesados o sus representantes legales y a los hijos del adoptante mayores de catorce años. La dispensa debe ser negada por el Tribunal cuando la adopción proyectada sea contraria a los intereses primordiales de las partes o sus hijos.»

También se modifica el artículo 1.745 del Código civil al desaparecer todos los límites de edad previstos en el mismo.

Contra la resolución que accede a lo solicitado no se otorga recurso alguno; contra la que deniega la adopción cabe recurso en vía de jurisdicción graciosa.

La Ley tiene una vigencia temporal, puesto que empezó a regir a los catorce días de su publicación y cesará en su vigor con la expiración del año 1952. Sólo las solicitudes presentadas antes de esta última fecha habrán de recibir curso.

A. G. R.



## La Ley libanesa de competencia de las jurisdicciones religiosas

La coexistencia en territorio libanés de diversas Comunidades religiosas, con sus respectivas jurisdicciones, ha hecho necesario la promulgación de la Ley de 2 de abril de 1951, fijando la competencia de cada una de éstas.

Consta la nueva disposición de treinta y cinco artículos y afecta a las Comunidades maronita, griega ortodoxa, griega católica, armenia gregoriana, armenia católica, siria ortodoxa, siria católica, asiria, caldea (nestoriana), latina, evangélica e israelita.

Son de competencia de las jurisdicciones religiosas:

A) Los esponsales, su validez, ruptura y obligaciones derivadas de los gastos efectuados en consideración al matrimonio prometido.

B) El contrato de matrimonio, sus condiciones y obligaciones de los esposos.

C) La validez y nulidad del vínculo.

D) La disolución vincular y la simple separación.

E) Todas las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio.

F) La filiación, la legitimación de los hijos y sus efectos.

G) La adopción.

H) La potestad paterna.

I) La guarda y educación de los hijos hasta su completa mayoría, es decir, hasta los dieciocho años cumplidos.

J) Los problemas legales derivados de la deuda alimenticia entre cónyuges, padres e hijos y parientes, así como la determinación de la indemnización en los casos de nulidad y divorcio vincular.

K) La constitución de la tutela de los incapacitados y menores. Sin embargo, el tutor religioso está privado de la administración de bienes del menor cuando su valor exceda de cinco mil libras, en cuyo caso el Tribunal ordinario competente designa un administrador civil.

L) El régimen de las fundaciones constituidas con fines religiosos.

LL) La edificación de templos, conventos y cementerios, así como de los establecimientos de beneficencia y educación de cada Comunidad, su administración y la supresión de su carácter religioso.

M) La celebración del matrimonio cuando ambos cónyuges o el marido pertenecen a la Comunidad. No obstante, es lícito el pacto escrito de someterse a la autoridad de la Comunidad de la esposa.

N) El régimen interno, estatuto, derechos y obligaciones de los respectivos Ministros y Religiosos.

Los conflictos de competencia entre las diversas jurisdicciones religiosas o con la civil son resueltos por un Tribunal de Apelación instituido en la Ley de 14 de octubre de 1944, en cuyo favor deben inhibirse todas ellas tan pronto como se alegue la correspondiente excepción. La ejecución de las sentencias dictadas por los Tribunales religiosos se realiza por el llamado Bureau Ejecutivo civil del Estado.

## II. DICTAMENES

### Dictamen sobre prohibición de disponer y cláusula penal testamentaria

#### CONSULTA

El 2 de enero de 1885 y el 7 de julio de 1886, respectivamente, antes por tanto de la vigencia del Código civil, don José Víctor Andrade Pazos, Abogado, otorgó su testamento y memoria testamentaria dejando en usufructo su casa llamada «Los Hoyos» y varias fincas sitas en el término municipal de X, en la forma que indican las cláusulas siguientes:

*Cláusula 7.ª del testamento.*—Nombre e instituyo por mis herederos usufructuarios a mis dos hermanas doña Felisa y doña Carmela y a la muerte de la que sobreviviera a mi hermano don Julio y a la de éste a los hijos que le sobrevivieran, sean los cinco que hoy tiene, sean cuatro, tres, dos o uno, y si todos o alguno de ellos se casasen y tuviesen hijos, a ellos pasará la parte de usufructo que hubiese su padre, nombrando como nombre en esta tercera sucesión, que es la de los hijos del don Julio, por cabeza de usufructo al hijo varón mayor en días que de él quedase, y a falta de varón mayor en días, si aquél falleciese antes, a la hija mayor también en días por el mismo orden que entre los varones, cuyo hijo o hija tendrá la obligación de cuidar y administrar lo en que consiste este usufructo y dar previa cuenta a los demás coherederos usufructuarios la parte que le corresponda, guardándose el mismo orden, preferencia y obligación en las sucesivas sucesiones. Por esta ordenación comprenden perfectamente doña Felisa y doña Carmela, don Julio y los hijos de éste que mi deseo, mi deliberada voluntad, precepto que les impongo, mandato que les obligará siempre y que procurarán transmitir y transmitirán a sus respectivos herederos, en todos quienes confío y bajo tal confianza y seguridad iré tranquilo en este punto a la eternidad, es que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade, la idea, el recuerdo, la memoria de aquel que a través de afanes y venciendo obstáculos la hizo edificar y adquirió, conservándola en tiempo y durante el tiempo en la familia, para lo cual y a mayor abundamiento, prohibo la enajenación, conforme a lo dispuesto en la Ley XLIV, título V, Partida V, cuya cita, que sólo tiende a prevenir escrúpulos que en tiempo un procedimiento dudoso podría levantar, ruego a mis herederos usufructuarios me perdonen, puesto que vivo y moriré firmemente persuadido que demostrado cual queda mi deseo y la razón impulsiva de este deseo, tendrán los herederos que haya a mi muerte y los que de ellos en legítimas y canónicas nupcias provengan, satisfacción, aunque pudiesen, en no quebrantar ni faltar a nada cuanto en este testamento se dispone y ordena y se advierte para lo sucesivo, y que se arredrarán con horror del precipicio de su desobediencia, siendo tal la confianza que me acompaña y aviva mi fe que creo que según las circunstancias se lo permitan aumentarán con adquisiciones que ellos hagan este usufructo, que con el tiempo muy bien podrá llegar a la otra cosa

que omito porque no se me tilde de visionario, por más que está en el curso de la humanidad.

*Cláusula 1.ª de la memoria testamentaria.* Modifico el primer punto de la cláusula séptima de mi testamento en la forma siguiente: A la muerte de doña Felisa, doña Carmela y don Julio Andrade Pazos, nombro y sea heredero usufructuario don Anselmo Andrade Torres, hijo del don Julio, que repartirá entre él y sus hermanos, a partes iguales, los productos de todo lo en que consista este usufructo, acreciendo a la suya la de los hermanos que fallezcan antes que él. A la muerte de don Anselmo, recaerá este usufructo en el hijo varón mayor, preferentemente al menor, que tenga, y a falta de varón recaerá con igual preferencia en sus hijas, y así sucesivamente. Y si se extinguiese la descendencia del don Anselmo, pase este usufructo a don Miguel, su hermano, y a la suya guardándose el mismo orden y preferencia. Lo mismo que se observará si se extinguiese la de éste, en las de sus hermanas doña Amparo, doña Carlota y doña Rafaela y sus descendencias, siendo extensiva a todos, mientras vivan hijos del don Julio, la obligación que se impone al don Anselmo de repartir entre sus hermanos los productos de este usufructo. Encarezco de nuevo todo lo demás que dicha cláusula séptima expresa.

*Cláusula 2.ª de la memoria testamentaria.*—Si cualquiera de los que lleguen a ser cabeza de este usufructo, hijos de mi hermano el don Julio o nietos que por existir alguno o algunos de aquéllos tiene que repartir con ellos o con el que superviva los productos de este usufructo, quisiese habitar o vivir, aunque sea temporalmente en esta casa de «Los Hoyos», entiéndase rebajado el producto de todo lo que en que consiste este usufructo en la parte que a dicha casa con todo lo a ella anexo corresponden: es decir, que esas fincas urbanas y rústicas quedan libres para el cabeza del usufructo si habita, como queda dicho, aunque no sea más que por algún tiempo, pero anualmente dicha casa, entendiéndose esto como dicho queda, mientras vivan hijos del don Julio con quienes hay que repartir este usufructo, pues que fallecidos todos ellos queda integro el usufructo para el que sea cabeza del mismo.

*Cláusula 7.ª de la memoria testamentaria.*—Si en cualquier tiempo alguno o algunos de mis herederos usufructuarios, vendiendo o en otra cualquier forma se opusiesen o reclamasen de nulidad contra la continuidad del estado a que dejo sujeta mi herencia inmueble, acrezca la parte de él o de los rebeldes a la de los que la obedezcan. Y si fuesen todos o si se propusiese la nulidad de lo que dispuesto queda, entiéndanse todos privados de cuanto se les deja en esta Memoria y Testamento. Y nombro, si este acontecimiento ocurriese, por herederos en propiedad a los señores curas de esta parroquia de X, que respetarán y cumplirán si no la estuviere, todo lo dispuesto en esta Memoria y Testamento. Tendrán la obligación de aplicar en sufragio por mi alma, de mis mayores y más personas de mi intención, el valor de la mitad de los productos de mi herencia inmueble que es de la que quedan por herederos, sin olvidarse de decir o mandar se diga una Misa rezada en el día de San José, con repique, no obstante, de campanas anualmente. Y si por esta imposición de sufragios y Misa, o por cualquier otra causa o concepto en algún tiempo el

Gobierno de esta Nación española tratase de expropiar por ley General, de esta mi herencia a los señores curas, al que entonces sea, quiero y es mi voluntad que la venda en subasta privada, pero ante Notario y previos públicos anuncios que la autorice, ponga su precio en el Banco o comercio o en la forma que mejores garantías ofrezca, prefiriendo siempre las de esta estabilidad y seguridad a las de lucro: se utilice la mitad de sus rendimientos y apliquen la otra mitad en los sagrados objetos que dejo dispuestos.

*Cláusula 11.ª de la memoria testamentaria.*—De todo mi mueble, semoviente, derechos y acciones que queden a mi fallecimiento, instituyo por mis únicos y universales herederos en propiedad a mis hermanos doña Felisa, doña Carmela y don Julio, y si fallecieran antes que yo, nombro como tal heredero a mi ya referido sobrino don Anselmo Andrade, hijo del don Julio.

El causante don José Víctor Andrade Pazos falleció en X, soltero, el 3 de marzo de 1905. Al tiempo de su fallecimiento vivían, además de su sobrino don Anselmo Andrade Torres todos los hijos de este, don Julio, don Juan, don Anselmo, doña Esperanza, doña Amparo, doña Rosa, doña Gloria y don Jesús Andrade Soria, los cuales viven actualmente, a excepción de doña Amparo y doña Rosa.

Muerto el causante, pasó este usufructo a su sobrino don Anselmo Andrade Torres, que lo disfrutó hasta el 5 de abril de 1928, en que falleció abintestato. Durante la vida de éste, su única hermana superviviente, doña Carlota, renunció a sus derechos de este usufructo. Y en 14 de julio de 1933, y a medio de escritura notarial, los ya citados hijos del señor Andrade Torres renunciaron a su herencia, así como también su viuda doña Esperanza Soria Andrade, que lo hizo por sí y a nombre de su hijo menor, don Jesús: el único de los hijos no renunciante fué don Anselmo.

A partir de la muerte del señor Andrade Torres entró en posesión de los bienes objeto de la consulta (que figuran actualmente inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del causante don José Víctor) su hijo mayor, don Julio Andrade Soria, el cual desde esta fecha hasta hoy fué vendiendo en ventas privadas toda la fincabilidad rústica perteneciente al dicho usufructo y puso en venta la casa de «Los Hoyos», no obstante las reconvenções primero y amenazas después de sus hermanos don Juan, don Anselmo y don Jesús Andrade Soria, que es el que hace la consulta: por lo cual y creyendo vulnerado el testamento y memoria testamentaria, no sólo por virtud de tales ventas, sino por incumplimiento de la cláusula séptima de la memoria testamentaria, y a fin de reclamar el derecho a tal usufructo—sí es preciso judicialmente—se hacen las preguntas siguientes:

1.ª El Código civil, en el artículo 781, pone un límite a las sustituciones fideicomisarias, que no pasan del segundo grado: ¿Qué límite ponía a estos usufructos temporales la legislación anterior, ya que los perpetuos estaban prohibidos, por ser contrarios a la libertad de las cosas?

2.ª Caso de estar la disposición testamentaria antedicha de acuerdo con la legislación anterior al Código civil, ¿es nulo el contrato o contratos de venta efectuados por el dicho don Julio Andrade Soria?

3.ª En caso de nulidad, ¿debe demandarse solamente al vendedor o también a los comoradores?

Si los hermanos don Juan y don Anselmo se desentienden de este asunto, el hermano menor, don Jesús, ¿debe proceder también contra ellos por no haber reclamado a tiempo o por consentir pasivamente tales ventas?

4.<sup>a</sup> Como quiera que los bienes vendidos radican en X y el vendedor en T, ¿en dónde debe presentarse la demanda?

Lo que más interesa al consultante es el estudio de la cláusula que establece el legado de *usufructo sucesivo* y de sus límites en la legislación anterior al Código civil.

## DICTAMEN

La minuciosa ordenación de la última voluntad objeto de la consulta plantea una serie compleja de problemas jurídicos por una doble circunstancia, muy digna de ser subrayada como criterio sistematizador indispensable: de una parte, surge la duda de si el causante contravino, en su testamento y memoria testamentaria posterior, el régimen legal vigente al tiempo de su otorgamiento, y de otra, ha de tenerse muy en cuenta que la situación jurídica provocada por el «de cuius», por ser de largo tracto, debe ser contemplada a la luz del nuevo régimen jurídico instaurado por el Código civil.

Trátase, pues, ante todo de pronunciarse acerca de la validez de las disposiciones otorgadas por don José Víctor Andrade Pazos—lo cual exige determinar cuidadosamente la naturaleza íntima de las mismas—, y resuelta tal cuestión, conviene examinar el problema de Derecho transitorio ya indicado.

Tras estas necesarias disquisiciones quedará despejado el camino para dar respuesta a las preguntas formuladas por el consultante.

### I

#### VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS

En este punto, debe, desde luego, rechazarse todo escrúpulo acerca de la validez de la última voluntad que pudiera surgir por razón de estar en parte contenida en una memoria testamentaria, toda vez que a tenor de la segunda de las disposiciones transitorias del Código civil han de tenerse por válidas «las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código».

No cabe resolver el problema con igual laconismo y firmeza si se contempla esa última voluntad en su contenido, es decir, como estatuto regulador del destino de los bienes hereditarios.

Un ligero y superficial examen de las cláusulas testamentarias, impresiona el ánimo del intérprete en el sentido de que por ellas el causante estableció una vinculación de las prohibidas al tiempo de dictar aquellas cláusulas. Pero un estudio más detenido de las disposiciones del testador, permite sostener la tesis opuesta.

Si nos fijamos tan sólo en lo que constituye disposición fundamental del causante, parece, sin más, que su voluntad envuelve el establecimiento de un típico fideicomiso familiar.

«Generalmente—nos dice Marín Monroy—el señor que quiere perpetuar el nombre de su estirpe y mantener el brillo y esplendor de su casa, estatuye, en virtud de su amplio poder dominical, una excepción al orden sucesorio legal, en los bienes que afecta al cumplimiento de su deseo, establece un orden sucesorio privilegiado», y así se llega al fideicomiso, caracterizado por el mismo autor como «conjunto de bienes, propiedad de una familia, usufructuado sucesivamente por miembros de la misma, sin facultad de disponer, ni inter vivos, como simples usufructuarios que son, ni mortis causa, como patrimonio transmisible por su orden privilegiado» (MARÍN MONROY, *Fideicomisos. Origen y evolución*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», III, 1927, pág. 730).

Y, en efecto, esos caracteres que al fideicomiso familiar acompañan como notas características, parecen darse en el supuesto que se consulta.

Porque el testador llama a una serie sucesiva de personas, según un orden cuidadosamente determinado, a las que califica de «herederos usufructuarios», y les impone la prohibición de disponer, todo ello con el designio que él mismo expresa de mantener el brillo y esplendor de su casa: «Mi deseo... es que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade, la idea, el recuerdo, la memoria de aquel que al través de afanes y venciendo obstáculos la hizo edificar y adquirió, *conservándola en tiempo y durante el tiempo en la familia.*»

Y ante esa voluntad del testador, procede ahora averiguar si al tiempo de otorgarse el testamento y la memoria que lo contiene, se hallaba vigente alguna norma jurídica condenatoria de la misma.

En los años de 1885 y 1886, encontrábase en vigor la Ley de 11 de octubre de 1820, por la que quedó publicado el Decreto de las Cortes de 27 de septiembre anterior, y que, tras un corto paréntesis en su aplicación, fué restablecida plenamente desde 30 de agosto de 1836.

Esa Ley de 1820 disponía en su artículo 14: «Nadie podrá en lo sucesivo, aun que sea por vía de mejora, ni por otro título ni pretexto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna sobre ninguna clase de bienes o derechos, ni prohibir directa o indirectamente su enajenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos u otros fondos extranjeros.»

El tenor literal de la norma transcrita, prohibitiva de las vinculaciones de toda clase, por su oscuridad, hizo necesarias nuevas disposiciones aclaratorias—que no son del caso—y obligó a la jurisprudencia y a la doctrina científica a precisar el alcance de la misma.

El Tribunal Supremo dejó sentado, en numerosas sentencias, que para estimar fundada una vinculación no basta con que se establezca la prohibición de enajenar los bienes, con más la preferencia de línea, de grado, de sexo y de edad, ordenadora de la sucesión entre las personas llamadas a obtenerla, porque, además, es necesario que la institución tenga el carácter de perpetuidad, en que consisten el fin y la naturaleza del mayorazgo (Sentencias de 21 de octubre de 1862, 19 de mayo y 30 de junio de 1863 y 23 de mayo de 1866); que las notas esenciales a la vinculación son la prohibición de enajenar los bienes y la perpetuidad del instituto fundacional, rigiéndose los fideicomisos temporales por el Derecho común, porque la Ley de 11 de octubre de 1820 se refirió a los perpetuos (Sentencias de 22 de abril, 26 de mayo, 12 de junio y 20 de

septiembre de 1865, 3 de octubre y 21 de diciembre de 1867, 10 de enero de 1868, 18 de mayo de 1870, 7 de octubre de 1871, 18 de marzo y 29 de diciembre de 1880, 3 de diciembre de 1890 y 6 de junio de 1905).

La misma tesis defendieron los autores. Bastará, por todos, citar a Gutiérrez, que al referirse a la Ley de 1820 afirma que la sustitución «que se limite a determinado número de llamamientos, no es de las comprendidas en la ley, y subsiste a pesar de su prohibición: de otro modo habríamos de negar la facultad de legar el usufructo durante la vida de una o más personas sucesivamente, si viven al tiempo de constituirse, y la que tienen los pueblos para disfrutar por espacio de cien años el usufructo que se les concede sin designación del tiempo» (GUTIÉRREZ, *Códigos. Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 5.ª ed., III, Madrid, 1881, págs. 388 y 389).

Abundando en la misma doctrina, merecen recogerse las palabras que pronunciara en el Senado al discutirse la Ley de Bases, preparatoria del Código civil, don Francisco Silvela, a la sazón Ministro de Gracia y Justicia: «El hecho es que no hay ninguna prohibición expresa en nuestros Códigos, que yo conozca ni que se haya declarado por Tribunales, acerca de la extensión de los fideicomisos» (Sesión del 25 de abril de 1885, *Diario de Sesiones del Senado*, página 2254).

Tras lo expuesto, podría darse ya contestación a la primera de las preguntas que formula el consultante: la legislación anterior del Código civil no ponía límite alguno a los «usufructos temporales», en cuanto que lo único por ella condenado eran las prohibiciones perpetuas de disponer, o dicho con otro nombre, la vinculación de bienes de cualquiera clase que fuera.

Pero semejante contestación deja sin resolver el problema por nosotros planteado—único que interesa, sin duda, al consultante—acerca de la validez del testamento y memoria testamentaria del señor Andrade Pazos.

Y para despejar semejante duda, claro se aprecia que conviene seguir estudiando el fondo de tales disposiciones para ver si contienen o no una *prohibición perpetua de enajenar*.

Y a primera vista parece que sí. De una parte, llama el testador a una serie de personas—que él denomina «herederos usufructuarios»—cuidadosamente determinadas, y añade: «guardándose el mismo orden, preferencia y obligación en las sucesivas generaciones»; lo cual pone de manifiesto el carácter de perpetuidad del instituto fundacional, que el propio causante refuerza al indicar que es su deseo que los bienes por él legados se conserven «en tiempo y durante el tiempo en la familia».

Tal es el designio y propósito del testador, su ardiente deseo.

¿Pero es esa también su única voluntad? ¿No existe en sus mismas disposiciones algún otro elemento digno de especial consideración?

Desde luego que sí: porque—movido justamente por ese deseo, y para el caso de no encontrar eco entre sus sucesores—el testador ordena—con los caracteres de cláusula penal para éstos—una nueva institución.

«Nombre—dice el causante—si este acontecimiento ocurriese (atentado de los herederos usufructuarios contra la *continuidad* del estado a que deja sujeta su herencia inmueble) *por herederos en propiedad* a los señores Curas de esta parroquia de X. que respetarán y cumplirán si no lo estuviese, *todo lo dispuesto en esta Memoria Testamentaria y Testamento*», con el deber, además, de apli-

car en sufragio de su alma y de otras personas, determinados productos de dicha herencia, lo cual constituye un *modus* indudable.

Llama la atención la circunstancia de que el testador emplee terminología distinta al articular esta nueva institución: los Curas de la parroquia de X no son ya «herederos usufructuarios»—como los sucesores familiares—, sino «herederos en propiedad». Pero no debe pasarse por alto que a ellos les impone la obligación de cumplir *todo* lo dispuesto en su Memoria y Testamento. Y entre esas disposiciones figura la prohibición de enajenar conforme a lo establecido en la Ley XLIV, Título V, Partida V, que convendrá recoger y comentar sucintamente:

«En su testamento defendiendo algund ome que su Castillo, o Torre, o Casa, o viña, u otra cosa de su heredad, non lo pudiessen vender, nin enagenar: mostrando alguna razón guisada por lo que defendía: Quiero que tal cosa (nombrándola señaladamente) non sea enagenada en ninguna manera, mas que finque siempre a mi fijo, o a mi heredero, porque sea siempre mas honrrado, e mas tenido; o si dixesse, que la non enagenasse fasta que fuesse de edad el heredero, o fasta que fuesse venido al lugar, si fuesse ydo a otra parte: por cualquier destas razones, o por otra que fuesse guisada semejante dellas, non la pueden enagenar. Mas si el dixesse simplemente, que la non vendiessen, non mostrando razón guisada por que; o non señalando persona alguna, o cosa cierta, por que lo fazia: si la vendiesse, valdria la vendida, maguer el lo oviese defendido.»

Esta Ley de Partidas—que reproduce un rescripto de los Emperadores Severo y Antonino: 1.114, párr. 14, D. tib. único del LXXX—permite sólo en determinados casos la prohibición de enajenar impuesta por el testador, que se resume en el requisito de contener una razón «*que fuesse guisada*», es decir—como advierte GREGORIO LÓPEZ—una causa buena o razonable (*Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso el Sabio, glosadas por el Sr. D. Gregorio López*, edición de Berni y Catalá, Partida Quinta, Valencia, 1707, pág. 61, glosa 6).

Pues bien: la prohibición impuesta por el señor Andrade Pazos está basada en una causa razonable, por él mismo expresada: «... que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade».

Por lo que la prohibición derechamente impuesta por el testador a sus parientes llamados en la institución fundamental, puede extenderse también a los Curas de la parroquia de X, al imponerles la obligación de cumplir «*todo lo dispuesto* en la Memoria Testamentaria y Testamento».

Y como quiera que frente a los miembros de su familia la prohibición de enajenar tiene carácter perpetuo, ¿deberá concluirse—de aceptar lo dicho anteriormente—que es también perpetua la prohibición que impone a los Curas de referencia?

Conviene—antes de responder—hacerse cargo de una última previsión del testador: «Y si por esta imposición de sufragios y misa, o por cualquier otra causa o concepto en algún tiempo el Gobierno de esta Nación Española tratase de expropiar por Ley General, de esta mi herencia a los Señores Curas, *al que entonces sea le autorizo y quiero y es mi voluntad que la venda en subasta pública, pero ante Notario y previos públicos anuncios, etc.*»

A la vista de esta nueva disposición del testador, oportuno sera aludir a



una importante sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 1.º de octubre de 1877 con los antecedentes del caso que la motivó.

Un Canónigo de la Catedral de Toledo, fallecido en 1801, nombró en su testamento heredera usufructuaria de todos sus bienes raíces a una hermana suya, religiosa en un convento de Toledo; para después que ella muriese, llamó a una hija de ciertos primos carnales del testador, y a los hijos y nietos de su tal sobrina; para después de esta descendencia, llamó a otra sobrina, hermana de la anterior, a sus hijos y nietos, disponiendo que todos, por el orden y sucesión que dejaba ordenado, los heredasen y disfrutasen por sus respectivas vidas, sin que pudieran enajenarlos, empeñarlos ni disponer de otra cosa que usar de sus frutos y emolumentos, cuidando de su subsistencia y adelantamiento. Para cuando faltasen los así llamados, mandó que los bienes pasasen bajo el patronato y dirección del Deán y Cabildo de la Santa Iglesia primada, para que todos los réditos y rentas que produjeran anualmente se empleasen en ciertos aniversarios; lo que quería que así se cumpliese siempre que en contrario no hubiese alguna disposición real o se juzgase la pudiera haber por justas causas y disposición del Gobierno, en cuyo caso, y no pudiendo tener cumplimiento los aniversarios que dejaba dispuestos, mandaba que todos sus bienes raíces pasaran al Colegio de los Infantes de Toledo, patronato y dirección del Cabildo primado, para que dispusiera seis plazas más de colegiales en el modo y forma que considerase más oportuno.

El indicado causante formalizó además un memorial—integrante de su testamento—por el cual dispuso que—ante la eventualidad de que faltaran sus parientes primeramente llamados—sucediesen otras personas en lugar de aquéllas, y añadió finalmente que, si todos los por él designados faltaran, la justicia declarase adónde debían seguir los bienes, sin olvidar el llamamiento que tenía hecho al Cabildo de la Santa Catedral de Toledo con las cargas que allí señalaba, y por motivo alguno pasaran sus bienes al Colegio de Infantes, lo que revocaba y anulaba por justas causas que para ello tenía.

Planteado litigio sobre la naturaleza de tales disposiciones testamentarias, el Tribunal Supremo declaró, en el Considerando tercero de la sentencia citada, que “no se constituye en un testamento y memoria una verdadera vinculación, ni se perpetúa la prohibición de enajenar bienes, si consta en aquél que el testador designa para sucederle en sus bienes en último término a los que la justicia designase”.

Al subrayar el alcance de la doctrina sentada en la sentencia anterior, decía don Antonio Maura en uno de sus luminosos dictámenes: «Así, pues, con anterioridad al Código, la jurisprudencia del Tribunal Supremo refirió la prohibición de la Ley de 1820 tan sólo a los fideicomisarios, que por contar con indefinidos sucesores, se han de llamar perpetuos, siquiera el vocablo jamás podrá significar que sean imperecederos, no siéndolo de suyo ningunas cosas humanas. *Por remoto que esté, si en los términos de los llamamientos se conoce un límite, algún caso en que la serie de sustitutos resulte cortada, estimábase temporal y válido el fideicomiso*» (A. MAURA, *Dictamen*, III, Madrid, 1930, página 387).

Pues bien—volviendo al caso de la consulta—, ya tenemos criterio seguro para resolver la duda planteada sobre la validez de la última voluntad del señor Andrade Pazos.

A nuestro juicio, debe estarse por la validez de la misma: el testador—aun que lo deseaba ardientemente—no llegó a constituir sobre sus bienes verdadera vinculación. Y no llegó a crearla porque al llamar a los Curas de X levanta—para cuando se den determinadas circunstancias—la prohibición de enajenar que impone a todos sus herederos.

Podrá objetarse, tal vez, que ese llamamiento tiene carácter supletorio: como cláusula penal contra los herederos familiares—y que, además, la enajenación de los bienes sólo se permite en un caso extremo.

Pero no cabe negar que ésa—y no otra—es la voluntad del propio testador. Y siendo esto así, falta uno de los requisitos de las vinculaciones prohibidas por la Ley de 1820, por cuanto el causante establece un límite (no importa que sea muy remoto) a la prohibición perpetua de enajenar. Por lo cual concluimos que el testamento y memoria testamentaria objeto de la consulta deben considerarse plenamente válidos.

## II

### EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS

Sorteado el peligro que a la validez de la voluntad del testador ofrecía la Ley de 1820, prohibitiva de las vinculaciones, queda aún otro peligro, que ya no afecta a la validez de las mismas, sino a su eficacia o aplicación práctica, y que proviene de los preceptos restrictivos del Código civil en materia de sustituciones fideicomisarias.

Y aquí se ofrece un problema de Derecho transitorio. Porque el causante, que otorgó su testamento antes de regir el Código civil, falleció—y es éste el momento de la apertura de la sucesión—después de promulgado aquél. ¿Por cuál de esas dos legislaciones—antigua y posterior—debe regirse la eficacia y alcance de las disposiciones testamentarias?

El problema parece resuelto en la regla 12 de los transitorios del Código civil, a cuyo tenor «la herencia de los fallecidos después (de) Código se adjudicará y repartirá con arreglo al Código, *pero cumplido, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias*». Así, pues, serán aplicables las limitaciones que el Código establece en sus normas relativas a las sustituciones fideicomisarias.

Pero téngase en cuenta que—como indica acertadamente MANRESA—«la disposición de esta regla se contrae tan sólo a los derechos de los herederos forzosos» (*Comentarios al Código civil español*, XII, 4.ª ed., Madrid, 1931, página 871) y no a los derechos de las personas llamadas a suceder por la sola voluntad del causante sin concurso con legitimarios, que es, justamente el caso de la consulta.

Pero cabe llegar a igual conclusión por camino diferente, ayudados por la jurisprudencia y la doctrina científica.

Así, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 9 de julio de 1927 establece, en el penúltimo de sus considerandos, con criterio jurídico impecable, que «al decidir el vigente Código civil el problema planteado con motivo de las sustituciones, se encontraba con que, en tanto había legislaciones que las habían suprimido radicalmente, otras habían aceptado íntegramente todas las clases

que admitió el Derecho romano, aún no se habían extirpado en nuestra legislación los peligros que ya señalaba la Ley 12 del Título 17 del Libro 10 de la Novísima Recopilación, y quiso destruir la de 1820, restablecida en 1836, porque al amparo de la 27 de Toro se habían introducido en nuestras costumbres jurídicas, y mantenía la jurisprudencia, sustituciones con evidente apariencia de vinculación que tenían de ella la esencial prohibición de enajenar, como la que ha sido motivo de este pleito, a las cuales se venía atribuyendo valor con tal que no tuvieran caracteres de perpetuidad; y para resolver la duda que criterios tan contradictorios debieron suscitar en el legislador, adoptó un sistema intermedio de eclecticismo, del que es fruto el artículo 781, que declara válidas las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, con la cual fórmula se lograba la armonía entre principios fundamentales de la ciencia económica que había desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes y el respeto merecido a la voluntad del testador, que podía tener motivos especialísimos para asegurar de este modo la subsistencia de personas de su inmediata relación con las que tuviera deberes que cumplir y quisiera hacer compatibles con otras que la misma, ya que habían desaparecido otros motivos que dieron origen al nacimiento de los fideicomisos en la legislación romana, y dicho precepto, sin desatender el aspecto público por lo que a la organización de la propiedad se refiere, manteniendo el principio de la libertad del dominio, respeta la voluntad del instituyente dentro de la medida que el legislador estima compatible con aquel otro principio que aconsejaba la radical supresión de las sustituciones fideicomisarias, con tan justificado recelo miradas por las leyes de que antes se ha hecho mérito, y por tanto, si no se habían de frustrar los fines propuestos con esta innovación por el legislador de 1889, era indispensable que desde la publicación de dicho Código quedaran las sustituciones fideicomisarias existentes afectadas de nulidad en cuanto por el grado ya alcanzado en la sustitución gravada, o conforme a la razón de conveniencia entre los favorecidos y el testador, hubieran traspasado los límites fijados por dicho artículo 781, cuyas prescripciones constituyen un derecho nuevo, por vez primera declarados, que debe ser aplicado automáticamente así para limitar la extensión del gravamen opuesto a la disposición de la ley sobre las sustituciones fideicomisarias que antes no tuvieron condiciones de viabilidad jurídica, aunque le fuera el acto originario de su creación, como para no privar del derecho que la nueva ley consagra en favor de aquellos que tuvieran o hubieran de adquirir por acto o condición después de vigente cumplida, a considerar como libre la propiedad gravada».

Y en igual sentido escribe recientemente Federico de Castro: «Cuestión importante es determinar el valor después del Código de disposiciones testamentarias otorgadas antes de su publicación y que contengan sustituciones fideicomisarias o figuras semejantes de vinculación de mayor amplitud que las permitidas por el Código (arts. 781, 785 C. c.). Dado el carácter político prohibitivo de las disposiciones del Código, hay que admitir que después del comienzo de su vigencia no podrán permitirse fuera de los límites por él señalados. El sentido de la regla 4.ª corrobora esta interpretación, pues se trata de determinar la

«duración» de los distintos tipos de vinculaciones y el alcance de la limitación marcada al «ejercicio» de sus deberes hereditarios impuesta al fiduciario, ambas entregadas a la regulación del Código». (*Derecho civil de España*, parte general, tomo I, Valladolid, 1942, pág. 580).

Aplicando la doctrina anterior, deberemos someter la eficacia de las disposiciones testamentarias del señor Andrade Pazos al imperio del Código civil.

Cualquiera que sea la naturaleza que se asigne a los sucesivos llamamientos por él ordenados, siempre será el mismo el límite que debe fijárseles.

Quien vea en ellos una clara sustitución fideicomisaria aplicará el artículo 781 del Código, según el cual dichas sustituciones «surtirán efectos siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que viven al tiempo del fallecimiento del testador».

Quien rechace esa naturaleza deberá, al menos, admitir el establecimiento de una prohibición de enajenar, y tendrá que acudir a otro precepto del mismo Código (art. 785, núm. 2.º, que fija como límite de eficacia de tal prohibición el señalado justamente por el artículo 781.

Queda, pues, claro que en todo caso el límite para la práctica aplicación de las disposiciones testamentarias que examinamos se halla establecido por este doble criterio:

- a) Que no pasen del segundo grado.
- b) Que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

La prohibición de enajenar impuesta en el testamento o la sustitución fideicomisaria valdrán siempre y producirán efecto si pueden encajarse en cualquiera de los dos límites anteriores.

Pero si bien el segundo de ellos no ofrece dificultad alguna, por lo que afecta al primero cabe plantear una doble duda de trascendencia para el caso de la consulta.

¿En qué sentido debe tomarse la expresión «segundo grado»? Porque puede significar tanto «segundo grado de parentesco» como «segundo grado de sustitución». Esa dualidad de posibles acepciones dividió a la doctrina científica e hizo incluso vacilar al propio Tribunal Supremo, hasta la sentencia de 25 de junio de 1940, que decididamente se inclina por la segunda, de tal modo que, de acuerdo con ese criterio, se permiten tres llamamientos sucesivos equivalentes a dos fiduciarios (o usufructuarios, en su caso) que reciben para restituir y un fideicomisario que adquiere ya en pleno dominio.

Otro problema digno de tomarse en cuenta es el relativo al modo de computar los grados; problema que encontramos resuelto en Pothier con doctrina aplicable a nuestro Derecho.

«No se cuentan—dice el ilustre jurista francés—más que los grados de sustitución que han tenido efecto. Un grado de sustitución tiene efecto cuando la persona llamada al grado ha recogido efectivamente los bienes sustituidos. El grado de sustitución no ha tenido efecto cuando la persona llamada al grado no ha recogido los bienes sustituidos, sea que haya premuerto antes de la apertura. El primer grado de la sustitución—sigue diciendo Pothier—no es más que el segundo en la disposición; y el primer sustituto supone una persona antes que él, que haya recogido en primer lugar los bienes sustituidos y haya gozado o debido gozar hasta el tiempo de su muerte o de alguna otra condición que haya

dado apertura a la sustitución» (*Ouvres de POTHIER contenant les traités du Droit Français*, Nouvelle édition mise en meilleur ordre et publiée par les soins de M. Dupin, Paris, 1827, tomo VII, págs. 644 y 646).

Tras lo indicado, ya podemos sin vacilaciones determinar el alcance de los llamamientos sucesivos ordenados por el señor Andrade en su disposición testamentaria.

Deberán mantenerse dentro de los límites que señala el Código civil y, en consecuencia, valdrán hasta el segundo grado o hasta el llamamiento del último de los parientes que vivía al tiempo de su muerte.

Y entre uno y otro criterio deberá estarse por el que sea más respetuoso con la voluntad del causante, dirigida a mantener sus bienes en el círculo de la familia durante el mayor tiempo posible.

Pues como indica Gabba: «Sólo cuando se trata de definir si una disposición testamentaria es *válida* o no la cuestión es de derecho puro, no siendo las reglas jurídicas invocadas de interpretación, sino preceptos impuestos al testador mismo; pero cuando no se discute sobre la *validez* dicha, sino sobre el *efecto* de la disposición, y propiamente del mayor o menor efecto de los cánones jurídicos invocables, no pueden ser más que cánones de interpretación del testamento, generales, sin duda, que abarcan un número indefinido de interpretaciones y de decisiones parciales, que de otro modo tendría el jurista que formular en cada caso.» («Sustitución fideicomisaria y sustitución vulgar», en *Cuestiones de Derecho civil*, trad. de POSADA, vol. II, Madrid, La España Moderna, s. a.).

En consecuencia, y como resumen de todo lo anterior, deberán estimarse plenamente eficaces los llamamientos sucesivos hasta el segundo grado o hasta el último de los parientes del causante que viviera al tiempo de su muerte, aceptando como criterio decisivo el que permita mantener por más tiempo la prohibición de disponer.



#### EFICACIA DE LAS COMPRAVENTAS REALIZADAS POR DON JULIO ANDRADE SORIA

Resuelto el primer problema que plantea el consultante, podemos ya abordar el segundo que formula acerca de si deben tenerse por nulas las ventas efectuadas por su hermano don Julio, lo cual es tanto como preguntar—único aspecto digno de consideración—si por virtud de tales contratos adquirieron el dominio los compradores.

La duda se resuelve fácilmente: los compradores no adquirieron la propiedad de los bienes por el solo hecho de la compraventa seguida de tradición. Y no lo adquirieron por hallarse en vigor la prohibición de disponer que impuso a sus sucesores el señor Andrade Pazos, por cuanto el vendedor don Julio Andrade resulta ser el primer sustituto fiduciario, obligado por ello a no transmitir, a conservar los bienes en favor de quien debe sustituirle a su vez en la titularidad de los mismos.

En tal sentido se pronuncia el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros.

Así, la Resolución de 8 de octubre de 1902 declara: «re-establecido en el tes-

tamento que la heredera voluntaria» no podría vender, partir o dividir «la finca que heredaba, es evidente que no pudo enajenarla».

La Sentencia de 5 de enero de 1895 se inclina por igual solución, al decir: «instituido un fideicomiso en un hijo del testador y sus descendientes por orden de primogenitura, la sentencia que *declara nulas las enajenaciones de los bienes fideicomitidos* y manda que se dejen éstos a disposición del heredero de aquél, no infringe la voluntad del testador»; doctrina confirmada por la Dirección General en su Resolución de 11 de julio de 1923: «la voluntad del testador, decisiva para los efectos de que un elemento de su patrimonio pase al de su heredero, no implica que los bienes o derechos relictos hayan de seguir continuamente formando parte del de este último con la misma modalidad fijada en el testamento, y no puede sostenerse que cuando se llama a una persona en concepto de usufructuaria se le imponga el deber de continuar en la posesión y goce de tal derecho durante su vida, sino que *mientras el testador no lo prohíba expresamente* y la ley admita la transmisibilidad o renuncia de los bienes o derecho relictos, *ha de sobreentenderse que el heredero puede disponer de los mismos en los términos fijados por el ordenamiento jurídico normal*».

Los compradores, pues, no pudieron adquirir el dominio de los bienes en virtud de la regla «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*», que rige con carácter general, y de la cual son tan sólo excepciones taxativas las adquisiciones *a non domino*, posibles en nuestro Derecho—tratándose de inmuebles—a virtud de la fuerza legitimadora del Registro de la Propiedad, que no opera en nuestro caso por figurar inscritos los bienes a nombre del causante don José Víctor.

Pero si bien los compradores no pueden ampararse en el Registro (como podrían hacerlo si el transmitente figurase en él como propietario actual de los bienes y no constará la prohibición de enajenar, si tienen a su favor los beneficios de una posible usucapión, ya que tales compraventas constituyen, sin duda alguna, justo título para prescribir.

El Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia—y, entre otras, en sus sentencias de 30 de marzo y 11 de diciembre de 1943—tiene sentado que «el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio *aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente*, pues precisamente para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción que de otro modo sería inútil».

Prescripción adquisitiva que en nuestro caso se completará al cabo de diez años de posesión ininterrumpida de los compradores, causahabientes o terceros que adquieran tales bienes de los mismos, siempre que en todos se den los requisitos de la posesión de buena fe, a los que debemos referirnos más adelante.

#### IV

##### ALCANCE DE LA CLÁUSULA PENAL

En la tercera de sus preguntas plantea el consultante dos problemas, para cuya solución se hace preciso examinar el alcance de la sanción penal ordenada por el testador contra los infractores de su última voluntad, que examinaremos

en este punto, y como consecuencia de su interpretación determinar el llamamiento supletorio a la herencia del señor Andrade Pazos, que reservamos para el siguiente.

La cláusula penal contenida en la séptima de la Memoria testamentaria dice así:

«Si en cualquier tiempo, alguno o algunos de mis herederos usufructuarios, vendiendo o en otra cualquier forma, se opusiesen o reclamasen la nulidad contra la continuidad del estado a que dejo sujeta mi herencia inmueble, acrezca la parte de él o de los rebeldes a la de los que obedezcan. Y si fuesen todos o si se propusiese la nulidad de lo que dispuesto queda, entiéndanse todos privados de cuanto se les deja en esta Memoria y Testamento. Y nombro, si este acontecimiento ocurriese, por herederos en propiedad a los señores curas de esta parroquia de X...»

La simple lectura de la cláusula es bastante para concluir que en todo caso la conducta de cualquiera de los sucesores familiares contraria a la continuidad del estado a que deja sujeta el testador su herencia inmueble, lleva consigo, según la voluntad de éste, la privación de sus derechos hereditarios.

Por lo cual, concluimos que don Julio Andrade Soria perdió los suyos en la herencia que nos ocupa desde el punto y hora que infringió—con las ventas realizadas—la prohibición de enajenar.

Lo que no aparece tan claro, al menos a primera vista, es el destino que deba darse a los bienes, por virtud de la cláusula penal, en el caso de infracción.

El testador ordena escalonadamente dos consecuencias para dos supuestos diferentes. Y si bien las consecuencias resultan claramente determinadas, no lo están de igual modo los supuestos que les sirven de base.

Como efecto de primer grado, establece un derecho de acrecer en perjuicio del heredero o herederos usufructuarios rebeldes y en favor de los que obedezcan la continuidad a que aspira el testador. Derecho de acrecer que si se toma en sentido técnico exige—como supuesto indispensable—pluralidad de herederos simultáneos y que no cabe aplicar en el caso de estar llamado por el testador un heredero único, so pena de entender que con la frase «los que la obedezcan» se alude a los parientes del testador que no son llamados a su herencia conjuntamente con el infractor o infractores, sino, en su lugar, para sustituirles al producirse la contravención. Pero semejante sentido de la cláusula penal violenta demasiado la frase «... acrezca la parte de él o de los rebeldes a la de los que la obedezcan», pues, dada la condición de jurisperito del testador, debe estimarse que el verbo acrecer tiene sentido técnico, sin que pueda aludir al juego de una sustitución vulgar.

Concluimos, pues, que el primer supuesto que contempla la cláusula penal se limita—con esa consecuencia del derecho de acrecer—al supuesto de pluralidad de herederos unos infractores y otros obedientes a la voluntad del testador.

Como efecto del segundo grado, la cláusula penal contiene el llamamiento a la herencia de los curas de la parroquia de X. Pero ¿en qué supuesto?

De nuevo se ofrece dudosa la expresión del testador, pues al decir «... y si fuesen todos o si se propusiese la nulidad de lo que dispuesto queda, entiéndanse todos privados de cuanto se les deja en esta Memoria y Testamento», lo mismo puede entenderse que quiere referirse el testador a todos sus posibles herederos

*jamhuares*, como a solo las que de modo efectivo lo sean en el momento de la infracción, y tanto si existen varios como si existe un heredero único.

Pero este camino de conjeturas nos lleva demasiado lejos. Por eso, bueno será antes de emprender la marcha parar mientes en cierta doctrina sentada por la Dirección General de Registros, de aplicación en el caso presente, según la cual «... cuando las prohibiciones de disponer consignadas en un testamento van unidas a una sanción o a un régimen subsidiario, para el caso de que sean incumplidas, deben entenderse aquéllas en el sentido literal, a no ser que fué otra la voluntad del testador, con arreglo al artículo 675 del Código civil». (Resoluciones de 7, 14 y 21 de mayo de 1929.)

Si aplicamos esta doctrina al supuesto de que infrinja las disposiciones testamentarias que venimos examinando uno solo de los sucesores familiares, deberemos preguntarnos si, cuando no sea posible aplicar el derecho de acrecer (efecto de primer grado de la cláusula penal), por no existir concurso con otros sucesores familiares, puede entenderse que los bienes han de pasar a los curas de X (efecto de segundo grado), o más bien habrá que llamar a la herencia—s existen—a otros parientes del testador que se hallen dispuestos a someterse a su voluntad. Lo cual equivale a tener en cuenta más que el tenor literal de las palabras del testador, el sentido íntimo de todas sus disposiciones.

A nuestro juicio, debe aplicarse este último criterio, por lo ya dicho, y por otra razón de extraordinario peso.

Y es que, si se examina detenidamente la cláusula penal, se llega al convencimiento de que el testador, al ordenarla, se hizo cargo tan sólo del supuesto de pluralidad de sucesores familiares. Entendiéndolo así, resulta sencillo el juego de la doble sanción que escalonadamente establece: para el caso de que unos incumplan y otros observen su voluntad, priva a los primeros de su porción y ordena pase a los otros por el conducto del derecho de acrecer; y ante la hipótesis de que no puedan permanecer establemente en la familia, por haberse rebelado todos sus parientes o por intentarse la impugnación de su última voluntad, les priva también a todos ellos de la herencia y quiere que salga del círculo familiar y sea recogida por los curas de X.

El causante redactó, sin duda, la cláusula penal teniendo a la vista la segunda de su testamento, en la cual se establecía para el primero y sucesivos llamamientos pluralidad de usufructuarios familiares. No se dió cuenta de que con la modificación de la Memoria (cláusula primera) esa pluralidad cesaba a partir del segundo llamamiento y en todas las siguientes. El mismo parece poner de manifiesto su descuido cuando dice: «Modifico el punto primero de la cláusula séptima de mi testamento...», cuando, en realidad, altera además otros puntos, entre ellos el orden de preferencia y las obligaciones de los llamados en segundo y ulteriores grados.

Nos hallamos, pues, ante una *cláusula inexpresiva* en uno de sus extremos: la cláusula penal queda clara por lo que respecta a la sanción del infractor (a quien se priva de su derecho a la herencia), pero calla, por lo que mira al destino de los bienes, cuando aquél sea único sucesor familiar y existan otros parientes que se hallen dispuestos a cumplir la voluntad del testador.

Siendo inexpresiva, se han de utilizar los elementos de interpretación de que habla en tales casos nuestro Tribunal Supremo.

«Cuando el texto de las cláusulas testamentarias sea claro y expresivo, de



suerte que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador, habrá el juzgador de atenerse a ese literal con texto; *mas cuando las cláusulas sean oscuras, ambiguas o inexpresivas*, el Juez deberá, como en cualquier otra interpretación, enfocar todas las circunstancias del caso para dar a las palabras el sentido que sea más conforme a la situación, ideas y hábitos del testador, de conformidad con la supremacía que ha de concederse a la voluntad del disponente». (Sentencia de 3 de junio de 1942.) «Puede nacer el caso de duda a que se refiere el propio artículo (el 675 del Código civil), no sólo de que las cláusulas del testamento sean oscuras o ambiguas, sino también de que sean *en algún punto inexpresivas*, ya que la ley no excluye esta posibilidad y, por consiguiente, admite implícitamente que el sentido literal de las disposiciones del testamento, insuficientemente expresado, pueda ser desenvuelto o integrado por el Juez, siempre que para ello se parta de las propias declaraciones del documento testamentario, o lo que es igual, del «tenor del mismo testamento», del cual puede extraerse, por modo claro, la verdadera y completa voluntad del disponente. En todo caso, es incuestionable que los testamentos, como toda clase de negocios jurídicos, no se han de interpretar tomando sólo en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad, como así lo viene reconociendo una jurisprudencia muy reiterada, en la que se ha establecido que para la recta inteligencia de una cláusula testamentaria objeto de controversia es forzoso ponerla en relación con las demás del testamento, para conocer, por el contenido de todas y de cada una, cuál fué en aquéllas la verdadera voluntad del testador». (Sentencia de 6 de marzo de 1944.)

Aplicando el método indicado, debemos averiguar, por el examen de otras cláusulas del testamento y de la Memoria, la completa voluntad del disponente.

Recordemos: «... mi deseo, mi deliberada voluntad... es que siempre se vea en la referida casa de «Los Hoyos» y en todo lo de su anexión el apellido Andrade..., conservándola en tiempo y durante el tiempo en la familia». (Cláusula 7.<sup>a</sup> del Testamento.)

Si tal es la voluntad del testador, resulta en un todo correcto concluir que el llamamiento de los curas de X tiene el alcance y valor de un remedio extremo para el caso que no pueda lograrse el fundamental designio de que los bienes permanezcan unidos a la familia. O dicho de otro modo: los curas de X deberán ser excluidos de la sucesión siempre que, además del infractor, existan otros parientes del causante dispuestos a cumplir sus disposiciones, quienes recibirán la porción hereditaria que aquél deje vacante, o por virtud del derecho de acrecer (de acuerdo con la letra de la cláusula penal), o por el juego de la sustitución vulgar (de acuerdo con el sentido general del testamento). Así queda colmada la laguna a que antes nos hemos referido.

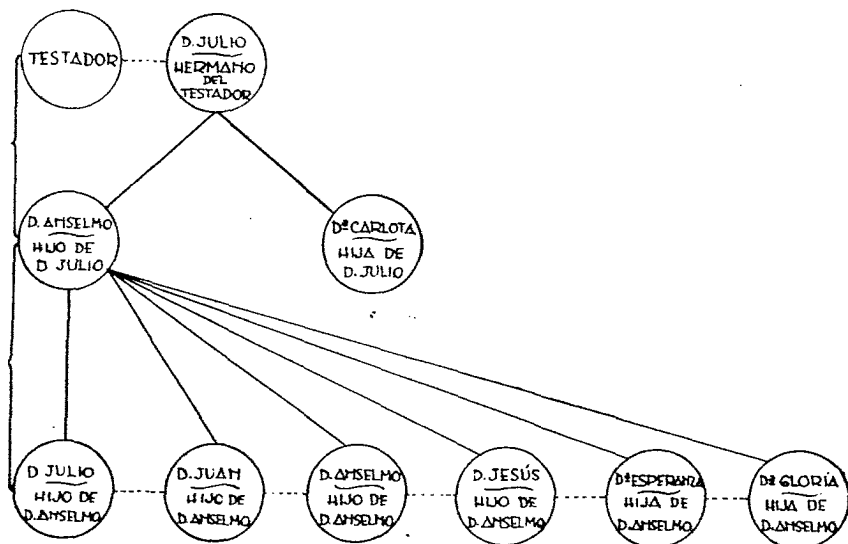
## V

### EL LLAMAMIENTO SUPLETORIO A LA HERENCIA

Ahora debemos preguntarnos, en concreto, quiénes resultan llamados a la herencia del señor Andrade Pazos, a consecuencia de las ventas realizadas por don Julio Andrade Soria.

Y, ante todo, conviene fijar con precisión la naturaleza y alcance del derecho hereditario que correspondía a este último al tiempo de cometer la infracción para averiguar en qué sentido, debe aplicarse la cláusula penal.

La situación de la herencia en tal momento, podría representarse con el siguiente gráfico:



Muerto D. Anselmo Andrade Torres, se hizo cargo de la herencia su hijo don Julio, sin concurso con ningún otro pariente, pues su tía doña Carlota—única que tenía derecho a compartir los productos del usufructo, en virtud de la cláusula primera de la memoria—había renunciado anteriormente a su participación hereditaria.

Con ello, sin embargo, no quedaba purgada la titularidad de don Julio de toda limitación, pues, por lo antes dicho, sobre él pesaba la prohibición de disponer, que le convertía en un heredero bajo condición resolutoria, porque dependía de un acontecimiento futuro e incierto (la enajenación de los bienes) que se exigiera su derecho hereditario.

La condición se cumplió, y ahora trata de averiguarse los efectos de este cumplimiento.

Dos criterios pueden adoptarse ante la resolución del derecho de don Julio:

Por una parte, cabe invocar el artículo 888 del Código civil, y entender que caducó el legado que disfrutaba el testador, con la consecuencia de refundirse en la masa de la herencia. Por este camino sería de aplicación lo dispuesto en la cláusula II.ª de la memoria, refundiéndose el legado en la herencia de don Anselmo Andrade Torres, libre ya de toda prohibición de disponer. Pero tal solución, a más de encontrar un obstáculo en el propio ar-

ticulo 888, en cuanto deja a salvo «los casos de sustitución y derecho de acrecer», contraria claramente la voluntad del testador de que permanezcan sus bienes en la familia afectados de la prohibición de disponer, voluntad que todavía debe cumplirse por no haberse alcanzado el límite que señalan los artículos 781 y 785, número 2 del Código civil.

Rechazada la solución anterior, nos queda otra que permite cumplir fielmente la voluntad del causante.

A nuestro juicio, el cumplimiento de la condición resolutoria determina en el caso de la consulta los efectos de una sustitución vulgar.

Lo entendemos así a la vista de la cláusula 1.ª de la memoria: «A la muerte de don Anselmo, recaerá este usufructo en el hijo varón mayor, preferentemente al menor que tenga, y a falta de varón recaerá con igual preferencia en sus hijas, y así sucesivamente».

El testador establece un orden de preferencia en el llamamiento de los hijos de don Anselmo, fijándose en el doble criterio de sexo y edad. Tal preferencia significa claramente—no cabe la menor duda acerca de este punto—una sustitución vulgar. ¿Para qué supuestos?, cabe preguntar. Porque el testador fué muy parco en este extremo; tan sólo se limitó a señalar que entrarían a suceder las hembras a falta de varón.

No nos dijo si en esa *falta* quedaban comprendidos, a más del caso de muerte, la de renuncia a la herencia, cumplimiento de la condición resolutoria, etc.

Por eso convendrá acudir a las Leyes de Partidas vigentes al ordenar su última voluntad y al Código civil en vigor en el momento de cumplirse la condición resolutoria que venimos examinando.

Decía el proemio del título V de la partida 6.ª: «Establecen sus herederos los omes en los testamentos, e ponen y condiciones, assi como mostramos en el titulo ante deste; e porque puede ser, que aquellos herederos que primeramente son puestos en el testamento mueren ante que ayán fijos, o non cumplan aquellas condiciones o aquellas cosas, que les mandó el que fizó el testamento, tuuvieron por derecho los sabios antiguos, que fizieron las leyes, que en un mismo testamento pudiesse ome establecer herederos de muchas maneras. Porque si los primeros muriessen, o non cumpliesen la condición e la voluntad del testador, entrassen otros en lugar dellos que lo fiziesen. E por ende, pues que de suso fablamos de los primeros herederos queremos aque dezir de los otros a quien llaman latin *substitutos*».

Claro resulta, según este texto, que una de las causas del juego de la sustitución es justamente la infracción del heredero.

De igual modo lo entienden los autores modernos que se ocuparon del tema. Así, por ejemplo, Inocencio Galvão Teles, el cual afirma que se producirá la sustitución vulgar al cumplirse la condición resolutoria que afectaba al llamado en primer término (*Vid.* «Direito de Representação, Substituição Vulgar e Direito de Acrescer». Lisboa, 1943, pág. 189); y en igual sentido, entre los italianos, Coviello, «Diritto delle successioni», II, 1915, pág. 805 y s.

En nuestro Código tenemos un precepto digno de cita: «Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar» (art. 774, apartado 1.º).

Al comentar ese precepto, indica Traviesas que los supuestos de imposibi-

lidad: aparte de la premuerte—no se especifican, pero pueden comprenderse entre ellos «el incumplimiento de condición a que se somete la institución» (TRAVIESAS, *Sustituciones hereditarias*, en «Revista de Derecho Privado», XIV, 1927, página 406), a cuyo parecer se adhiere MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, VI, 6.ª ed., Madrid, 1932, pág. 113).

Si ahora tenemos en cuenta el segundo apartado de dicho artículo 774, a cuyo tenor «la sustitución simple y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior (premuerte, repudiación e imposibilidad), a menos que el testador haya dispuesto lo contrario», queda resuelto el problema planteado.

El causante llama a los hijos varones de don Adolfo sucesivamente y sin expresión de casos y le impone una condición; cumplida ésta entra en juego la sustitución, y los bienes hereditarios pasan en consecuencia, al resolverse el derecho de don Antonio, al mayor de sus hermanos que no repudie la herencia.

Queda todavía una última duda que conviene despejar, originada por la circunstancia de haber renunciado la mayor parte de los hijos de don Anselmo Andrade Torres a la herencia de éste; ¿tal renuncia lleva consigo la pérdida de cualquier derecho que pudiera corresponderles en la herencia de don José Víctor Andrade Pazos?

El problema se resuelve fácilmente, teniendo en cuenta que, como dice Mucius Scaevola, dentro del sistema español «la sucesión del sustituto fideicomisario se relaciona directamente con el fallecimiento del testador a quien hereda, y no con el del sustituido», por cuanto «*el fideicomisario es propiamente un heredero del sustituyente, y sólo en manera impropia del sustituido*». («Código civil comentado», XIII, 5.ª ed. revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1944, páginas 725 y 726).

Así, pues, la renuncia a la herencia de don Anselmo—sucesor sustituido—para nada afecta al derecho de sustituirle, que permanece vivo mientras no renuncien los sustitutos a la herencia del sustituyente, es decir, del señor Andrade Pazos.

En resumen: tras la infracción realizada por don Julio Andrade Soria, resulta llamado en primer término el mayor de sus hermanos varones, y caso de renunciar éste a sus derechos, el siguiente, con preferencia a las hermanas, que sólo pueden suceder en último término y con igual orden de preferencia por razón de su edad.

## VI

### DEFENSA DEL DERECHO DEL SUSTITUTO

Quien de conformidad con lo indicado anteriormente se haga cargo de la herencia del señor Andrade Pazos, cuenta con dos acciones diversas para conseguir la efectividad de su derecho: una contra los terceros que poseen los bienes vendidos por don Julio Andrade Soria, y otra contra este último.

Frente a los terceros, deberá ejercitarse la acción reivindicatoria, porque es la que compete al propietario contra el poseedor cuando entre las partes liti-

gantes no existe ningún vínculo contractual que obligue al demandado a restituir los bienes litigiosos.

Contra la reivindicatoria podrán los terceros oponer, por vía de excepción, la prescripción adquisitiva, que sólo matará la acción del demandante si resulta probada la posesión ininterrumpida durante diez años, con buena fe (artículo 1.957 del Código civil), toda vez que el justo título existe, sin duda, a su favor, según se expuso en uno de los puntos anteriores. Buena fe que consiste «en la creencia de que la persona de quien recibió (el poseedor) la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio» (art. 1.950 del Código civil), y que entraña «desconocimiento de cualquier vicio que pudiera tener el título del causante». (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1912).

Si llegara a demostrarse la mala fe de los terceros, la prescripción adquisitiva no se completaría sino al cabo de treinta años de posesión ininterrumpida (art. 1.959 del Código civil).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la posesión se interrumpe y queda ineficaz el proceso de prescripción comenzado por citación judicial hecha al poseedor con las solemnidades legales, si el actor no desiste de su demanda o deja caducar la instancia (arts. 1.945 y 1.946 del Código civil), e igualmente por el acto de conciliación, siempre que dentro de dos meses de celebrado se presente ante el Juez la demanda sobre dominio de la cosa cuestionada (art. 1.947 del Código civil).

Independientemente de la reivindicatoria, puede ejercitarse otra acción—la petición de herencia—contra don Julio Andrade Soria, para pedirle la restitución de los bienes de la herencia que aún posee con sus accesiones y frutos, y el precio de los vendidos. La demanda deberá fundarse en las disposiciones testamentarias del señor Andrade Pazos, alegando la interpretación dada anteriormente, y de modo muy especial las consideraciones relativas al juego de la cláusula penal y de la sustitución vulgar en favor del demandante.

Ambas acciones—reivindicatoria y petición de herencia—deberán ejercitarse—por su carácter real—ante el Juzgado de T., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62, regla 3.ª de la ley de Enjuiciamiento civil.

Téngase además en cuenta que la de petición de herencia no prescribe en cuanto a inmuebles hasta los treinta años; así lo entienden la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 28 de febrero de 1908 y 21 de junio de 1909) y la doctrina científica (MANRESA, *Comentarios*, VII, 6.ª ed., revisado por BONET, Madrid, 1943, pág. 465; SERRANO, *La reserva de los artículos 191 y 192 del Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», XXVII, 1943, pág. 51).

Finalmente, a la pregunta del consultante de si debe proceder contra sus hermanos don Juan y don Anselmo por no haber reclamado a tiempo o por consentir pasivamente las ventas, se ha de contestar negativamente, por cuanto no se hallaban obligados—sino sólo facultados, cada uno en su caso—para entablar las correspondientes acciones contra el infractor y contra los compradores.

En el supuesto de que se desentiendan del asunto, es aconsejable obtener su renuncia formal a la herencia del señor Andrade Pazos, para que pueda el consultante accionar por su propio derecho en calidad de sustituto.

### III. NOTAS CRITICAS

## Sobre una revisión de las donaciones «mortis causa» en nuestro Código civil

I. *Concepto y régimen de las donaciones mortis causa.*—1. Influjo de García Goyena en la doctrina posterior al Código civil.—2. Interpretación del artículo 620.—3. Régimen de las donaciones mortis causa.—II. *Revisión de otros preceptos e instituciones.*—4. La donación no es contrato.—5. Prohibición de donaciones entre cónyuges.—6. El concepto de condición y las donaciones mortis causa de tipo suspensivo.—7. La conmorienca y las donaciones mortis causa.—8. La reversión del artículo 641 y las donaciones mortis causa de tipo resolutorio.—9. Los fideicomisos contractuales como donaciones mortis causa superpuestas.—10. Las donaciones mortis causa indirectas.—11. Interpretación de los artículos 177, 827 y 1.331 del Código civil.—III. *Crítica de la tesis de Vallet.*—12. Las conclusiones y el método.—13. Naturaleza de las donaciones mortis causa de tipo suspensivo.—14. Las donaciones mortis causa superpuestas.—15. Las donaciones mortis causa indirectas.—16. Conversión de las donaciones entre cónyuges.—17. Sentido del artículo 620 del Código civil.

Si se nos pidiera una impresión breve, sintética, del reciente libro de Vallet acerca de *La donación mortis causa en el Código civil español* (1), diríamos que es... la piedra caída en el lago.

Porque las tranquilas aguas de nuestro Derecho civil se han visto agitadas, más bien revueltas, por la pieza que Vallet ha construido con originalidad que nadie podrá negarle.

Nuestro ilustre notario, al enfrentarse con la común doctrina de los exegetas del Código civil, que certificaron unánimes la defunción de la figura jurídica objeto de su trabajo, viene a decirles: «Los muertos que vos matáis, gozan de buena salud.»

Quien se adentre en las logradas páginas del libro, verá navegar la donación mortis causa a velas desplegadas con la guía de un buen piloto que conoce bien la ruta y sortea los arrecifes, seguro de su empresa.

Quisiéramos seguirle—al exponer su pensamiento—para ofrecer, antes que nada, su original construcción. Señalar más tarde alguno de los obstáculos que hubo de encontrar en esa ruta. Y subrayar, por último, nuestros temores de que pueda malograrse el éxito de la empresa si es que cabría pensar—por alguna grieta de la armadura—en que hiciera aguas el navío.

#### I. *Concepto y régimen de la donación mortis causa.*

1. El culpable fué—para Vallet—García Goyena, que ha influido perniciosamente en la doctrina posterior al Código civil.

Su afrancesamiento le llevó a un ataque furibundo contra las donaciones

(1) Madrid, 1950 (Instituto Editorial Reus), 205 págs.

mortis causa—«una especie de monstruo entre los contratos y las últimas voluntades»—, entendiendo, además, para defender su abolición, que habían caído en desuso por la algarabía del Derecho romano y patrio sobre los supuestos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, que no podían producir sino dudas, confusiones y pleitos, en los rarísimos casos que ocurriesen, por dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caracteres.

Viene luego el Código civil, que no contiene ninguna definición de las donaciones mortis causa. Pero la doctrina, en general, rechaza el concepto amplio, multiseccular, de esta institución, y acoge otro vulgar, más restringido, dejando fuera de él las donaciones otorgadas en forma resolutoria, es decir, con inmediata transmisión del objeto donado, y también las donaciones «propter mortem alterius», que habían sido reconocidas como mortis causa por nuestro Derecho tradicional.

Por otra parte, la doctrina ha seguido con rara unanimidad una interpretación servil al modelo francés, llegado a nosotros a través del auge que los admiradores del Código Napoleónico tenía entre los promotores de nuestra codificación, y ha tergiversado el verdadero sentido de las donaciones mortis causa, por una interpretación dócil a parte de la letra, pero no al espíritu del artículo 620 de nuestro Código.

A la exégesis de este precepto dedica Vallet el capítulo VIII de su libro, después de haber estudiado el concepto, naturaleza y formas de las donaciones mortis causa en el Derecho romano, en nuestro Derecho histórico y en el propio de las regiones forales; las restricciones de la donación mortis causa en las legislaciones modernas, y el concepto y opinión de los autores después de nuestro Código civil. Reserva, además, un capítulo a examinar la teoría de la condición y la donación mortis causa, con observaciones que recogeremos más adelante.

Digamos al paso que para Vallet—partidario decidido de la subsistencia de la institución como figura autónoma—«la utilidad de la donación mortis causa se centuplica tratándose de las donaciones mortis causa superpuestas a otras donaciones, o bien en las de carácter indirecto».

2. Se enfrenta con el artículo 620 del Código civil—básico del tema—y realiza una exégesis muy original, que vamos a resumir con cierta amplitud, porque lo merece.

Gramaticalmente no encuentra Vallet razón alguna para entender que, por virtud de dicho precepto, hayan perdido las donaciones mortis causa su individualidad. Para él subsisten en el Código civil diferenciadas de los legados por razón de su forma. \*

El artículo 620 se limita a decir que las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante *participan de la naturaleza* de las disposiciones de última voluntad, y se *regirán por las reglas* establecidas para la sucesión testamentaria.

Habla el precepto de donaciones. Y al ser calificadas así por el legislador, y tenerlas como válidas, han de ser donaciones—si el artículo no miente—y no disposiciones testamentarias. Legados y donaciones mortis causa se distinguen por su otorgamiento: testamentario el de aquéllas y convencional el de las donaciones.

Dice el artículo 620 que estas donaciones *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad. Pero esto significa que existen algunos puntos de semejanza, o todo lo más de identidad con respecto a la naturaleza de que se participa, pero no que se llegue a confundir con ella (2).

Y sutilmente se fija, por último, en la expresión del artículo 620: estas donaciones «se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Entiende Vallet que cuando se dice que *algo se regirá* por las reglas establecidas para otro algo, se parte de que los dos han nacido ya. Y, por lo tanto, las palabras «se regirán» se refieren al desenvolvimiento, al funcionamiento, a la ordenación de aquel «algo», ya nacido, pero sin reglamentar aún. Es decir, que deberán aplicarse las reglas de la sucesión testamentaria, pero no las del testamento como forma de nacimiento de la relación, puesto que hay que partir de que ésta ya ha nacido.

Advierte, y con razón (volveremos más tarde sobre este punto), que para diferenciar la donación mortis causa de la sucesión testamentaria, no hay otro medio que mirar a su distinto nacimiento, porque esto es lo único que básicamente distingue ambas instituciones, tanto que sin esta diversa creación no podría ni siquiera denominárseles con términos distintos.

Para confirmar esta interpretación acude también a los criterios lógico, histórico y sistemático.

Lógicamente, si las donaciones mortis causa participan de las disposiciones de última voluntad, puede aceptarse la aplicación a aquéllas de las reglas de éstas en cuanto se refieren a su naturaleza semejante o idéntica. Pero, en cambio, no hay por qué hacer aplicación de las relativas a su forma, que, casi por definición, han de ser distintas. Ya que esa diferencia es lo que determina que se llame a una figura donación y a la otra disposición testamentaria.

Una rápida ojeada histórica le lleva a concluir que siempre valieron como donaciones mortis causa las otorgadas como inter vivos, insistiendo en que las donaciones mortis causa nunca se otorgan en testamento, pues de otorgarse en acto de dicha naturaleza ya no serían tales donaciones mortis causa, sino legados.

Desde el punto de vista sistemático, apoyan también, a juicio de Vallet, su interpretación varios preceptos del Código civil: negativamente, el artículo 618, en cuanto no excluye del concepto de donación los otorgados mortis causa; y positivamente, los artículos 177, 641, 827 y 1.331. De ellos nos ocuparemos después, porque merecen especial comentario.

Se hace cargo, finalmente, de la posible objeción que pudiera esgrimirse al comparar el artículo 942 del Proyecto de 1851 con el 620 del Código civil.

El del Proyecto era mucho más absolutamente negativo de las donaciones mortis causa que el 620 del Código, pues de una parte autorizaba para donar para después de la muerte del donante cosas específicas no fungibles, pero asimilaba dichas donaciones a las inter vivos; y de otra, decía de las donaciones de una cantidad de cosas fungibles o de todo o una parte alicuota de los bienes del donante para después de su muerte, que «no podrán otorgarse sino en tes-

(2) Este argumento alrededor de la palabra «participan» había sido ya esgrimido por ARMITAGE, *Legislación Notarial*, Madrid, 1926, pág. 143, para defender la separación entre legados y donaciones mortis causa. En igual sentido FERNÁNDEZ BAS, *El impuesto sobre el causal relicto*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1946, pág. 406.



tamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades». Con lo que separaba como cuestiones distintas la *forma de otorgarse* y el *régimen de reglamentación*. El artículo 620 vigente, en cambio, sólo habla de la reglamentación o régimen, pero nada dice de la *forma*.

3. No es fácil tarea resumir en pocas líneas el pensamiento de Vallet en orden al régimen de las donaciones mortis causa. Y es que, como ya nos tiene acostumbrados en todos sus escritos, a la par que examina los puntos fundamentales va tratando otros que le surgen al paso, ofreciendo también para ellos una interpretación original.

Seleccionaremos, pues, nosotros los que nos parecen de mayor relieve, reservando para otro apartado de esta nota cuestiones complementarias.

Para él, debe mantenerse, dentro del Código, el concepto clásico e inmemorialmente milenarista de las donaciones mortis causa, y considerar como tales a las hechas en atención a la muerte del donante, cuya eficacia o ineficacia depende, por lo tanto, de que viva el donatario al ocurrir dicho hecho. Y como variedad suya a las llamadas *propter mortem alterius*.

Vallet discrimina cuidadosamente los variados aspectos de la donación mortis causa para señalar si le son o no aplicables las reglas propias de la sucesión testamentaria.

Entiende que el artículo 737 es uno de los que entran en juego por la llamada que hace el 620. Y por eso toda donación que haya de producir sus efectos por muerte del donante, será esencialmente revocable, aunque el donante exprese al hacerla su voluntad o resolución de no revocar.

Pero esta regla tiene también sus excepciones: son irrevocables—por las normas que establecen los artículos 1.319, 1.320 y 827 del Código civil—las donaciones mortis causa otorgadas en capítulos, sean dispuestas a favor de cualquiera de los cónyuges o bien se verifiquen a favor de los hijos nacidos con carácter de mejora.

Por otra parte, para la eficacia de la donación mortis causa es necesario—como ocurre en las disposiciones testamentarias—que el donatario no premuera al donante. En principio, la donación mortis causa debe otorgarse bilateralmente por donante y donatario, como las donaciones inter vivos, aunque no precisa la aceptación simultánea (art. 633 del C. c.).

Sin embargo, existen, según Vallet, donaciones mortis causa que no requieren aceptación. Tal ocurre con las donaciones mortis causa superpuestas—verdaderos fideicomisos contractuales—y con las de carácter indirecto. Volveremos en seguida sobre estas figuras.

En punto a la capacidad para otorgar y aceptar las donaciones mortis causa, hace unos cuantos distingos:

Pueden ser donante y donatario los que tienen la libre administración de sus bienes y capacidad para contratar si la forma de la donación fuese la resolutoria.

La capacidad para disponer donaciones de tipo suspensivo se rige por los artículos 662 a 666, propios de las donaciones; mientras que con frecuencia el donatario de esos supuestos ha de estar a los artículos 744, 745 y 752 a 758, que regulan la sucesión mortis causa.

Mas por lo que mira a la capacidad para ser parte e intervenir en los ne

gocios jurídicos en los que se otorgan esas donaciones mortis causa de tipo suspensivo, han de exigirse los requisitos propios de cada uno de los negocios que las cobijen: escritura de adopción (arts. 173, 174 y 178), capitulaciones matrimoniales (art. 1.318), etc.

Si se utiliza el vehículo de la donación pura y simple para otorgar una donación mortis causa, hay que distinguir, según que entrañe una actual entrega de la posesión o tenga suspendidos sus efectos hasta la muerte del donante, que sigue en el interin en la posesión de la cosa donada, exigiendo sólo en el primer caso las debidas licencias y autorizaciones a la mujer y al menor disponentes. Y en cuanto a la capacidad para aceptar estas donaciones, es aplicable, en todo caso, lo dispuesto en los artículos 625, 626 y 627 del Código civil para las donaciones inter vivos, ya que no resultan adecuadas las disposiciones que regulan la aceptación de la herencia.

En cuanto a la forma de las donaciones mortis causa, Vallet entiende—consecuente con su tesis—que bastan los requisitos formales que el Código exige para las donaciones inter vivos, añadiendo que carece de interés el requisito de la notificación al donante que ordena—en las donaciones de inmuebles—el párrafo tercero del artículo 633, por ser simple garantía de la facultad que tiene el donante de revocar (las inter vivos) mientras no conozca la aceptación; en tanto que en las mortis causa esa facultad existe para él en todo momento.

En las donaciones mortis causa indirectas será forma suficiente la requerida para el acto que las contenga.

Una vez otorgada la donación mortis causa, procede aplicarle las reglas propias de la sucesión testamentaria.

Al puntualizar este extremo, señala Vallet como aplicables: el artículo 737, que consagra la revocabilidad y que veda las cláusulas prohibitivas y derogatorias de disposiciones futuras; el 869, relativo a la caducidad de los legados; los artículos 779 y 789, sobre sustituciones; el 981 y siguientes, sobre el derecho de acrecer, y la mayoría de los que reglamentan las mandas y legados (artículos 858 a 891).

Pero excluye expresamente los artículos 738 y 739: el primero, por referirse a la forma; y el segundo, por la independencia de la donación mortis causa respecto al testamento.

Se refiere, por último, a las reglas sobre reducción, colación e imputación, cuidándose de advertir que estas reglas (que denomina «extrínsecas» respecto de donaciones y legados) son todas ellas normas sobre sucesión.

Con esta previa calificación justifica su criterio de que se aplique a las donaciones mortis causa lo estatuido para las donaciones y no para los legados, pues, ya se dijo, que aquéllas son verdaderas donaciones.

Por eso, si fuere necesario reducir las disposiciones gratuitas del causante, deberán respetarse las donaciones mortis causa cuando, reduciendo o anulando las mandas hechas en testamento, pueda cubrirse la legítima (art. 820 del C. c.).

En caso de concurso de donaciones, la reducción se hará de acuerdo con el artículo 656, pero con ciertas salvedades. Opina que deberán reducirse las donaciones de toda clase (inter vivos o mortis causa) antes que las donaciones mortis causa de tipo suspensivo verificadas sin entrega actual de la posesión de los bienes donados. Y es que entiende que éstas son siempre de fecha más reciente,

puesto que son dispuestas para el instante del fallecimiento del donante, sin que hasta ese momento tenga el donatario derecho alguno.

Sobre colación, se aplicará el artículo 1.035, relativo a donaciones, y no el 1.037, que alude a «lo dejado en testamento».

Respecto a la imputación, incluye las donaciones mortis causa en el artículo 825, correspondiente a las donaciones en general y no en el 828, que nos habla de legados. Aunque por uno u otro de estos preceptos se llega prácticamente a la misma solución.

Olvidamos decir que Vallet, al estudiar el objeto de las donaciones mortis causa, las diferencia netamente de las inter vivos por la no aplicación a aquéllas de los artículos 634 y 635 del Código civil.

## II. Revisión de otros preceptos e instituciones.

A la originalidad de Vallet sobre el concepto y régimen de las donaciones mortis causa, procede ahora añadir la interpretación también original que nos ofrece de varios preceptos e instituciones.

El examen que intentamos en este apartado, contribuirá a señalar, a un tiempo, la revulsión que ha de producir en el sistema de nuestro Código civil su tesis sobre este tipo de donaciones—si llega a aceptarse por la doctrina y la jurisprudencia—y los obstáculos que se encontró en el camino cuando echó a andar su nueva y original construcción.

Para expresar con mayor fidelidad el pensamiento de Vallet evitaremos el pie forzado que impone siempre la simetría. Expondremos, pues, de intento, con algún desorden.

4. Haciendo suya la tesis de Calvo Soriano (3) que opone las expresiones «acto» y «disponer» del artículo 619 a «contrato» y «obligarse», entiende Vallet—y de ello saca múltiples consecuencias a lo largo del libro—que en nuestro Código civil la donación no es un contrato productor de obligaciones, sino un negocio dispositivo.

En toda donación bajo condición suspensiva—dice—, la disposición se verifica para el futuro. En estos casos, el donante no puede quedar vinculado, pues, *aunque ha dispuesto para más adelante, ni ha transmitido ni se ha obligado*. La aceptación del donatario sólo servirá para que, dispuesta la transmisión, al llegar el “dies” se realice *ipso facto* si el donante la ha mantenido hasta entonces sin revocarla. Pues bien—concluye Vallet—, dentro de la especie donación bajo condición suspensiva destaca la donación por causa de muerte. Por ello estima que negativamente no hay obstáculo para que la donación mortis causa quepa dentro de la definición que da el artículo 618 de la donación.

5. Revisa también el sentido que la generalidad de los autores atribuye a la prohibición de disponer contenida en el artículo 1.334 del Código civil.

Según él, la prohibición de dicho artículo no alcanza a las donaciones mortis causa. Porque cuando se dona causa mortis en su forma suspensiva, la donación se realiza después de extinguido el matrimonio, y el artículo 1.334 sólo prohíbe las donaciones otorgadas entre los cónyuges de modo efectivo (en sus-

(3) Tradición y donación, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», III, 1946, páginas 451 y sigs.

tancia por lo menos) durante el mismo, no las dispuestas para después de su extinción; y así lo abona también la finalidad del precepto, dado el carácter revocable de las donaciones mortis causa.

Pero aún avanza más, llegando a sentar la opinión de que las donaciones inter vivos otorgadas entre cónyuges, radicalmente nulas como tales, son en cambio válidas como donaciones mortis causa si el donante muere sin haberse arrepentido de ellas.

Y es que el artículo 1.334 se limita a decir que "será nula toda donación entre los cónyuges *durante el matrimonio*". Los términos «durante el matrimonio» no deben aplicarse al otorgamiento, sino al tiempo al que se limita la nulidad o ineficacia de las donaciones entre cónyuges.

Se da aquí un caso de confirmación impropia, o, más exactamente, de conversión sustancial. Lo que es nulo *ipso iure* como donación inter vivos, vale como donación mortis causa, que será efectiva si el cónyuge donante premuere al donatario sin haber revocado su disposición. Es decir, es eficaz en las mismas condiciones que para su plena efectividad requiere cualquier donación por causa de muerte.

Esta doctrina es aplicada por Vallet a las compras a favor de un cónyuge como privativas del mismo, verificadas con dinero del otro o de la sociedad conyugal. En tal supuesto nos hallamos ante una donación del precio de la venta e indirectamente de la cosa comprada: donación totalmente nula inter vivos, pero que valdrá y será eficaz como donación mortis causa si el cónyuge titular del dinero con que se pagó el precio, fallece sin revocarla.

6. Revisa también Vallet el concepto técnico de condición y nos habla de la más amplia acepción del mismo: existe cuando «un efecto jurídico depende de una circunstancia incierta para el saber humano y extrínseca al derecho, acto o negocio jurídico por ella aceptados» (4).

Este concepto le sirve para precisar la naturaleza de la donación mortis causa de tipo suspensivo: es una disposición sometida a condición suspensiva, sin actual transmisión. Hay sólo en ella la declaración de voluntad de que se produzca automáticamente más adelante una transmisión gratuita a favor del donatario.

Y aclara que no hay más que una disposición para el futuro, sin vinculación actual, pues el donante a nada se obliga—sólo dispone para mañana—y ni siquiera puede obligarse. Uno se puede obligar a realizar ciertas prestaciones, pero nunca a verificar una donación. Pues las donaciones son actos gratuitos y su causa es el «animus donandi»; y, por lo tanto, no podrían considerarse como tales transmisiones verificadas en cumplimiento de una obligación contraída anteriormente. La conjunción de los términos «obligarse a donar» así enlazados resulta un absurdo inaceptable.

Y resume su parecer diciendo que la donación mortis causa de tipo suspensivo supone: 1.º Una disposición para después de la muerte del donante (*dies a quo*), y sometida a la condición suspensiva de la premoriencia del donatario; y 2.º Carencia de ligamen obligatorio eficaz para vincular al donante.

Esa falta de disposición actual y de vinculación en el donante entraña una

(4) La palabra «aceptados» aparece en el texto, a nuestro juicio, por efecto de una simple errata. El autor debió de escribir, sin duda, «afectados», término que hace referencia al depender antes usado.

total ausencia de derecho en el donatario antes de producirse el cumplimiento de la condición. Por lo que es característica natural de las donaciones por causa de muerte, la libre facultad de revocación por parte del donante.

Entendidas las cosas así, preguntamos nosotros: ¿en qué se distinguen las donaciones mortis causa de tipo suspensivo de las disposiciones testamentarias?

Se nos dirá que en la forma que adoptan. Pero volveremos en seguida sobre esto.

7. Se cuida Vallet de señalar una diferencia notable entre las últimas voluntades y las donaciones mortis causa en caso de conmorienca. Y da como razón una muy original.

Aunque el artículo 657 dice que los derechos de la sucesión de una persona «se transmiten desde el momento de la muerte del donante», y por definición también la donación mortis causa tiene lugar en el momento de la muerte del causante, no debe olvidarse que dicho momento tiene un carácter dinámico. Y como todo momento dinámico puede descomponerse, como se descompone, *verbi gracia*: el momento de dar un puñetazo, en proyección del brazo y conexión del puño con el objetivo. Así, puede distinguirse el último instante de la vida y el primer instante de la muerte, entre los cuales hace tránsito el momento de morir. Pues bien, la sucesión hereditaria se verifica en el primer instante de la muerte—pues no puede heredarse a una persona viva—y la donación mortis causa tiene lugar, en cambio, en el último instante de la vida. Puesto que no puede perfeccionarse una transmisión directa, a la que los herederos del donante son ajenos, si una de las partes no vive.

Por eso, en dichos supuestos en que no puede decirse que una de las partes haya premuerto ni sobrevivido la otra, es explicable la adopción de un criterio distinto, según se trate de una sucesión o de una donación mortis causa. Es decir, que caso de conmorienca hay transmisión de donante a donatario, contra lo que ordena para las sucesiones el artículo 33.

8. Se ocupa de las donaciones mortis causa de tipo resolutorio, y dice de ellas que no están comprendidas en el artículo 620 del Código civil, sino en el párrafo primero del artículo 641: «Podrá establecerse la reversión en favor del donador para cualquier caso y circunstancia...», siendo la premorienca del donante el más frecuente de esos casos.

Las donaciones mortis causa de tipo resolutorio producen sus efectos tan pronto como se otorgan. La sobrevivencia del donatario respecto del donante, no hace más que confirmarlas, extinguiendo la condición resolutoria que las amenazaba de destrucción.

Y entiende, siguiendo a López R. Gómez (5), que estas donaciones deben regirse por las normas ordinarias de las donaciones normales *inter vivos* y no por las reglas de las disposiciones de última voluntad, por las que se rigen, en cambio, las donaciones mortis causa de tipo suspensivo.

Con todo, afirma que la nota de irrevocabilidad no es esencial a este tipo de donaciones, sino meramente natural, pues, a su juicio, cabe que el donante pacte la reversión a su favor, no sólo para el supuesto de premorienca del donatario, sino también para el caso de arrepentirse de la donación (6). Sin que

(5) *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, Valladolid, 1891, pág. 609.

(6) Entendemos que esa revocabilidad pactada, es más bien resolución por el juego de una condición potestativa.

a ello se opongan los artículos 1.115 y 1.256, porque éstos se refieren al campo de las obligaciones y de los contratos en sentido estricto, y la donación, «aunque sea negocio jurídico bilateral, no es contrato en sentido riguroso, ni dentro de nuestro Derecho puede ser fuente creadora de obligaciones».

9. Estudia Vallet los fideicomisos contractuales y los califica—por primera vez en nuestra doctrina—como donaciones mortis causa superpuestas a la primera donación.

Siguiendo el parecer de José Luis Díez Pastor (7), entiende que la impropiamente llamada por el artículo 641 reversión a favor de un tercero, no es más que un fideicomiso de origen contractual. Y afirma que la segunda disposición es una donación mortis causa superpuesta a la primera donación, sea ésta inter vivos o mortis causa. De esta tesis—que explaya en el capítulo XIII del libro—extrae Vallet varias consecuencias que no sintetizamos para no dar extensión desmedida a esta nota.

Pero si creemos oportuno indicar una observación que a propósito de dicha figura hace en el capítulo X, al tratar de las características de las donaciones mortis causa.

Para él en las donaciones mortis causa superpuestas no se requiere la aceptación del donatario en vida del donante. Ahora bien—continúa diciendo—, una vez muerto éste, se necesita entonces que acepte el donatario. Pero aclara que tal aceptación no debe considerarse como una aceptación contractual en sentido técnico, sino como el acto de adueñarse del derecho o cosa donada: «se acepta la adquisición del derecho, no ya el negocio que lo creó, el cual aun sin ella era perfecto».

10. En el último capítulo de su libro trata Vallet de las donaciones mortis causa indirectas en el Derecho civil y en el mercantil, desarrollando la opinión que había sustentado en un trabajo anterior (8) de que es posible, en el régimen de nuestro Código civil, otorgar en acto inter vivos donaciones indirectas de naturaleza mortis causa.

Acoge el concepto más amplio de donaciones indirectas, apoyado en la simple distinción de medio y resultado: si por un medio jurídicamente válido y realmente querido por las partes, pero distinto a los formalmente previstos para la donación en los artículos 618 y siguientes del Código civil, se consigue el resultado típico de la donación, es decir, enriquecimiento del donatario y empobrecimiento del donante enlazados por el «animus donandi», ese resultado será una donación indirecta. Y a esta figura habrá que aplicar las reglas de fondo de las donaciones normales. Aunque—como es lógico—no se exigirá su forma.

Si la donación tiene naturaleza mortis causa, deberán aplicarse las reglas de fondo de estas donaciones, con la salvedad de no ser necesaria la aceptación del donatario antes de la muerte del donante, por las mismas razones que en

(7) *Donación a personas futuras*, conferencia en la Academia Matritense del Notariado, curso 1946.

(8) VALLET, *La donación con reserva de usufructo a favor del vendedor y para después de su muerte a favor de un tercero, y la de bienes garantenciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores*, en «Revista de Derecho Privado», XXX, 1946, páginas 943 y siga.

los fideicomisos contractuales, por él calificados de donaciones mortis causa superpuestas.

Fiel a ese concepto amplio, incluye entre las donaciones mortis causa indirectas las verificadas a través de los contratos y estipulaciones a favor de tercero: donación con «modus», renta vitalicia y seguro de vida a favor de un tercero. De esta última institución se hace cargo con amplitud para justificar su doctrina original, discordante del común parecer de nuestros autores.

11. Dedicó Vallet un capítulo de su libro, el XII, a estudiar los artículos 177, 827 y 1.331 del Código civil por la relación que pueden tener estos preceptos con las donaciones mortis causa.

Tras adherirse al parecer de Ortega Lorca (9), que ve en el pacto acogido por el artículo 177 una institución contractual a favor del adoptado con independencia del testamento, siempre que se hayan determinado en la escritura de adopción los derechos hereditarios de aquél, advierte Vallet que esos derechos sucesorios del adoptado pueden serle atribuidos bien a título de heredero o bien a título singular. Y afirma que en este segundo caso estamos en presencia de una donación mortis causa, porque este tipo de donaciones «no han sido nunca otra cosa que precisamente legados otorgados en negocio jurídico inter vivos y a título gratuito».

Al estudiar el artículo 827 del Código civil sostiene que, en principio, toda mejora otorgada en acto inter vivos, aunque sea hecha con entrega de bienes, presupone una donación mortis causa, «puesto que supone una manda o legado hecho en negocio inter vivos». La revocación de la mejora—para él—presupone a su vez la revocación de la donación mortis causa que implica, salvo que explícita o implícitamente resulte que la intención del mejorante es otra. Sólo en el caso de que el acto al que se le da el carácter de mejora sea calificado de donación inter vivos, pura o irrevocable, etc., no hay duda—según Vallet—de que ni la revocación de la mejora alcanzará a la donación, ni de que la prelación del donatario no afectará a la eficacia de la misma donación, aunque ambos hechos destruyan el carácter de mejora que en principio se le concedió a aquélla.

Sigue a Sanahúja en la interpretación del artículo 1.331, y sostiene que la disposición de bienes futuros a que se refiere este precepto, supone a la vez una donación mortis causa y un pacto sucesorio en cuanto hace que aquélla sea irrevocable, lo que no le impide considerar lícito, al socaire de ese mismo artículo, que un esposo pueda instituir por su heredero al otro en capitulaciones matrimoniales. Y concluye que los esposos pueden hacerse mutua donación universal mortis causa a favor del sobreviviente de los bienes del premuerto que entren dentro de la parte de libre disposición.

### III. Crítica de la tesis de Vallet.

12. Cierra Vallet su notable trabajo, por vía de conclusión, con estas palabras:

(9) MIGUEL SANHÚJA. *Código civil comentado y concordado*, 5.ª ed., III, Madrid, 1942, páginas 727 y sigs.

«La donación mortis causa no es una institución fósil. No sólo vive, sino que nos presta y puede seguir prestándonos evidentes servicios, tanto en sus formas directas como en sus figuras superpuestas o en sus variedades indirectas, y dando eficacia mortis causa a las donaciones entre vivos que, como tales, no valen, por el hecho, de ser otorgadas entre cónyuges, pero que pueden valer como disposiciones por causa de muerte.»

Antes—en el capítulo dedicado a revisar la teoría de la condición—se creyó en el caso de hacer una advertencia, que nos servirá de guía para nuestra crítica. No hay duda—son sus palabras—que, discuriendo entre conceptos, el piso resulta tan poco firme como cuando se camina sobre arena movediza. El que verifica una operación aritmética, una multiplicación por ejemplo, conoce con exactitud el valor de las cifras que baraja. Multiplicando y multiplicador deben dar un producto exacto, si no se equivoca en la operación. En cambio, el jurista puede hacer una construcción tan maravillosa e intachable como falsa, si los conceptos que ha tomado como base son insensiblemente inexactos o están imperceptiblemente desenfocados.

¿No habrá caído Vallet en el peligro que él mismo denuncia?

¿No serán insensiblemente inexactos o estarán imperceptiblemente desenfocados los conceptos que le sirvieron de base para levantar a nueva vida el cadáver de las donaciones mortis causa?

13. En rigor, para Vallet sólo tienen sustantividad y régimen propio las donaciones mortis causa de tipo suspensivo.

Y tienen sustantividad por ser una figura que, si bien participa de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, no encaja en éstas por ser verdaderas donaciones otorgadas en negocio jurídico bilateral.

Que participan de la naturaleza de las disposiciones testamentarias lo dice el hecho de ser disposiciones para después de la muerte del donante, sometidas a la condición suspensiva de la premoriencia de éste respecto del donatario y que carecen de ligamen obligatorio eficaz para vincular al donante.

Pero no se confunden ni identifican con las disposiciones testamentarias porque—por razón de su otorgamiento—constituyen verdaderas donaciones.

Aquí es donde falla—a nuestro juicio—la construcción de Vallet.

Para defender su tesis se fija en las palabras que emplea el artículo 620. Habla el precepto de «donaciones» («donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante»), y al ser calificadas así por el legislador, han de ser donaciones—si el artículo no miente—y no disposiciones testamentarias.

Pero a la hora de profundizar, de ofrecer un fundamento para este tipo de donaciones que, siendo tales, participan a la vez de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, Vallet introduce el error, un error encubierto en brillante originalidad, y desenfoca los conceptos que le sirven de base.

Se apegaba el error en los conceptos de donación y de condición.

Por errónea tenemos—en cuanto carente de apoyo en nuestro Código civil—su doctrina de la donación.

Reducirla—como él hace—a un negocio jurídico dispositivo del que no surge derecho alguno para el donatario ni impone ninguna obligación al donante; negar a la donación el carácter de contrato, en nuestro sistema positivo, es ciertamente original, pero inexacto.



Se comprende con todo—la posición de Vallet. Ante la alternativa de negar a las donaciones mortis causa el carácter de donación o de privar a ésta de la naturaleza contractual, no tuvo más remedio que innovar el concepto de donación, porque si no se le venía abajo la sustantividad de las donaciones mortis causa, confundidas entonces con las disposiciones testamentarias.

Pero ni aun eso le bastaba para dar vida a las donaciones mortis causa. No podían producir éstas ningún efecto transmisivo antes de la muerte del donante: ni podían obligar bajo ningún concepto al disponente, ni otorgar derecho alguno al donatario hasta el fallecimiento de aquél.

¿Cómo explicar este rasgo tan esencial moviéndose en el campo de las donaciones?

Y Vallet volvió a innovar para defender su tesis. Había que dotar a estas disposiciones de un elemento que aplazara su eficacia hasta ese instante y que la provocara automáticamente al morir el donador.

Por eso hubo de revisar el concepto de condición. Si pudieran calificarse estas donaciones como negocios condicionales, todo estaba resuelto.

Y así nos dió de la condición un concepto nuevo, por demás amplio: toda circunstancia incierta (tal es la premoriencia del donante al donatario) que afecte a la eficacia del derecho, acto o negocio jurídico y que sea extrínseca a ellos.

¿Pero puede decirse—sin más—que las donaciones que hayan de producir sus efectos por la muerte del donante, a que alude el artículo 620, están afectadas de una condición suspensiva?

Merced a esa circunstancia que Vallet califica de condición, queda el donante libre por entero para arrepentirse de su disposición, para revocarla *ad libitum*.

Aun admitiendo la doctrina de Vallet, aun entendiendo que existe aquí un negocio dispositivo no obligacional, ¿cabría hablar de condición?

Creemos que no. Como tampoco es condicional la disposición testamentaria, a pesar de que su eficacia depende de la premoriencia del testador, y de que éste puede en todo momento arrepentirse de ella mediante su facultad revocatoria.

La muerte actúa aquí como una *conditio iuris*, como un requisito legal, institucional, y no como un elemento que pone en el negocio su autor.

Y si el causante puede revocar libremente, esto se debe al carácter unilateral del negocio dispositivo.

Con lo que la construcción de Vallet lleva a equiparar, en su última esencia, las donaciones mortis causa a las disposiciones testamentarias.

¿Cabe decir que siguen siendo verdaderas donaciones?

De ninguna manera. Serían—si acaso—unas donaciones sin contenido, un envoltorio vacío, un artificio para realizar disposiciones testamentarias fuera de las formas que el Código exige con carácter esencial para otorgar testamento.

14. ¿Y qué opinar de las llamadas por Vallet donaciones mortis causa superpuestas?

Al configurarlas, se ve obligado también a forzar los conceptos.

¿Qué donaciones son éstas que no requieren aceptación?

Vuelve a jugar aquí de nuevo el error ya denunciado. Como quiera que la

donación no es—para él—un contrato, no hace falta el concurso de la voluntad del donatario para perfeccionar el negocio.

Mas si reintegramos la donación a su verdadero cauce, la tesis se derrumba. No cabe hablar en este caso de donaciones mortis causa, porque sólo puede admitirse la sustantividad de esta figura si es una especie de donación. Y como ésta es contrato dentro de nuestro sistema, exige siempre la aceptación del donatario.

15. Nuestro juicio también es contrario a las donaciones mortis causa indirectas.

Y esto por una doble razón.

En primer término y fundamentalmente porque no sería lógico rechazarlas, por contrarias a nuestro Derecho positivo, en sus formas directas, y admitir, sin embargo, sus variedades indirectas.

Pero además porque, aunque diéramos por buena la tesis de Vallet sobre el concepto y régimen de las donaciones mortis causa, no nos parece correcto el concepto y régimen que defiende para las donaciones indirectas en general.

Estimamos más fundada la doctrina restrictiva de Ortega Pardo (10), que deja fuera de esas figuras los contratos y estipulaciones a favor de tercero. Y creemos con él que al negocio indirecto hay que aplicar, antes que nada, las reglas propias del negocio que le cobija, sin perjuicio de someterle también a las «normas materiales» del indirecto.

16. Digamos por último que rechazamos igualmente, por infundada, otra tesis que defiende Vallet en su libro: el dar eficacia mortis causa a las donaciones entre vivos que, como tales, no valen, por el hecho de ser otorgadas entre cónyuges.

Infundada porque esa pretendida conversión de que habla Vallet no cuenta con ninguno de los elementos indispensables para admitirla: ni hay base negocial adecuada ni precepto legal que la autorice.

No hay base negocial. Si las partes han realizado una donación inter vivos prohibida por la ley, ¿cómo se equiparan su voluntad de transmitir actualmente a través de un contrato y la disposición aplazada hasta la muerte de uno de ellos, semejante, en su esencia, a la disposición testamentaria? Porque en la donación inter vivos surge un derecho para el donatario y se obliga, por su parte, el donador; pero en la mortis causa no hay vínculo ninguno que les ligue, a juicio de Vallet.

Ni tampoco existe un precepto legal amparador de esa pretendida conversión. El artículo 1.334 que Vallet alega, no nos sirve. Su interpretación de este precepto es ingeniosa, pero forzada. Cuando dice que “será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio”, no viene a limitar tan sólo, como Vallet pretende, el tiempo de duración de esa nulidad. Quiere referirse—y así lo ha entendido la doctrina común de los exegetas—a todas las donaciones otorgadas durante el matrimonio por los cónyuges.

Lo otro no pasa de ser un juego de palabras. Porque, ¿cómo entender que las donaciones inter vivos nulas durante el matrimonio—mientras éste dura—se

(10) *Donaciones indirectas*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, 1949, págs. 916 y sigs.

convierten en válidas en calidad de donaciones mortis causa en el preciso momento de morir el cónyuge donante?

Si fuera correcta esa pretendida conversión, tales donaciones prohibidas como inter vivos durante el matrimonio serían ya válidas, aun antes de la muerte del donante, en calidad de donaciones mortis causa. Pero esto choca con la letra del artículo 1.334, que no prohíbe sólo «durante el matrimonio» las «donaciones inter vivos», sino las donaciones de todo tipo, sin distinguo alguno, alcanzando, por tanto, la prohibición lo mismo a las inter vivos que a las realizadas por causa de muerte.

Claro está, que al margen de estas razones existe otra, decisiva, para negar la conversión: la imposibilidad legal de configurar, fuera de testamento, las donaciones mortis causa.

17. ¿Pero no tendrá Vallet razón al afirmar que el artículo 620 no suprime, en su letra, las donaciones mortis causa como figura distinta de los legados?

Si Vallet no nos hubiera regalado en su libro todo el caudal, amplio y profundo, de sus investigaciones sobre este tema; si se hubiera limitado a la exégesis del artículo 620, revisando el parecer común de la doctrina, apegada tan sólo a la letra del precepto, yo confieso que me habría hecho dudar, y hasta hubiera pasado de la vacilación al convencimiento de que llevaba de su parte toda la razón.

¿No estaban admitidas antes del Código las donaciones mortis causa? ¿No se asemejaban, a la vez, a los legados y a las donaciones inter vivos? Pues podían seguir *participando* de la naturaleza de unos y otras: legados en su régimen y donaciones por su otorgamiento.

Vallet no se limitó a sugerir, a insinuar interpretaciones nuevas. Profundizó en su tarea. Ha querido lanzar al agua el navío para llevarlo hasta el puerto.

Ahora ya resulta fácil la crítica. Basta observar atentamente cada una de las piezas de que se sirvió. Y tras ese examen parece claro que sí, por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones mortis causa, éstas han sucumbido en nuestro Código civil, porque—según ha demostrado cumplidamente Vallet—sólo podían vivir como donaciones: pero de su propia construcción resulta que en el campo de las donaciones no hay, en rigor, cabida para ellas.

Cierto que las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una esquila mortuoria.

Su naturaleza mortis causa está pidiendo imperiosamente para ellas, no sólo el régimen, sino incluso la forma de las disposiciones testamentarias.

A. DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Abogado y catedrático de Derecho civil.



# **BIBLIOGRAFIA**



# Libros

REVISTA DE ADMINISTRACION PUBLICA. Instituto de Estudios Políticos. Número 4. Enero-abril 1951.

ALONSO MOYA, Francisco: *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado.*

En este artículo se estudia de forma minuciosa y concienzuda una serie de problemas que suscita la clasificación—un tanto casuística—de las aguas en públicas y privadas, complicada de forma considerable por la concurrencia de distintos ordenamientos—civiles y administrativos—en torno de la naturaleza de la distinción.

Hace notar el autor, en un principio, que la legislación patria no es excepción dentro del maremágnum confusionista de las normas extranjeras acerca de la propiedad y aprovechamiento de aguas. Observa, también, que la rotunda clasificación que realizaron el C. c. y la Ley de Aguas ha sido malograda por contradictorias e innumerables disposiciones administrativas y resoluciones judiciales.

Enumera después normas reguladoras del dominio de aguas vivas, manantiales y corrientes, y anota que junto a los preceptos del C. c. y a la Ley de Aguas de 1897, se encuentran más de 300 disposiciones complementarias que pueden considerarse subsistentes—Reales Decretos-Leyes, Reales Decretos, Reales Ordenes, Ordenes y Ordenes Ministeriales—, que se limitan, por lo general, a regular concretas situaciones de hecho, con lo que (falta de unidad de criterio la Administración de que tales normas emanaron, y sin rango suficiente éstas para modificar la Ley de Aguas y el Código) se habrá de considerar a gran parte de las mismas como meras desviaciones reglamentarias.

De Castro denuncia en su Derecho civil la impotencia de la Administración para sentar criterios unitarios en el orden legislativo por la pluralidad de los órganos que comporta. En el problema que examinamos, esta afirmación revela toda la verdad de su contenido como se desprende del análisis de anárquicos y deslabadazos preceptos, en los que se ha llegado incluso—y en contradicción con la Ley—a construir la curiosa figura de concesión administrativa de aguas consideradas de dominio particular.

El examen de la legislación extranjera manifiesta cómo en Alemania la materia de aguas se clasifica atendiendo a la supremacía del aprovechamiento sobre la naturaleza de las mismas; en Italia, el concepto de aguas privadas es muy amplio y se construye en atención a su entidad, su utilidad y el modo como se empleen. En Francia se atiende a la naturaleza de las aguas (pluviales, manantiales y cursos naturales, na-

vegables o no navegables) y predomina el carácter público sobre el privado.

En nuestro Derecho patrio, la Ley de Aguas y el C. c. caracterizan las aguas de dominio público en tres grupos:

- 1.º Los ríos (son de dominio público en toda su trayectoria).
- 2.º Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corren por sus cauces naturales.
- 3.º Las aguas que nacen continuas o discontinuas en terrenos del mismo dominio público.

Las aguas de dominio privado quedan delimitadas en el número 1 del artículo 408 del C. c. y artículo 5.º de la Ley de Aguas, idénticos en contenido, aun cuando puedan apreciarse en ellos algunas diferencias terminológicas.

Se configura, por tanto, el concepto de aguas de dominio privado como una verdadera excepción al criterio general de caracterizar como públicas las aguas de las corrientes naturales, sean cualesquiera su denominación y circunstancia. Define el autor como aguas de dominio privado las continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, sin constituir corrientes naturales mientras discurren por los mismos predios.

Tras de enumerar las facultades dominicales sobre aguas de dominio privado, deduce que el dueño del predio donde brota un manantial sólo disfrutaba de una preferencia para su uso y aprovechamiento con anterioridad al 3 de agosto de 1886. A partir de entonces, se confunde esta preferencia con el derecho de los dueños y predios particulares a aprovechar eventualmente las aguas públicas de manantiales y arroyos con las limitaciones del artículo 415 del C. c. Naturalmente, las aguas de dominio privado no varían de naturaleza cuando su propietario no haga uso de sus facultades de aprovechamiento.

El artículo 6.º de la Ley, define los aprovechamientos eventuales de las aguas de dominio público. Según el artículo 409 del C. c., este aprovechamiento se adquiere por concesión administrativa o por prescripción de más de veinte años.

La Ley distingue entre aprovechamientos comunes y aprovechamientos especiales, los cuales se adquieren por concesión administrativa o por disfrute sin oposición durante los mismos veinte años (artículo 147 y 149). Se salva, pues, la necesidad de la autorización o concesión administrativa, pensando en el poco consumo de agua que representan en su utilidad en el régimen de regadíos.

Previendo la confusión a que puede inducir el examen del contenido de los derechos de dominio sobre aguas privadas y de aprovechamiento sobre las públicas, observa el autor atinadamente que, pese a la casi total identidad de unas y otras facultades, los aprovechamientos sólo pueden referirse a aguas públicas y tienen naturaleza pública; el dominio privado sobre las aguas privadas se constituye con todas las características propias de la titularidad dominical, aunque limitado su contenido a las escasas facultades que la Ley le reconoce.

Se detiene, a continuación, el articulista en considerar las especia-



lidades de las aguas públicas separadas de sus cauces naturales, y de las nacidas en montes de propios, denunciando las contradicciones en que incurren las resoluciones administrativas y judiciales sobre la materia.

La exposición de Motivos de la Ley insiste en que la concesión de aprovechamientos no hace perder a las aguas su carácter público. Pero abundante jurisprudencia (27 diciembre de 1892, 27 mayo 1890, 20 mayo 1921, 30 septiembre 1896, 10 junio 1921, 18 diciembre 1930) mantiene que cuando el cauce artificial pertenezca a Comunidad de Regantes, el agua que por él discorra pierde su pública naturaleza. Sin embargo, no falta jurisprudencia y resoluciones ministeriales en sentido contrario (R. O. 13 de abril de 1881, Resolución 22 noviembre 1889, 18 enero 1919, etc.); pero es en sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 1948, donde por primera vez se resalta la diferencia entre dominio y aprovechamiento y entre agua y cauce. A este criterio se adhiere el articulista y defiende su opinión basado en que, frente a la exposición de Motivos y a la clara expresión de los artículos 407 C. c. y 4.º Ley, no pueden prevalecer el número quinto, artículo 408 Código civil, ni los artículos 98 y 166 de la citada Ley, que además de no ser contradictorios con ellos, nunca pueden regular la naturaleza de las aguas, pues se limitan a normar lo pertinente a cauces, relaciones de servidumbre de acueducto y formas de expropiación.

La única diferencia que el señor Alonso Moya advierte entre aguas apartadas de su cauce natural a título de concesión o de prescripción es a efectos de la jurisdicción competente (administrativa u ordinaria), pero ninguna influencia ejerce esta distinción sobre la naturaleza pública o privada de las aguas de que se trata.

El contenido de los derechos adquiridos por concesión administrativa o por prescripción adquisitiva, es idéntico; únicamente varía la naturaleza del título civil o administrativo, respectivamente.

Sale el autor al paso de una concepción extendida en determinados sectores de la doctrina, que entienden como de dominio privado de las aguas empleadas por Comunidades de Regantes, siendo así que la naturaleza misma de estas Comunidades está fundada con base en el derecho público. Finalmente, afirma el señor Alonso Moya, que el contenido de cada aprovechamiento no da pie a un observador objetivo a convertirlo en derecho de dominio, por cuanto quien adquiere, verbigracia, el aprovechamiento de las aguas para un menester concreto, no puede emplearlas para otro sin recibir permiso.

Es en materia de aguas, nacidas en montes de propios, donde las disposiciones del C. c. han padecido el ataque de normas de distinto origen, que sin escrúpulos jerárquicos han establecido una nueva regulación. Se ha llegado en la materia a regular instituciones tan pintorescas y contradictorias como la concesión de aguas de dominio privado.

Hasta el corriente siglo no existía el menor atisbo legislativo sobre el tema. En distintos artículos del Real Decreto de 10 de octubre de 1902 se exige, para el establecimiento de servidumbres y concesiones en terreno forestal, una serie de requisitos lógicos y justos, pero que jurídicamente contradicen las disposiciones de la Ley. Para evitar se-

mejantes contradicciones se dictó el R. D. de enero de 1905, que deroga las exigencias prevenidas en la disposición citada de 1902. Esta derogación exige nueva aclaración, y a llenar esta necesidad viene la Real Orden de 27 de diciembre de 1905, que aun conserva el natural respeto a la Ley de Aguas y al Código civil. La Dirección General de Agricultura, de acuerdo con la Dirección General de Industria y Comercio, proponen ciertas novedades que culminan en la R. O. de 8 de enero de 1906, en la cual quiebra ya aquel respeto, e incluso el debido a la competencia de distintos órganos de la Administración pública, ya que se inmiscuyen estas Direcciones en el campo específico reservado a la Dirección General de Obras públicas, según R. O. de Obras públicas de 1902. Las arbitrariedades cometidas en la R. O. que examinamos, son tan palmarias que la ponen en contradicción con disposiciones del Código civil y de la Ley de Aguas, lo que puede llevarnos a la conclusión de que dicha Real Orden es en absoluto inaplicable por contravenir al tenor del artículo 5.º del Código civil. Nueva oscuridad arroja en la materia la publicación de la Ley de Pesca fluvial de 27 de diciembre de 1907. En esta Ley se vuelve a tratar de cuál sea el criterio de distinción para diferenciar las aguas públicas y privadas, y el criterio es contradictorio respecto del sustentado hasta la fecha, ampliándose el campo de las aguas privadas. La contradicción es aún más radical, por cuanto se puede llegar a la concesión de aguas privadas, a tenor del artículo 41 de las Instrucciones para la adaptación del régimen de los montes de propios al Estatuto municipal y sus Reglamentos aprobados por R. D. de 17 de octubre de 1925. Esa concesión de aguas privadas no tiene sentido en derecho porque la concesión como acto público compete a la Administración respecto de objetos jurídicamente pertinentes a la misma. En todo caso, cabe hablar de expropiación o enajenación forzosa de aquel bien privado del que con "terminología equivocada" se predica la concesión. La concesión no es expropiación, es una forma de usar de las cosas públicas. En este sentido se manifiesta acorde la doctrina. Sigue analizando el autor la desastrosa actuación del ramo de Montes en materia de aguas para volver al examen de la vigente Ley de Pesca fluvial, de 20 de febrero de 1942, y su Reglamento de 6 de abril de 1943, en cuyos preceptos se hace una relación de las aguas de dominio privado y de las aguas de dominio público, viniendo nuevamente a contradecir los criterios mantenidos en nuestras leyes fundamentales. La nota aclaratoria en la materia se debe a la posición vigente hoy en el Ministerio de Obras públicas, que se patentiza en el informe del ingeniero de caminos, señor Fernández Frizchi, quien en un expediente sobre aguas de montes de propios recoge directrices, seguidas por la Asesoría Jurídica y por el Consejo de Estado, volviendo otra vez la vista a la Ley y al Código para la calificación de las aguas.

También ha sido prudente la legislación sobre materia local al no haber regulado la cuestión, dejando plenamente vigente la Ley de Aguas y el Código civil.

Después de todo este análisis deduce el autor la conclusión de que la solución a las contradicciones legales y doctrinales sobre la calificación

de las aguas radica en volver a lo dispuesto en el Código y en la Ley de Aguas, que no han podido ser derogados por disposiciones administrativas de jerarquía inferior a la que aquéllos representan. Señala también la conveniencia de desligar claramente las atribuciones de los Ministerios de Obras Públicas y de Agricultura, en orden a este tema.

En unas consideraciones finales, se sienta la conclusión siguiente: Son aguas públicas: todas las de los ríos y torrentes en toda la extensión de su recorrido, lo mismo que las corrientes de agua que les dan nacimiento; las de los arroyos y manantiales que corren en su cauce natural, sin distinguir entre la naturaleza pública o privada de los terrenos que atraviesan y las que sin correr por cauces naturales lo hagan en terreno de dominio público. No pierden el carácter de públicas aquellas aguas cuyo cauce natural se abandone artificialmente.

BALLBÉ, Manuel: *Las reservas dominiales* (principios).

Se trata de un interesante estudio sobre la naturaleza de las reservas hechas por la Administración para limitar el uso de bienes dominiales, adscribiéndolos al privativo disfrute de la persona pública. La institución de la reserva es muy reciente y su primera manifestación legislativa en España data de un R. D. del año 1914. En materia de aguas se encuentran disposiciones que afectan a la Administración, con carácter exclusivo, determinadas aguas públicas. El concepto que da el señor Ballbé de la reserva es el siguiente: Potestad jurídico-administrativa que compete a las personas públicas titulares de un bien de dominio público, para, detrayéndolo a la utilización de los administrados, retenerlo para sí con un fin público, siempre que no se origine perjuicio de tercero que estuviese favorecido por un derecho subjetivo sobre aquel bien. La naturaleza de esta institución se explica por la del dominio público. La Administración tiene sobre los bienes de dominio público dos órdenes de facultades: el *ius dominii* y el *ius imperii*, el primero específico del dominio público y el segundo, genérico de la Administración. Sobre las cosas de dominio público, cuando se adscriben al uso común, la Administración renuncia a la facultad de su uso y disfrute, permitiendo su utilización por los administrados, pero puede retraerlo en un momento dado. Por consiguiente, el fundamento jurídico de esta institución radica en la potestad dominical que corresponde a la Administración sobre los bienes de dominio público. De aquí que el acto mediante el cual la Administración ejercita este derecho sea un acto meramente declarativo. Por tratarse de una facultad inherente al derecho de propiedad no es preciso, en rigor, que un precepto legal otorgue a la Administración la posibilidad de realizar cada reserva; pudiendo, por tanto, reservarse la Administración cuantos bienes tengan el carácter de dominio público.

De todo lo dicho se infiere que la reserva es un poder de la Administración sobre bienes de su dominio. Como los bienes se adscriben a cada entidad concreta—sea municipal, sea provincial, sea estatal—; sólo aquella que ejerce la titularidad sobre los mismos puede actuar la reserva,

a través de sus órganos competentes. Sin embargo, por ser la reserva un caso concreto de estatización, municipalización o en general de colectivización de servicios, le son aplicables las normas previstas para estos casos, cabiendo todas las modalidades establecidas para la gestión de aquellos servicios.

La teoría de la reserva no es aplicable a todas y cada una de las modalidades del dominio público, sino sólo a aquellas susceptibles de aprovechamiento tolerado a los administrados. La causa por la que se constituya la reserva es de apreciación discrecional por la Administración y, por tanto, el acto que la disponga no admite impugnación jurisdiccional. Por ser la reserva una facultad dimanante del dominio está sujeta a las limitaciones impuestas por el derecho dominical y fundamentalmente por los derechos subjetivos adquiridos por tercero. Si el derecho subjetivo existe, y la Administración impone una restricción a ese derecho, lo hará por vía de confiscación o de expropiación, pero no por vía de reserva. Señala el autor que los lugares públicos abiertos al uso común no originan un derecho a favor de los usuarios, sino una simple permisión que puede cesar en cualquier momento.

Pasa el señor Ballbé a examinar en qué caso se puede hablar de la existencia de un derecho y desde qué momento cabe entender que el derecho se haya constituido. En materia de dominio minero, por ejemplo, el simple hecho de denunciar un yacimiento y solicitar de la Administración su concesión, impone ya un respeto por parte de la Administración en favor del inventor, sin que quepa la negación discrecional de la concesión pedida. No ocurre lo mismo en el resto de las concesiones administrativas, en las que el margen de libertad de apreciación que a los órganos públicos corresponde, es de mucha mayor amplitud.

En nuestro ordenamiento positivo inspirado en principios privativistas, la estatización se halla restringida, sobre todo por limitaciones de orden formal, entre las que destacan las exigencias de la publicidad en los Boletines oficiales. Los efectos de la reserva son, finalmente, de dos arbitrar los medios para el uso directo del dominio que se asigna, y otro de orden externo, respecto de los administrados, que excluye la posibilidad por parte de éstos de adquirir derechos a la utilización especial o privativa de la porción reservada.

Manuel VILLAR

**ALBIÑANA GARCIA QUINTANA, César: "Responsabilidades patrimoniales tributarias".** Editorial "Revista de Derecho Privado". Madrid, 1951, 237 páginas.

Libros como el presente sólo puede escribirlos quien viva la realidad del Derecho sumido a la par en el estudio de la doctrina. Advierte el autor, en las nociones preliminares, e insiste luego en la idea (pág. 128), que "hora es de que, cuando se desarrollan instituciones y conceptos de Derecho financiero, se manejen nociones estrictamente jurídicas". A tal advertencia, plenamente cierta, añadimos nosotros: y hora es también

de que cuando se desarrollan instituciones y conceptos de Derecho civil se tengan en cuenta las realidades financieras. Porque es absurda y ciega la especialización del civilista que no acierta a descubrir la realidad actual del Derecho civil. De este Derecho civil, que si *permanece* es a costa de una lucha continua. Y la permanencia, que es triunfo, exige lucha, y en la lucha se sufren heridas que pueden ser gloriosas. El Derecho civil presente tiene muchas heridas..., y gran número de ellas le han sido infligidas por el Fisco, que ya hasta se viste de "Derecho", aunque no pasa casi nunca de ser "legislación"... Es sencillamente estúpido—insistimos—seguir hablando de ciertas instituciones y capítulos del Derecho civil, pinzando los consabidos artículos del Código, sin hacer muchos distingos y salvedades que debieran llevar a la conclusión de que tales preceptos son hoy simples temas para una Historia del Derecho privado. Aunque la afirmación puede resultar paradójica, esa falsa postura nace de la carencia de visión histórica: tal vez si tuviéramos esa Historia del Derecho privado—que sigue sin hacer—sabríamos distinguir mejor lo vivo y lo muerto del "Derecho no derogado y sin vigencia". Entretanto, hemos de conformarnos con sacar esa visión histórica, de manifiesta utilidad presente, no abandonando el estudio del Derecho romano, que nos servirá de modelo insustituible para empaparnos de cómo evolucionan las instituciones jurídicas ante el empuje de las realidades sociales y económicas. Y, sobre todo, no olvidar que si el Derecho es para la vida, hay que vivir el Derecho. Albiñana es indudable que vive esa realidad jurídica. Y ello le ha llevado a enfrentarse con un tema que une a su dificultad extremada, por la profusión legislativa, un interés práctico de primer orden: los problemas de responsabilidad tributaria son continuos para el profesional del Derecho de hoy.

La obra se divide en tres partes. En la primera se estudian ciertas nociones preliminares: Ciencia financiera y Derecho financiero; el sujeto pasivo tributario; la responsabilidad patrimonial, haciendo una referencia, que estimamos de gran interés, a la dualidad "débito y responsabilidad". En este punto, la dualidad "Schuld-Haftung" puede ser de una fecundidad muy grande: apuntamos sólo la idea, que espera amplio desarrollo.

La segunda parte aborda ya un tema básico de las relaciones obligatorias tributarias. Se exponen primero construcciones ajenas de los tres tipos: relación jurídica pretributaria, relación jurídica tributaria principal y relación jurídica tributaria dependiente. Después, en un esfuerzo cuya dificultad no atemoriza al autor, se intenta una construcción unificada de la relación jurídica tributaria. Sigue luego el estudio de la naturaleza y elementos de esa relación jurídica.

La parte tercera se dedica fundamentalmente a exponer las figuras jurídico tributarias de la responsabilidad patrimonial que aparecen en la complicada legislación española. Así, respecto de cada uno de los impuestos y contribuciones, se van aclarando los casos de responsabilidad directa, responsabilidad subsidiaria, responsabilidad solidaria y respon-

sabilidad objetiva. Termina siempre con atinadas proposiciones que tienden a resolver los complejos problemas jurídicos planteados, dotando a esa legislación financiera, nacida tan a golpes de las necesidades económicas, de unas directrices y principios que la armonicen.

Llamamos la atención sobre el estudio preliminar que encabeza la obra, debido a Gabriel del Valle y Alonso, y en el que se aborda otra interesantísima materia de las que cabalgan entre el Derecho civil y el Fisco: el aseguramiento de créditos fiscales. Este estudio, lleno de sugerencias, merecería por sí sólo una consideración aparte.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO  
*Profesor adjunto de Derecho civil.*

**AYALA: "Eficacia civil del casamento canónico". Coimbra, 1950.**

Comienza Ayala su estudio advirtiendo que en el sistema jurídico portugués vigente el matrimonio concordatario no puede considerarse ni plenamente canónico ni plenamente civil, sino que recibe influencia directa de ambos, viniendo a constituir una esfera jurídica autónoma con principios generales propios.

En un Estado no confesional como el portugués (esto no significa indiferentismo, por el contrario, tal concepto implica modernamente una situación de mutuo respeto que exige acuerdo en las materias mixtas), el matrimonio civil puede ser contraído por todos los que lo deseen con independencia de sus creencias religiosas. El Derecho canónico impone, sin embargo, la forma canónica para la celebración del matrimonio entre bautizados. Entre estas dos posiciones extremas, el Concordato portugués de 1940, revocando el régimen establecido en 1910 (fecha de implantación de la República y subsiguiente laicización del Estado), reconoce en su artículo XXII efectos civiles a los matrimonios celebrados en Portugal, conforme a las leyes canónicas, desde que el matrimonio sea transcrito en el competente registro.

El sistema concordatario viene así a establecer el carácter facultativo del matrimonio canónico, en orden a la consecución de efectos civiles. Es ese el carácter que le reconoce el artículo I del Decreto portugués de 25 de julio de 1940 sobre aplicación del Concordato. La Iglesia, sin embargo, no puede permitir a los bautizados el matrimonio civil, y así lo afirma el artículo I de la Instrucción de la Santa Sede para la aplicación del Concordato. Lo que sucede es que la Iglesia se limitó a pactar sobre el matrimonio canónico sin referirse al civil, imponiendo a la conciencia de los católicos el deber de contraer aquél. Sin quiebra de los principios se llegó así a una solución que satisface en líneas generales a la conciencia religiosa y no se opone a las exigencias de la vida jurídica.

Siendo el Concordato un acto bilateral debe considerarse nula cualquier decisión unilateral contraria a lo pactado. El propio artículo XXX pone de manifiesto esta doctrina cuando declara que para resolver posibles dudas es necesario el mutuo acuerdo. Por tanto, el Decreto portugués y la Ins-

trucción de la Santa Sede tienen valor de normas de interpretación del Concordato sólo respecto a los problemas en que el criterio de los dos es análogo.

El Estado portugués, al reconocer valor jurídico al contrato matrimonial celebrado conforme a las leyes canónicas, no hace del matrimonio concordatario un equivalente del civil con la diferencia simple de haberse celebrado ante los ministros de la Iglesia, sino que lo considera como institución autónoma que el Ordenamiento toma en cuenta como tal y cuya eficacia civil está subordinada a la trascripción. Antes de ser transcrito el matrimonio canónico es válido, pero su eficacia civil está suspensa hasta que se transcriba. Por reconocer la validez previa de ese matrimonio el Estado admitió la renuncia al divorcio (artículo XXIV del Concordato). La reserva de las causas matrimoniales a los Tribunales eclesiásticos (artículo XXV) es corolario de la autonomía reconocida a la institución matrimonial canónica.

Sentados estos principios generales del sistema concordatario pasa Ayala a estudiar el problema de la trascripción.

Ella es el punto de convergencia de los dos Ordenamientos. Las funciones que cumple y la subsiguiente producción de efectos jurídicos del matrimonio canónico inscrito muestran su naturaleza específica, sobre la cual se dividen las opiniones doctrinales.

La doctrina dominante considera la trascripción como una "condicio iuris".

Para Campos Costa el matrimonio canónico, desde que se constituye según el Derecho de la Iglesia, queda "ipso facto" también constituido dentro del orden jurídico estatal como matrimonio válido, suspendiéndose sus efectos civiles hasta que se verifique la "condicio" de la trascripción. A juicio de Paulo Cunha el sistema concordatario no supone una recepción genérica del matrimonio canónico, sino una recepción individual operada por la trascripción que viene así a configurar aquel matrimonio dentro de la ley portuguesa. Según Pires da Cruz, la trascripción exterioriza la ratificación por el Estado del matrimonio canónico y su consecuente recepción en el Derecho interno.

Estas dos últimas teorías consideran que la trascripción tiene valor constitutivo. Ayala advierte que es difícil comprender cómo un simple acto de registro asume ese carácter cuando la doctrina portuguesa es la primera a negárselo considerándolo como medio de prueba y de publicidad frente a terceros. Si el matrimonio canónico no tuviera carácter de matrimonio antes de la trascripción, el Estado debería tenerlo por jurídicamente irrelevante, limitándose a transcribir un acto que sólo a él compete y que fué celebrado ante un organismo en el que delegó algunas funciones. Y esto resulta inadmisibles; la única tesis que, según Ayala, puede satisfacer es la que sustenta la recepción genérica del matrimonio canónico en el Ordenamiento portugués.

El problema más debatido en doctrina es el determinar a partir de qué momento se cuentan los impedimentos.

Es criterio común que cuando hay un impedimento civil al celebrarse el matrimonio canónico y cesa después, la trascripción es posible. Mario

de Figueredo piensa que la existencia de ese impedimento no afecta a la validez del matrimonio canónico como tal, y por tanto, puede transcribirse desde que a la transcripción deje de oponerse un obstáculo. Pires de Lima y Campos Costa consideran que es esta la solución más justa y razonable, pero encuentran contra ella un serio obstáculo jurídico, y es que el matrimonio carece de valor cuando al celebrarse existe un impedimento dirimente civil. Ayala hace notar que los impedimentos civiles sólo deciden de la validez del matrimonio civil; respecto al canónico, apenas determinan si es o no posible su transcripción y subsiguiente producción de efectos civiles.

En caso de que exista un impedimento cuando se intenta la transcripción que no existió al celebrarse el matrimonio, Mario de Figueredo y Pires de Lima entienden que con excepción del impedimento de vínculo anterior no hay obstáculo para que el matrimonio canónico se transcriba, dado el principio inspirador del Concordato de extender al máximo la eficacia civil del matrimonio canónico. Ayala piensa que el sistema concordatario no va tan lejos: Precisamente el hecho de ser apreciados los impedimentos al tiempo de la transcripción significa que es sólo entonces cuando el matrimonio canónico puede ir contra el orden público por no reunir las condiciones que el Estado juzga necesarias para el reconocimiento de efectos civiles; en todo caso reconoce que teniendo el Estado mayor interés en la transcripción (por la legitimidad) que en sustentar un principio de orden público, es perfectamente jurídico el permitir la transcripción en este supuesto.

Dedica Ayala un tercer apartado al estudio del orden público y el matrimonio canónico. Y concluye que la admisión del matrimonio canónico no crea situaciones que por su frecuencia puedan considerarse perturbadoras del orden público portugués. Sólo en contados casos, dentro de la categoría de los impedimentos impeditivos, permite la ley canónica huir de ciertas prohibiciones civiles. Dadas las sanciones ineludibles que se aplicarán en esos casos cuando se conozca la existencia del matrimonio por solicitarse la transcripción, sólo por motivos graves de orden moral se celebrarán tales matrimonios. Y es comprensible que el Estado respete la conciencia de los ciudadanos aunque tome las medidas necesarias para salvaguardar el interés público.

En el siguiente apartado trata el problema que se presenta ante las formas extraordinarias de celebración del matrimonio canónico. Se ocupa, en primer lugar, del matrimonio bajo condición. La doctrina civil portuguesa se inclina—ante los textos de su Ordenamiento— a no admitir esa forma de prestar el consentimiento al celebrar el matrimonio, contrariamente a lo que sucede en el orden canónico. Se ha querido ver un límite a la transcripción del matrimonio condicional en la línea *f* del artículo 8.º del Decreto portugués sobre aplicación del Concordato, que exige la declaración de los contrayentes de que se realiza el matrimonio por su libre voluntad. Ayala advierte que la condición en nada obsta a esa libre voluntad. Lo que hay que determinar es si el matrimonio canónico contraído bajo condición es verdadero matrimonio, pues, en caso afirmativo, la tras-



cripción será posible. La doctrina canónica no lo considera como tal en cuanto la condición está pendiente. Para salvar el obstáculo del efecto retroactivo Ayala piensa que lo mejor será transcribir el matrimonio condicional en el momento de celebrarse y proceder a anularlo en caso de no cumplirse la condición. Este criterio no deja de presentar obstáculos, aunque en la práctica sea eficiente, porque si para el Ordenamiento canónico el matrimonio condicional no es verdadero matrimonio hasta tanto que se cumple la condición, mal podrá transcribirse y producir efectos jurídicos. Tal vez por este inconveniente jurídico Ayala viene a aconsejar que se restrinja al máximo la celebración de matrimonios canónicos condicionales.

Respecto al matrimonio celebrado sólo ante testigos nada obsta, a juicio de Ayala, a que se transcriba siempre que sea válido canónicamente. Si se celebra ante el sacerdote pero sin testigos, el asiento de transcripción—en el que deben constar los testigos presenciales—será irregular; pero no debe por ello negarse la transcripción, haciendo constar en el asiento las circunstancias en que el matrimonio se celebró.

El matrimonio civil entre no bautizados que luego se bautizan se eleva a la categoría de sacramento sin necesidad de nueva celebración, adquiriendo la categoría de matrimonio canónico. No será en este supuesto necesaria la transcripción, sino sólo la anotación de la nueva naturaleza del matrimonio en el asiento correspondiente.

En el último apartado trata Ayala el problema del matrimonio canónico no transcrito: de propósito, por imposibilidad o por negligencia.

No constituye para la ley civil un simple concubinato. Es un matrimonio válido cuya eficacia civil está en suspenso, porque ella queda condicionada a la transcripción. El Decreto portugués, en su artículo 13, dispone que si durante la organización del proceso del matrimonio el registrador conociera la existencia de uno canónico anterior no transcrito suspenderá el proceso y promoverá de oficio la transcripción.

Para Mario de Figueredo eso significa que el matrimonio canónico no transcrito puede constituir impedimento impediante para la celebración del civil. Pires de Lima sustenta que es un impedimento dirimente, análogo al del matrimonio celebrado por portugueses en el extranjero y no transcrito en Portugal.

Para pronunciarse sobre el problema, Ayala comienza por advertir que impedimento de vínculo es el que resulta de un matrimonio válido que hace nulo a otro cualquiera celebrado posteriormente. Ese impedimento o es dirimente o no es nada, pues no puede admitirse la existencia de dos vínculos coetáneos válidos, aunque uno de ellos se contraiga ilícitamente. Como para la ley portuguesa es válido el matrimonio canónico contraído en armonía con la legislación de la Iglesia, constituirá impedimento para la celebración de otro matrimonio posterior. A la nulidad del segundo no obsta el desconocimiento del primero, pues el impedimento no surge de la publicidad, sino del vínculo. Ese carácter de impedimento dirimente no lo da al matrimonio canónico la transcripción.

pues ésta no es constitutiva. Deriva de su naturaleza de vínculo matrimonial válido.

El matrimonio canónico no tendrá efectos civiles en cuanto no se transcriba, pero constituye un vínculo válido que hace nulo todo matrimonio posterior. Al declararse la nulidad del matrimonio civil posterior, sus efectos podrán ser los del matrimonio putativo. Y la nulidad de ese matrimonio no se declara con la transcripción del canónico anterior, sino probando su existencia.

Por todo lo dicho, Ayala concluye que el artículo 13 del Decreto es innecesario; prohibir al registrador que inscriba un matrimonio civil cuando conozca la existencia de uno canónico anterior es superfluo, ya que en el sistema jurídico vigente el registrador nunca puede inscribir un matrimonio civil cuando existe un impedimento, y aquí se da el de vínculo. Además, el precepto resulta peligroso, pues permite una errónea interpretación "a sensu contrario" que iría contra el concepto de matrimonio en el Ordenamiento portugués.

El trabajo de Ayala, escrito con claridad y elegancia, es de utilidad manifiesta.

Nótase en él la preocupación lograda de salvar la integridad de los principios canónico-matrimoniales dentro de una construcción doctrinal civil irreprochable. Aclara muchos problemas teóricos y da claras orientaciones prácticas al registrador en orden a la transcripción.

Aparte de su valor dentro del marco del Ordenamiento lusitano, tiene para nosotros un apreciable interés. De un lado, porque buena parte de la materia puede ser trasladada a nuestro sistema sin quebras. De otro, si tenemos en cuenta el futuro Concordato entre la Santa Sede y España, en el que sin duda se ha de seguir orientación análoga a la que preside el celebrado con el país vecino, que ha sido considerado como modelo entre los modernos Concordatos.

Gregorio José ORTEGA PARDO

CARRESI, Franco: "La cessione del contratto". Milán, Giuffrè, 1950; 136 páginas.

Desde las obras ya antiguas de Mossa, Ramella, Fontana, Gasparri y Puleo hasta las más recientes de Ferrara *junior*, Clarizia, Natoli, Giovene y Andreoli, entre otros, el problema de la cesión del contrato ha merecido constantemente la atención de los autores italianos, tanto de cara al Código de 1865 como frente a la nueva legislación. Pero lo cierto es que, a pesar de la abundante producción científica sobre tema de tan vivo interés teórico-práctico, no todo era luz y quedaban aún por disipar ciertas sombras en el régimen y conceptualización jurídica del instituto que, como se sabe, lo disciplinaron por vez primera en Italia los artículos 1.406 a 1.410 del Código civil de 1948. Y esto es precisamente lo que ha inten-

tado y, en parte, conseguido Franco Carresi, haciendo gala de sus indiscutibles dotes de agudeza de ingenio y diafanidad de pensamiento (1).

El primer capítulo del bello librito que comentamos, dedicado al estudio de la cesión del contrato en el sistema de los hechos causantes de la sucesión a título particular en la relación jurídica, es la premisa, el punto de partida.

Personalmente no comparto la opinión del autor sobre la concreta admisibilidad de la sucesión a título particular en la deuda y, consiguientemente, de la cesión del contrato. Siempre he creído que lo mismo la sucesión en las deudas por título singular que la cesión del contrato son conceptos llenos de vida, perfectamente legítimos y posibles, sin que para ello sea necesario que el legislador ponga a disposición de los particulares un "esquema" apto para producir la transferencia de la cualidad de deudor o la posición jurídica de contratante (2). Claro es que si además tenemos a mano un medio técnico creado "ad hoc" por la ley, miel sobre hojuelas.

Siguiendo a Betti, el autor dividió la materia de su estudio en tres sendos capítulos titulados, respectivamente, el supuesto de hecho, la relación y la extinción. En el primero de ellos trata de los presupuestos intrínsecos de la cesión, es decir, capacidad, legitimación y objeto, constituido este último por la titularidad del contrato, que es el punto de referencia de la actividad negocial (contrato o relación base). Aquí se ocupa con todo detenimiento de los elementos constitutivos del negocio de cesión y de las eventuales determinaciones accesorias que modifican su estructura típica, entre las cuales examina especialmente la cláusula en virtud de la que el cedido declara no liberar al cedente, la cláusula por la que el cedente asume la garantía del cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato base y la cláusula con que el cedido se reserva oponer al cesionario las excepciones que hubiera podido oponer por obra de otras relaciones distintas de lo que forma el punto de referencia objetivo de la cesión.

En el capítulo tercero, Carresi considera en primer lugar los efectos derivados de la cesión haciendo un particular análisis de la determinación del momento en el que debe considerarse realizado el subingreso del cesionario en la posición jurídica del cedente. Asimismo pasa revista a los efectos naturales y accidentales de la cesión, producidos por la adición al contrato de alguna de las determinaciones accesorias antes aludidas.

En el último capítulo el autor examina las causas de extinción del contrato de cesión y los reflejos que, en las relaciones entre las partes, produce la particular configuración de la cesión, negocio en el que participan tres sujetos, representando cada uno un propio centro de intereses para la persecución de fines diversos.

---

(1) No ha mucho, todos admiramos su fino estudio "Comodato e Mutuo" en el "Trattato di Diritto civile", dirigido por Vassalli, VIII, t. II, Turín, 1950.

(2) Respecto al problema de la transmisión pasiva de las obligaciones ya escribí algo en este ANUARIO. Vid. el comentario de jurisprudencia titulado "Asunción de deuda" en el t. III, fasc. 4, págs. 1372 y sigs. Allí, pues, remito al lector.

Sigue a estos capítulos otro, a guisa de apéndice, en el que delinea la figura del contrato con cláusula a la orden o en blanco que, a juicio del A., se diferencia netamente de la cesión, y que por ello no entra, desde un punto de vista rigurosamente sistemático, en el tema tratado.

Tal es, en suma, el contenido del libro. Su principal aportación consiste en haber revelado de modo originalísimo en qué consisten las peculiaridades de la cesión del contrato y que pueden resumirse así: la cesión es un contrato plurilateral, de causa variable y del cual no nacen, al menos por vía principal, obligaciones a cargo de los estipulantes. Construcción a primera vista seductora, pero que no obstante tiene que ser sometida a crítica antes de ser definitivamente admitida por la doctrina.

Así, por ejemplo, no convence del todo que la cesión del contrato sea un negocio que se forma a través del encuentro de tres declaraciones dirigidas a la consecución de un mismo propósito y que da vida a una autorregulación de intereses que afecta la esfera jurídica de cada uno de los autores de estas declaraciones (págs. 61-62).

A mi modo de ver, en la cesión del contrato no hay una verdadera circulación del contrato, que como acuerdo en sí es una realidad—"acto jurídico"—que se sitúa en cierto momento histórico y que no puede circular, sino de los "efectos contractuales" susceptibles de pasar de un patrimonio a otro, es decir, de los créditos y deudas nacidos del contrato. La cesión de éste no es, pues, más que una cesión de los créditos y débitos contractuales, sinalagmática o casualmente unidos (Cfr. art. 1.274 C. c., interpretado según la teoría de la continuidad de la causa (3), de tal modo que su cumplimiento coincide "quad effectus" con el cumplimiento de las obligaciones del correspondiente contrato base. En una palabra, la cesión del contrato equivale a la cesión conjunta de los derechos y obligaciones dimanantes de un contrato, inescindiblemente coligados entre sí por el sinalagma causal. Dicha cesión se realiza por el solo acuerdo (negocio de cesión) del cedente y del cesionario, aunque por lo que a las deudas afecta requiere el asentimiento—anterior, coetáneo o posterior—del cedido, con el fin de que subsane el defecto de legitimación del cedente, el cual puede disponer libremente de los créditos, pero no de las deudas (4).

Después de lo dicho, huelga advertir que la cesión del contrato no es, como pretende Carresi, un negocio con causa variable, en plena correspondencia con el contrato base (venta, permuta, arrendamiento, etc.), del

(3) Para GALVAO TELES ("Cessão do contrato" en "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa", 1949, págs. 164-165), que también sigue la tesis que ve en la cesión del contrato una combinación de cesión de créditos y asunción de deudas, este entrelazamiento de las dos formas de transmisión se explica por ser una contrapartida de la otra, efectos conjugados de un acuerdo mixto de naturaleza doble (cesión onerosa y asunción onerosa): se ceden los créditos a cambio de la asunción de las deudas y se asumen éstas en troca de la transferencia de los créditos.

De acuerdo con la idea expuesta en el texto, se llega a una unión tan íntima entre créditos y deudas que prácticamente se está ya en el umbral de la teoría de la cesión unitaria del contrato, defendida por STARR, MOSSA y PULEO, sobre todo teniendo en cuenta que, a nuestro juicio, los derechos accesorios o secundarios siguen la misma suerte de los principales.

(4) Para mayores desenvolvimientos de esta idea, aquí apenas apuntada. Vid. lo que dejé escrito en "Asunción de deuda" cit., págs. 1381-1382.

mismo modo que si se tratara de un contrato derivado o subcontrato, sino que al igual que la cesión es un negocio—no abstracto—con causa fungible (venta, donación o "negotium mixtum cum donazione", según que la transferencia de los créditos y débitos por título oneroso, por título lucrativo o por ambos a un tiempo).

Estos y otros posibles reparos no hacen desmerecer en modo alguno el valor indudable de la obra comentada. Precisamente uno de los mayores elogios que pueden hacerse de un libro es el de que su lectura suscita el diálogo vivo con el autor. Que éste, pues, me perdone que haya traído aquí a colación algunas de las anotaciones marginales que puse a vuestra pluma mientras iba leyendo con agrado su agudo y brillante estudio.

Juan-Bautista JORDANO.

**GROSSO, Giuseppe: "Il Sistema Romano dei Contratti". Segunda edición. Giappichelli, Editore. Torino, 1950. 277 páginas.**

El incansable romanista Grosso ofrece la segunda edición de esta obra, publicada por primera vez en 1945. Ha querido conservar la fisonomía primitiva: libro que el autor dirige a los jóvenes, que deben encontrar en la enseñanza del Derecho romano una contribución viva e insustituible para los problemas de la construcción y de la sistemática jurídica; y libro destinado también a aquéllos que en el estudio y en la práctica del Derecho sienten la comenzón de los problemas constructivos y sistemáticos, en los que no puede faltar la visión histórica.

La obra se desenvuelve en doce capítulos, sucesivamente dedicados a los siguientes temas: el *contractus* en la sistemática de las fuentes de las *obligaciones*; "*contractus y contrahere*"; la cuatripartición de las "*obligaciones*" *ex contractu; obligationes re contractae; obligationes verbis contractae; obligationes litteris contractae; obligationes consensu contractae*; los llamados contratos innominados; los pactos; contratos unilaterales y bilaterales; otras clasificaciones de los contratos, y reflexiones generales a modo de conclusiones.

El examen del proceso histórico sirve para advertir que desde los tipos singulares, al sobreponerse la noción abstracta y general a la agrupación de las obligaciones "*contractae*", se llega al concepto y al sistema de los contratos en el Derecho romano; que de los mismos surgen o se elaboran características comunes, particularmente el elemento de la bilateralidad subjetiva y de la convencionalidad; que este elemento alcanza una posición dominante en el Derecho justinianeo; de él se deriva un cambio en la ordenación de la clasificación tradicional de los contratos; y que la forma de la "*stipulatio*" sirvió a los romanos para hacer obligatorios los más diversos contenidos dentro de límites determinados. Esta tendencia hacia una categoría general amplia se acentúa con la evolución de la "*stipulatio*" en el Derecho postclásico y justinianeo, y se manifiesta en el carácter que entonces asume la forma en relación con el elemento convencional sobre la base de una causa determinada; sin

embargo, también los justinianos permanecieron ligados a la sistemática romana fundada sobre la tipicidad de los contratos en atención a la forma o a la causa, en la que "stipulatio" representa un tipo caracterizado por la forma, y todavía se contraponen a la eficacia del "contractus" la ineficacia de los nudos pactos para producir obligaciones.

Se precisa toda una evolución posterior para superar los últimos vestigios de los esquemas romanos y llegar a la definición moderna del contrato como categoría general y de contenido libre, como acuerdo con requisitos y límites generales (cfr. art. 1.321 y ss., C. c. it.). Evolución que encuentra apoyo en algunas extensiones y oscilaciones del Derecho justiniano, llevando a la categoría del contrato más allá del campo de las obligaciones. Y al afirmar el principio de que la propiedad se transfiere y de que los demás derechos reales se constituyen y transmiten con el simple consentimiento, se proporciona al contrato un campo amplísimo para su expansión, de tal modo que el Código civil italiano lo define en general como acuerdo de dos o más partes para constituir, regular y extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (art. 1.321).

La doctrina jurídica ha llevado adelante la obra de construcción de categorías generales mediante la teoría del negocio jurídico, cuya elaboración fué, sobre todo, el timbre de gloria de la pandectística del siglo pasado, que, según es sabido, trabajaba sobre fuentes romanas. El centro de esta construcción fué la "declaración de voluntad", como desarrollo de aquel movimiento del que representa una etapa el Derecho justiniano. Y por encima del negocio jurídico se presenta la categoría más general del "acto jurídico". Y aun se llega más lejos al elaborar el concepto del "hecho jurídico".

Se camina así de lo particular a lo general, de lo concreto a lo abstracto. Pero cuanto más se avanza hacia lo general y lo abstracto tanto más se corre el peligro de perder en determinación, al tomar los conceptos en sentido genérico y elástico; cuanto más se avanza hacia lo general y lo abstracto, más sale a la superficie lo concreto, amenazando disolverse en particularidades e individualidades minuciosas. La exigencia de formular una teoría general debe atemperarse con una sana sistemática que mire y observe la individualidad concreta de las distinciones que se establecieron.

Pero, a juicio de Grosso, no deben rechazarse sin más las categorías generales ya admitidas en el pensamiento jurídico. Esas categorías conservan una función que pueden servir también para la elaboración del Derecho romano y para la investigación de los principios generales que le orientaron. Tampoco estima acertado Grosso permanecer quietos en posiciones superadas ni caminar hacia atrás; el avance continuo es una ley inexorable de la Historia, y el variado entrecruzarse de la idea individual y de la idea social implica una renovación siempre aportadora de experiencia. La vuelta a ciertas posiciones concretas puede encuadrarse en situaciones históricas y concepciones netamente distintas, mientras que en el paso desde una época a otra hay un flujo y reflujo ante el cual resulta prudente mantenerse en fórmulas simples.

Hoy más que nunca le es necesaria al jurista la conciencia histórica, la

proyección histórica de aquellas ideas que estamos acostumbrados a considerar como categorías de nuestro pensamiento jurídico. Y si la tradición no representa sólo un mito, una fuerza que actúa en el campo del sentimiento, sino un valor de experiencia adquirido y vivido debe ser percibido históricamente.

Si desde un punto de vista sistemático se puede afirmar que la necesidad, actualmente tan sentida, de distinguir y acercarse a las individualidades concretas nos aproxima al modo de proceder de los romanos; si la tendencia voluntarística desarrollada sobre la base del Derecho justiniano exige una delimitación y corrección, que tomando nuevos caminos puede hacerse valorizar ciertos aspectos subrayados por los romanos, e inversamente se señala el interés de algunas tendencias que tienen precisamente su reconocimiento y sanción en el Derecho postclásico: todo ello exige el estudio del sistema romano en su orgánica individualidad histórica.

A. de la O. de C.

**GUAITA, Aurelio: "Régimen jurídico-administrativo de los montes".** con prólogo del Prof. Jordana de Pozas. Santiago de Compostela, Porto y Compañía, Editores, 1951 (237 páginas).

Con el mismo alborozo que el del ilustre administrativista que lo prologó, hemos de acoger los civilistas este libro básico del Dr. Guaita sobre montes. Alborozo justificado por la razón sencilla de que hasta hoy los montes, con toda su complejísima problemática, permanecían en la más absoluta obscuridad. Por ello, ha podido decir el Prof. Jordana de Pozas, señalando la oportunidad de la obra, que hay libros que llegan a su hora, y éste es uno de ellos.

El autor ha demostrado a lo largo de su fino estudio, cómo una materia tan árida, oscura y difícil puede ser tratada de forma agradable, diáfana, sencilla. Ojalá que su rastro sea seguido por otros juristas llenos de ansia por aclarar de una vez el problema de las demás propiedades especiales, como las aguas y las minas, tan necesitadas de un análisis concienzudo.

Decía al principio que se trataba de un libro "básico". Y lo es, en primer lugar, porque no hay otro. Y en todo caso, no parece fácilmente superable. Se podrá, tal vez, abordar de nuevo el problema aclarando ciertos puntos de índole civil que el autor dejó de propósito a un lado, o insistir en ciertos aspectos administrativos más de procedimiento que de doctrina, pero la verdad es que, en todo lo demás, la obra de Guaita es completísima y definitiva. En este sentido, siempre habrá que contar con ella, pues ha venido a sentar un hito decisivo en la materia.

Se trata de un cuadro acabado de los más importantes problemas administrativos de los montes. Su titularidad, las cuestiones de posesión, prescripción y deslinde, el catálogo de montes de utilidad pública, las características y naturaleza jurídica de cada una de las clases de estos bienes, etc., son tratadas tanto desde el punto de vista histórico y doc-

trinal como desde el punto de vista jurídico positivo. Y la exhaustiva jurisprudencia que se recoge en toda la obra, convenientemente utilizada y sistematizada con un riguroso criterio científico, contribuye a hacer de la misma un libro imprescindible para quien desee conocer a fondo el estado actual de la cuestión en nuestro Derecho, así como para resolver los difíciles e interesantes problemas de tipo práctico que a los jueces, notarios, registradores y abogados ofrece la vida jurídica en sus ricos y variados aspectos.

Si se me preguntara cuál es la aportación más original del Prof. Guaita, señalaría la acertadísima clasificación que ha hecho de los montes: desde los montes de particulares, sometidos únicamente, aunque cada vez con mayor intensidad, a la intervención administrativa, pero de indudable naturaleza privada lo mismo que los de propios, a los del Patrimonio Nacional y los provinciales, de naturaleza pública indudable, pasando por los comunales y los del Estado, que tienden a desplazarse hacia el último grupo, aunque hasta hoy no hayan logrado defenderse totalmente de ciertos caracteres privados. Observa muy bien el autor que "por hallarnos en un período de transición y por la influencia que ejerce la historia, no se ha alcanzado todavía de una manera completa el régimen jurídico-público que los montes requieren; pero no cabe duda que el signo de los tiempos actuales es favorable a que rápidamente se llegue al régimen jurídico público sin ninguna excepción". Constituye un gran éxito de Guaita el haberse hecho eco de esta innegable progresión gradual hacia el dominio público, respetando al mismo tiempo el dominio privado en el ámbito estricto que por justicia inviolablemente le corresponde.

Felicitemos a la Editorial Porto y Cía., S. L., por este nuevo volumen de la Colección Compostelana de Escritos Jurídicos, porque estamos ciertos de que está llamado a tener una gran utilidad, sobre todo en la Región, donde todo gallego que se precie tiene su "monte".

Juan-Bautista JORDANO

**HARGUINDEY SALMONTE, Alejandro:** "Hacia una nueva ley de arrendamientos urbanos". Madrid, 1951. 205 páginas.

No es que sea difícil, ni muchos menos, hacer una crítica de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos. Pero la obra del magistrado señor Harguindey nos parece que es, hasta hoy, la crítica de más gracia, valentía y eficacia que ha sufrido y merecido la Ley arrendaticia.

Han transcurrido aproximadamente cuatro años desde que la Ley de Arrendamientos urbanos se encuentra en vigor; cuatro años—como observa el autor—no son sino la infancia en la vida de una Ley, sobre todo cuando se ha pretendido que fuese definitiva, algo así como el Código de la Propiedad urbana. Sin embargo, añade, estos cuatro años han sido agotadores para ella y puede decirse que está caduca, anciana y llegando al final de su vida. "No sé si las causas de esta prematura vejez son la intensa vida que llevó en estos cuatro años, en labor que



llegó a ser agotadora, o que la Ley no nació con la vitalidad necesaria. Creo que hay un poco de cada cosa. Se debió contar con más colaboraciones, y el no haber sido éstas solicitadas debe considerarse como un error". "En la Ley de Reforma de las sociedades anónimas se han hecho las cosas con más calma: se han redactado anteproyectos, se solicitaron informes, se acudió a organismos especializados y se permitió la pública aportación de consejos y orientaciones. Algo parecido debió haberse hecho en Arrendamientos urbanos."

El autor se preocupa de la realidad sociológica que constituye el supuesto de aplicación de las normas de la Ley. Esta—dice—ha regulado con toda minuciosidad, con excesiva minuciosidad, las relaciones actuales, existentes hoy entre las dos partes contratantes de la relación arrendaticia urbana; ha intentado y logrado la máxima defensa del arrendatario actual, pero con la grave contrapartida del abandono e indefensión en que se encuentra todo aquél que quiere constituir un hogar. Puede decirse que existen hoy dos posiciones de privilegio, la del *arrendatario antiguo* y la del *arrendador moderno*. El problema, o mejor aún, "la lucha" por la vivienda origina situaciones socialmente perniciosas y jurídicamente anómalas, y hasta inasequibles a la disciplina del Derecho: son, por ejemplo, esos casos, a los que alude el autor, de "realquilados", "habitaciones con derecho a cocina"; casos de la realidad cotidiana que una Ley, que quiso llegar a preveer todo, resulta incapaz de disciplinar. Y son éstos "negocios generalmente turbios y casi siempre ilícitos de alquiler de habitaciones en los cuales, los arrendatarios, que claman cuando el arrendador les repercute quizá unos céntimos por aumento de contribución o prestación de algún servicio, consideran perfectamente natural exigir por el arriendo de una habitación un precio que a veces excede del doble del que ellos pagan por el piso todo; y surgen situaciones desagradables y enojosas, relaciones tirantes que, con frecuencia, terminan en las Comisarías y Juzgados"...

Harguindey pinta con exactitud casos concretos del problema arrendaticio. "Quien hoy disfruta de una buena vivienda, bien situada y a bajo precio, teme el momento en que una de sus hijas, uno de sus hijos, al contraer matrimonio, necesite constituir un hogar; la situación de este hijo es totalmente distinta, nadie le protege y se encuentra prácticamente abandonado frente al ánimo de lucro más o menos lícito de quien puede proporcionarle vivienda; y muchas veces piensa el padre que con gusto cedería parte de las defensas que la Ley le concede como arrendatario "antiguo", si en cambio otorgase alguna de ellas a su hijo, que bien las necesita como arrendatario "moderno". Y en otro terreno parecido surge igualmente esta anomalía con consecuencias igualmente graves: la dificultad en que se encuentra quien, por razón de la función o cargo que desempeña, tiene que trasladar su domicilio a otra ciudad. Un traslado es hoy, si es forzoso, peor que una sanción; un ascenso es más temido que deseado, es la angustia de quien sabe que no va a encontrar vivienda donde instalarse como no sea a un precio que desequilibrará el aumento económico del ascenso.

El fin primordial de este trabajo es "acreditar que la Ley de Arrendamientos urbanos está desacertada en gran parte y es muy poco afortunada en la regulación y ordenamiento de gran número de problemas, produciendo así unas consecuencias contrarias a las por ella deseadas. No se trata, pues, de unos comentarios de la Ley". "Trato de demostrar—dice Harguindey—que la Ley de Arrendamientos urbanos necesita de modo imprescindible una reforma casi total; reforma en la que subsista la actual orientación, pero un poco más meditada, con conocimiento de realidades y no estableciendo de antemano principios o supuestos sin tenerse evidente seguridad de que son ciertos y verdaderos. Una Ley que más que crear puntos de fricción entre las partes contratantes, lime asperezas y evite reclamaciones inútiles, ineficaces, o bien presentadas con manifiesto "abuso de derecho", expresión que contenida en disposiciones anteriores no se ha incluido en esta Ley. Una Ley en la que el Juez no esté atado por numerosos preceptos rígidos y obligatorios en virtud de los cuales se vea convertido en colaborador de situaciones, que él no considera justas ni de acuerdo con la equidad, otorgándosele incluso la posibilidad de lograr la conciliación de los litigantes; pero en acto de conciliación eficaz y real, no en el frío y excesivamente formulario de la Ley de Enjuiciamiento civil."

A título de ejemplo, veamos algunos de los preceptos criticados por el autor.

A) El artículo 2.º excluye de los preceptos de la Ley la llamada vivienda de veraneo o de temporada. La Ley señala de modo expreso que es insuficiente que la vivienda sea amueblada o no, aunque en este caso, en la mayoría de las fincas, será difícil lograr la pretendida exclusión. En efecto, el artículo 2.º exige dos requisitos:

1.º Que la finca esté situada en lugar en que el arrendatario no tenga su residencia habitual, y

2.º Que el arrendamiento esté limitado a la temporada de verano o cualquier otra. La conjunción copulativa "y" da a entender que es preciso que concurren los dos requisitos, la no residencia del arrendatario y el que el alquiler se limite a una temporada determinada. Una vez más la Ley, queriendo resolver casos concretos, señalar al Juez un camino recto para facilitar su labor, se lo enreda y se lo complica. Era suficiente la circunstancia justa y lógica de que el alquiler se limitase a una determinada temporada para que quedase excluido de la Ley; pero si conjuntamente se exige que el arrendatario no tenga en el mismo lugar su residencia habitual, la cosa se complica, ayudando a esta complicación el empleo de la expresión, gráficamente poco concreta, de "lugar". No hay, en efecto, complicación cuando el inquilino que reside en Madrid alquila, para pasar el verano, un piso en San Sebastián o Villagarcía; no hay complicación ni el veraneante se lo busca, por regla general. Pero sí puede haberla cuando el vecino de Sevilla alquila un hotel de Heliópolis, o el de Madrid un chalet en Ciudad Lineal, o se crea una situación análoga en capitales con ciudad jardín, apta para pasar determinadas temporadas. En este caso ya no pueden concurrir las dos circunstancias que exige el artículo 2.º, ya que si bien el alquiler

se limita a una determinada temporada, el arrendatario tiene su residencia habitual en el lugar—kilómetro más o menos—donde está situada la finca. Es pues, inoperante que el arrendatario tenga o no su residencia habitual en el lugar donde está situada la finca, ya que lo único que puede excluir al arriendo de los preceptos de la Ley es la forma del contrato, el que se limite a una determinada temporada. Eso, y sólo eso será la causa determinante de la exclusión, ya que se puede vivir muy lejos del lugar donde está situada la finca y, sin embargo, regirse el arriendo por la Ley. El hecho de residir o no debería ser totalmente indiferente y considerarse sólo la índole del contrato como circunstancia determinante de la inclusión o exclusión del arriendo en lo preceptos de la Ley.

B) El artículo 10 contiene una ficción injusta. No hay razón alguna para que el escritorio de una gran empresa, las oficinas de una sociedad anónima o los almacenes de una entidad comercial se reputen viviendas. Nada más contrario a este concepto que lo que esos casos significan. Falta, además, en este supuesto el espíritu de protección al débil económico; no había por qué atribuir esta protección, que con toda razón se otorga a una vivienda, que constituye un hogar, a una oficina o a un almacén. Sería lógica esta defensa si en el escritorio u oficina tuviese el inquilino su vivienda; pero en ese caso jugaría el artículo 7.º, y no siendo vivienda no tenía por qué establecerse esa ficción. En todo caso, y si el legislador así lo quería, el artículo 10 pudo ser una disposición transitoria, que señalase un plazo durante el cual los escritorios y almacenes tuviesen el carácter de vivienda. Aquí era procedente una disposición transitoria, con bastante más fundamento que otras, verdaderamente inexplicables. Prueba de ello es que hoy apenas existe dificultad para arrendar un local para negocio u oficina. Por ello pudiera muy bien suprimirse ese equipararse a la vivienda que otorga una protección excesiva, sin razón alguna, económica o social, que lo aconseje.

C) El subarriendo, ¿no debería gozar de prórroga forzosa? No hay motivo alguno para que a un subarrendatario se le niegue el beneficio de la prórroga otorgada al arrendatario. Las necesidades son, evidentemente, las mismas o quizá mayores; no cabe duda que la posición del subarrendatario es más incómoda y, por regla general, más gravosa que la del arrendatario. Casualmente es la imposibilidad de ser esto último lo que obliga a ser lo primero; luego la misma protección que se le otorga al uno debió concedérsele al otro. Es paradójico admitir que un arrendatario no puede ser compelido a abandonar la vivienda que ocupa y, en cambio, en cuanto adquiere la posición de arrendador—o subarrendador, es lo mismo—y contrata con una propiedad que no es suya entonces, sí pueda ejercer un derecho, que al propietario se le niega, de actuar con despotismo legal y lanzar al subarrendatario por la simple variación del precio de la vivienda. Esto es realmente injusto; las mismas, absolutamente las mismas razones que aconsejan y justifican la prórroga forzosa con el arrendador de la vivienda se dan en el subarrendador; esas realidades, dificultades económicas, crisis de vivienda, etcétera, igual se dan para el arrendatario que el subarrendatario.

D) El capítulo décimo de la Ley lo componen trece artículos, y hasta trece tantos por cientos distintos se señalan en ellos. Realmente este capítulo más parece el de una Ley mercantil y, desde luego, a su vista se echa de menos que en la Facultad de Derecho no haya una asignatura, si no de matemáticas superiores sí, al menos, de matemáticas mercantiles. Tampoco sobrarían nada algunos conocimientos propios de los técnicos de la construcción para distinguir cuándo un "enser" debe ser pagado exclusivamente por el arrendador, y cuándo el arrendatario debe contribuir con un 40, un 33 o un 25 por 100 del precio. Serían muy convenientes esos conocimientos técnicos para saber distinguir entre un grifo, un codo o un empalme; saber si una cocina debe considerarse montada al descubierto; si está al descubierto, y tiene a su vez "enseres" interiores, qué sucederá con estos; si una bañera empotrada ha de considerarse "enser al descubierto"... En fin, en la mayoría de los casos será más económico y más tranquilo "que cada uno se las arregle buena-mente como pueda, pero sin acudir a la presencia judicial".

E) Un arrendatario antiguo paga por un amplio piso una renta de 400 pesetas mensuales, y tiene, entre otras, una habitación de 40 metros cuadrados. El propietario, por imposición de la Fiscalía de la Vivienda, tiene que limpiar y pintar el techo de esa habitación. Si suponemos que quien hace la obra pone un precio de 50 pesetas el metro cuadrado, tenemos un total de 2.000 pesetas por toda la obra. El inquilino, de acuerdo con el artículo 137, párrafo último, habrá de contribuir con el 10 por 100 de su renta mensual; es decir, contribuirá con 40 pesetas en una obra de 2.000. En una casa moderna, con un piso de 1.500 pesetas mensuales de renta, si ello sucede en una habitación de 12 metros cuadrados, la misma obra valdrá 600 pesetas y el inquilino habrá de contribuir con 150. Es decir, el arrendatario "antiguo" contribuye con 40 pesetas en el pago de una obra que costó 2.000; el arrendatario "moderno" participa con 150 pesetas en una obra cuyo importe es 600. De aquí resulta lo equivocado de referir a la renta el porcentaje de la reparación, siendo ello un ejemplo clarísimo de la posición privilegiada del arrendatario antiguo y el arrendador moderno; situación injusta que es preciso evitar. Porque el arrendatario moderno no sólo paga una renta muy elevada, sino que como los servicios, suministros y obras se repercuten, por regla general, en proporción a la renta, ésta actúa de modo que tales repercusiones son siempre mayores que las que corresponden al arrendatario antiguo que, a su ventaja de pagar renta menor, une la de participar con cantidades más pequeñas en obras que cuestan lo mismo. Y todo ello por querer evitar la solución inevitable que es garantizar al capital invertido en la construcción de una finca un interés suficiente, y dejar de su cuenta todas estas derramas, participaciones y repercusiones que en modo alguno corresponden al arrendatario.

F) No se alcanza por qué el transformar un local de negocio en vivienda ha de ser causa de resolución del contrato. Cabe explicar el caso contrario, y aun así podría exigirse que el negocio fuese escandaloso, incómodo o insalubre. Pero no se explica la razón de que un arrenda-

tario que tiene un local de negocio y lo convierte en vivienda puede ser desahuciado. Si él paga una renta elevada y encuentra acomodo en el local de negocio, allá él y su familia. Sería más perfecto conservar como causa de desahucio el que se destine la vivienda o local a uso distinto del pactado; pero añadiendo que para ello sería preciso que el Juez en cada caso determinase si ese cambio de uso es o no suficiente como motivo de desahucio.

G) El artículo 152 puede señalarse como un ejemplo de falta de sistemática, bastante frecuente en la Ley de Arrendamientos. En ese artículo se hace referencia nada menos que hasta a otros trece: "salvo en los casos de los artículos 20 y 21"; "a personas distintas de las expresadas en los artículos 34 y 42"; "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23"; "salvo en el caso del artículo 23", etc., etc. Este artículo bate la marca de las referencias, a pesar de haber sido modificado por la Ley de 21 de abril de 1949.

Creemos que con los párrafos transcritos o resumidos—escogidos al azar—queda de manifiesto lo dicho al principio: la obra de Harguindey es, dentro, a veces, de un aparente desenfado, la crítica más eficaz que hasta el presente se ha hecho de la Ley de Arrendamientos urbano-.

A. de la O. de C.

**PEREIRA COELHO: "O nexa de causalidade na responsabilidade civil".  
Coimbra, 1950.**

Esta obra del joven profesor auxiliar de Coimbra es la primera monografía escrita en el país vecino sobre el tema, que es uno de los centrales dentro del Derecho civil. El autor ha conseguido llenar la laguna de una forma digna y merecedora de elogio.

En el comienzo de su trabajo afirma, siguiendo la corriente de pensamiento dominante en la escuela de Coimbra, que para la resolución de la problemática que su estudio presenta recurrirá en primera instancia al análisis de las necesidades e intereses de la práctica, siguiendo la dialéctica de los valores legales o emitiendo en último recurso juicios de valor autónomos. Sólo después de esta fase podrán reducirse a conceptos las soluciones obtenidas, con una finalidad puramente sistematizadora.

Siguiendo esa orientación empieza por estudiar el esquema de la responsabilidad civil en el Derecho portugués.

Advierte que a pesar de los diferentes sentidos que la responsabilidad civil puede tener, en todos ellos aparece clara la idea de que una persona ha practicado un hecho que causa a otra ciertos perjuicios, quedando obligada por ley a indemnizarlos. Y ese carácter común es suficiente para el primer intento que persigue el autor.

Al tratar de la naturaleza de la responsabilidad civil comienza admitiendo la distinción clásica entre responsabilidad contractual y extracontractual, en las líneas generales con que tradicionalmente se ha procedido a tal distinción.

Sentado ese presupuesto considera que siendo uno de los elementos integrantes del concepto de la responsabilidad la existencia de un perjuicio que haya sufrido alguien concretamente, su función resulta en principio tan sólo reparadora. El fin de la responsabilidad civil será reparar los intereses de ciertas personas ofendidas por haberse practicado cierto hecho. Claro está que la ley no ignora la necesidad de punir la conducta del que causa la lesión y de procurar que se eviten nuevos actos productores de aquel resultado. Pero como fin la ley sólo desea el momento reparador; el represivo y el preventivo los desea tan sólo como efecto. Es precisamente en este punto donde se encuentran las más nítidas diferencias entre la responsabilidad civil y la penal.

Plantea Coelho seguidamente el problema de cuál debe ser el camino a seguir para alcanzar la finalidad reparadora que la ley señala a la responsabilidad civil.

A este propósito, después de criticar la imperfecta redacción del artículo 2.364 del C. c. portugués (la responsabilidad civil consiste en la obligación en que se constituye el autor del hecho u omisión, de restituir al lesionado al estado anterior a la lesión y de satisfacer las pérdidas y daños que le haya causado), concluye que ese precepto sólo puede significar que el deber de indemnizar impone a quien lesionó el practicar ciertos actos cuya finalidad es crear una situación que se aproxime lo más posible de aquella otra en que el lesionado probablemente se encontraría—según la sucesión normal de las cosas—si no hubiese tenido lugar el acto lesivo. Este criterio pone de manifiesto que quien causó la lesión está obligado a reparar aquellos perjuicios que el lesionado seguramente no habría sufrido si no mediase el hecho; eso supone un reconocimiento de la bondad de la teoría de la causalidad adecuada, a la que el autor se ha de adherir más adelante.

Cuatro elementos distingue Coelho en la responsabilidad civil, dentro del cuadro del Ordenamiento de su país: 1) un hecho que viole un derecho ajeno; 2) un nexo de imputación que liga aquel hecho a determinada persona; 3) un perjuicio concreto y efectivamente sufrido por el lesionado; 4) un nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio. Con el estudio de los tres primeros elementos termina la primera parte del trabajo.

La segunda y última parte está dedicada al examen del cuarto elemento, que constituye el problema fundamental de la monografía que comentamos.

La exigencia del nexo de causalidad tiene por misión determinar qué especie de perjuicios son los que pueden considerarse efectivamente “causados” a efectos de responsabilidad. Es decir, delimitar la extensión del deber de indemnizar. En eso se distingue el elemento del nexo causal del nexo de imputación del hecho lesivo a una persona. Este último tiene por finalidad determinar si existe entre el hecho y la persona un nexo del tipo que la ley exige (problema de la culpa). En cambio, el nexo de causalidad tiende a precisar cuáles fueron los perjuicios realmente causados por aquel hecho. Ambos nexos, diferentes en su función, están en

un mismo plano y mutuamente se suponen, pues la no existencia de uno de ellos torna inútiles todas las indagaciones en relación al otro.

Dentro del epígrafe "anatomía del nexo de causalidad" estudia Coelho la esencia del nexo y los términos de ligación a que hace referencia. Al tratar el problema de la esencia expone las diferentes teorías sobre el nexo.

Examina, en primer lugar, la de la "conditio sine qua non", que rechaza porque conduce a una extensión desmesurada del concepto de causa, indudablemente injusto, pues no limita la cadena de perjuicios reparables. Y no puede negarse que no todos los perjuicios, sino sólo algunos, deben repararse.

Rechaza también la teoría de la "última condición, o causa próxima" Esta doctrina encuentra un primer obstáculo para su aplicación en la dificultad de precisar cuál es la causa más cercana del resultado. El sujeto responsable se limita muchas veces a producir una única causa, que por su vez provoca la aparición de otras que originan el daño.

Tampoco admite, en ninguna de sus modalidades, la doctrina de la "condición eficiente", que pretende penetrar en el propio proceso causal que dió lugar al resultado y establecer con rigor cuál fué la contribución de los varios antecedentes. Para fijar la condición más eficaz se cae inevitablemente en la inseguridad, la incerteza y la falta de fundamento.

Estudia, por último, la teoría de la "causalidad adecuada", en sus diferentes modalidades. Acepta el pensamiento central de la doctrina, en el sentido de no tomar en consideración el significado de las diversas condiciones que intervienen en el proceso causal, sino sólo el significado que la condición tiene en abstracto, exigiendo que sea "en general idónea" para determinar el resultado. Sólo los perjuicios respecto a los cuales el hecho lesivo fué una causa idónea o adecuada, deben tenerse por "causados" a efectos de responsabilidad; es decir, los perjuicios que según el "curso normal de los hechos", que según la "regla común de vida", la práctica del hecho lesivo torna "objetivamente probable". Admitiendo este núcleo fundamental de la doctrina de la condición adecuada, somete Coelho esa teoría a una serie de revisiones del mayor interés.

Respecto a los términos del nexo de causalidad, estudia el nexo entre el hecho lesivo y el daño, entre el hecho y el lucro frustrado, y entre el hecho y los beneficios que por él se obtienen y que deben deducirse del montante de los perjuicios.

Bajo el epígrafe "patología del nexo de causalidad", trata los problemas de interrupción y anticipación del nexo.

Considera que la interrupción se da cuando un hecho, en general idóneo para provocar cierto resultado dañoso, no llega a producir el daño por intervenir otra circunstancia que lo produjo con anterioridad. Si la primera circunstancia no condicionó de modo alguno la intervención de la segunda, el primer hecho no puede considerarse causa. Igual acontece si la segunda circunstancia, habiendo sido condicionada, es, no obstante, una "consecuencia inadecuada". Sólo cuando la segunda circunstancia

es una "consecuencia adecuada" de la primera puede el segundo hecho tener e por causa del perjuicio, aunque sea de modo indirecto.

La anticipación de la causalidad supone que un resultado producido por un hecho se hubiera producido posteriormente también como consecuencia de otra circunstancia. En principio la anticipación no destruye el nexo de causalidad; sólo puede admitirse la destrucción del nexo en casos muy concretos.

Trata, por último, Coelho el nexo de causalidad en la ley y en la doctrina portuguesa.

En referencia a la ley considera que ésta no consagra ninguna de las diferentes teorías existentes sobre el nexo. En todo caso cree encontrar en el artículo 707 del C. c. (sólo pueden considerarse pérdidas y daños los que resulten *necesariamente* de la falta de cumplimiento del contrato) una solución que se armoniza con la teoría que él admite. E igualmente piensa que los artículos 1.731 (quien intervenga en un negocio de otro contra su voluntad declarada responderá por todas las pérdidas y daños "aun accidentales" de no probarse que se hubieran igualmente producido de no existir tal intervención) y 1.436, núm. 2 (el depositario sólo responderá por caso fortuito o fuerza mayor si estuviese en mora cuando se da el perjuicio), se concilian con aquélla. Por eso considera que su concepción no sólo es admisible de "iure constituendo", sino también—y por ser la más correcta debe ser la preferida—dentro del cuadro del "iure constituto" de su país.

En el campo doctrinal los autores no han estudiado en particular el asunto, limitándose unos a aceptar sin desenvolvimientos la doctrina de la causalidad adecuada (Andrade y Paulo Cunha), y otros la de la "conditio sine qua non" (Cunha Gonçalves) sin buscarle fundamento apreciable.

Sólo Gomes da Silva ha tratado con algún detenimiento el problema. Este autor rechaza las distintas doctrinas existentes sobre el nexo de causalidad porque no toman en cuenta el carácter psicológico del mismo. Piensa que deben considerarse perjuicios a efectos de responsabilidad aquellos de los que el que causó la lesión es culpado. De esta forma el nexo de causalidad no constituiría un elemento autónomo de la responsabilidad civil, sino que representaría un simple aspecto del nexo de imputación del daño al sujeto responsable. Entiende que hay dos tipos distintos de nexo de imputación: el subjetivo y el objetivo, y que el problema del nexo de causalidad debe ser resuelto de una u otra forma según estemos en presencia de uno u otro tipo.

Coelho rechaza la consideración psicológica del nexo de causalidad, afirmando que la solución del problema sólo debe ser dada atendiendo a la situación del lesionado, confrontando su "situación real con la hipotética", y no atendiendo a la culpa del que causó el daño. Y califica a la fórmula de Gomes da Silva de poco útil para el intérprete.

Estas son las líneas generales de la monografía que comentamos. Su utilidad es manifiesta y ha de servir sin duda de punto de partida para ulteriores desenvolvimientos, que vendrán a perfilar con contornos



más precisos toda la substancial problemática de la responsabilidad civil en el campo dogmático y legislativo portugués.

Gregorio José ORTEGA PARDO

PLANITZ, Hans: "Grundzüge des Deutschen Privatrechts", 3.<sup>a</sup> ed. reelaborada. Ed. Springer. Berlín, 1949 (vol. V de la Enzyklopadie der Rechts-und Staatswissenschaft).

Entre la copiosa producción germánica en el campo de la Historia del Derecho, después de la guerra, debemos mencionar los manuales en cierto modo clásicos, que presentan una exposición de síntesis de la materia, y que en nuevas ediciones revalidan el prestigio de que gozaban entre los estudiosos. Tal es el caso de los Principios del Derecho privado alemán del profesor de Viena Dr. Hans Planitz, cuya tercera edición llega ahora a nosotros, mostrándonos junto a sus valores originarios, el reflejo de más de quince años de progreso científico. En 1925 decía Planitz que el Derecho privado alemán, como ciencia y doctrina jurídica, estaba al principio de su carrera. Una simple ojeada a las páginas de esta edición bastaría a convencernos de ello. En la indicación bibliográfica que sigue a cada párrafo se advierte la curva creciente de los títulos posteriores a aquella fecha, e igualmente de los que entre 1931 y 1948 han afectado a temas fundamentales del Derecho germánico, o bien han completado y precisado el conocimiento de instituciones y aspectos particulares.

Ya anteriormente, en 1931, el autor había integrado el cuadro del Derecho germánico (suizo y alemán), con los puntos de vista de los Derechos inglés y francés. Ahora anuncia haber reforzado la atención hacia el Derecho Austríaco. La concepción que preside todo el libro es considerar el "Derecho privado alemán" como una disciplina jurídica, cuyo objeto es mostrar los conceptos que, procedentes del círculo de la cultura alemana, han colaborado en la construcción del Derecho moderno. No se trata de una exposición del Derecho vigente, sino de una Introducción que sirva para el Derecho germánico como las "Instituciones" del Derecho romano sirven para el sistema de éste. Su método es el histórico. Destaca Planitz el valor, para el Derecho germánico, de los principios originales y espontáneos, todavía libres de elaboración conceptual racionalista. Por otra parte estas concepciones jurídicas no pueden ser rectamente comprendidas, si no son observadas en el conjunto vivo del Derecho de su tiempo. El Derecho medieval, antes de la intensiva penetración de la recepción romanista, constituye para ello el mejor material de conocimiento. Dos finalidades asigna a esta ciencia: fundamentar el Derecho comparado y orientar una Política del Derecho. En una estrecha conexión comprende desde el Derecho de las primitivas tribus hasta la moderna codificación. En el plano doctrinal, una serie análoga va desde el Libro del Derecho sajón en que por primera vez se condensa un Derecho germánico, hasta la moderna Germanística, pasando por la literatura

de la Recepción que acusa influjos populares, la exposición del *Jus Germanicus* frente al romano, la Escuela del Derecho natural y la Escuela histórica.

El manual de Planitz ofrece una visión sistemática, matizada ricamente con variantes históricas, del Derecho germánico. Su valor metodológico nos anima a exponer sus líneas principales, especialmente en lo que se refiere a lo que tradicionalmente se designa "Parte general".

Según Planitz, el Derecho aparece a los germanos como algo invariable, eterno: en la época cristiana vinculará su origen a Dios mismo. Por lo tanto, el Derecho no es "puesto", sino "hallado" por el hombre. Es también originalmente un Derecho estricto, aunque penetrado más tarde por criterios de equidad. Y de aquí que sea un derecho formalista, cuyas reglas son concretas, plásticas, simbólicas; cuyos actos deben exteriorizarse, si han de tener efectividad.

Le es ajena la distinción entre Público y Privado. Costumbre y ley, ciencia y práctica son las fuentes en que se exterioriza históricamente. El ámbito espacial de vigencia viene alternativamente dominado por los principios de personalidad y territorialidad. En el ámbito temporal rige sin interrupción el principio de irretroactividad. Para las relaciones entre fuentes coetáneas, de distinta amplitud, era constante la preferencia del círculo más estrecho (*Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemein Recht*); modernamente, a pesar de que *Reichsrecht bricht Landrecht*, el Derecho especial del Estado precede al Derecho común.

Según la concepción germánica, no existe el Derecho subjetivo con sustantividad propia, sino como "revés" del objetivo. Puede observarse, sin embargo, que también aquí la Romanística moderna elimina los motivos diferenciales, al revisar la contraposición entre derecho subjetivo y objetivo, en favor de una visión unitaria. (Cfr. A. d'Ors en "Studi in memoria di Emilio Albertario", II, 1950, p. 279). El derecho subjetivo tiene su raíz en la personalidad; un derecho subjetivo patrimonial sólo tardíamente se perfila. En la protección de los derechos, la ayuda propia ejerce un destacado papel; la acción se configura como pretensión frente al quebrantamiento de la norma. Los hechos jurídicos son aquellos a los que este orden anuda una modificación en el mundo del Derecho. Entre ellos se alza el Negocio jurídico, concebido fundamentalmente como "expresión" de la voluntad, con un claro predominio de la forma. El "negocio fiduciario" (en propio nombre y en interés ajeno), aparece constantemente, junto a un tardío instituto de representación que, todavía, se inclina al tipo de representación mediata. El transcurso del tiempo, cuya típica manifestación es el año y día, significa algo en relación con el silencio y con la inmemoriabilidad; una pura caducidad ligada al tiempo es, por el contrario, desconocida.

La aceptación familiar, y por influjos cristianos el nacimiento, determina el comienzo de la capacidad jurídica. Una doctrina de la ausencia se ha iniciado en la época de la Cruzada. Extranjeros, herejes y judíos han sido incapaces en distintas fases del Derecho histórico. La diversidad de linaje y la infamia han determinado diversas limitaciones en la capa-

cidad jurídica. La de obrar ha sido alterada por la edad, el sexo y la salud física y psíquica. En las personas jurídicas pueden distinguirse la comunidad, a cuya forma originaria, doméstica, se agregan la agraria, la caballeresca y la mercantil; modernamente se reasume la comunidad nuevamente en la familia.

En la compañía (Genossenschaft), el primitivo vínculo de la "sippe" se territorializa; a la consanguinidad sucede la "vecinitas": compañías de la marca o tierra, y de sus especiales aprovechamientos. De modo semejante, las corporaciones profesionales y económicas (exactamente, "de adquisición") de gran desarrollo moderno, y las que, a nuestro parecer, con poca exactitud denomina el autor *Idealgenossenschaften*, de personas unidas por motivos religiosos, políticos, sociales o científicos (las Universidades). La doctrina germánica de la persona jurídica fué profundamente afectada por la recepción. Los derechos de la personalidad experimentan un amplio desarrollo, desde los puros derechos de la persona a los bienes de la personalidad y los bienes inmateriales.

Las cosas y los derechos reales presentan, como es sabido, un peculiar tratamiento en el Derecho germánico. Una división básica da lugar al Derecho de inmuebles y al Derecho de muebles. Es al primero al que corresponde una más compleja regulación, sometida a múltiples condiciones históricas y a numerosas conexiones con el resto del orden jurídico. La propiedad comunal está en el fondo y determina, con sus variaciones, el curso de esta regulación. Limitaciones de la propiedad y propiedades limitadas se vinculan a dicha idea: derechos de colindantes, retracto y tanteo, bienes troncales y fideicomisos familiares. Por otra parte, la teoría de las propiedades elaborada en torno a las regalías. Los derechos reales limitados, con la forma central del "préstamo", en sus modalidades agraria (precaria), urbana (solar) y caballeresca (feudo). Finalmente, las servidumbres, el usufructo y las cargas reales, doctrina esta última que la Recepción deja intacta y que llega hasta el Derecho moderno con una perfecta continuidad. Los más antiguos derechos de garantía ligados a la trasmisión de la cosa, inician una nueva trayectoria, muy fecunda en consecuencia, con la recepción de la hipoteca romana. El tráfico y la protección jurídica inmobiliaria tiene por fundamento la "gewere" en el antiguo derecho, modificado por la doctrina de la posesión, y desde que en Colonia, siglo XIII, se crea el "Grundbuch" por el principio registral. El negocio formal de enajenación se adapta a estas modalidades. Respecto a los muebles, su posesión, adquisición y pérdida, limitación de la acción reivindicatoria, agotan la peculiaridad de su regulación jurídica, mucho más simple.

A la escasa significación primitiva del derecho de crédito, corresponde una historia condicionada en sumo grado por la recepción romanista, que ha ligado indisolublemente los dos términos antiguos: delito y responsabilidad. El "contrato de responsabilidad" pierde terreno en el moderno derecho; mientras lo gana el "contrato de deuda", formal, real y, más tarde, consensual.

En el Derecho de familia durante la Edad Media, la "sippe" y la parentela fueron perdiendo importancia en favor de la comunidad domésti-

ca, en la que la autoridad predomina sobre el vínculo de sangre. El contrato matrimonial es enérgicamente modelado por la doctrina canónica. En dos direcciones se desarrolla el régimen económico: comunidad de administración y comunidad de bienes. La antigua unidad de tratamiento de todos los hijos cede por influjos canónicos a un régimen diverso para los no nacidos en matrimonio.

También el Derecho hereditario es de formación relativamente tardía por causa, en esta rama, de haber subsistido hasta el período franco la comunidad familiar. Junto al llamamiento familiar, con modalidades para ciertas clases de bienes en los Derechos feudal y campesino, y partiendo de la "parte libre" se desarrolla el llamamiento libre, contractual o testamentario.

Una colección de refranes jurídicos, con referencia a los lugares pertinentes del texto y un índice de materias completan la obra, que siempre deberá ser recomendada como introducción y guía en el Derecho germánico.

R. GIBERT

**SALIS:** "Il condominio negli edifici". Vol. V, Tomo III del "Trattato di Diritto civile italiano", de VASSALLI. Turín 1950.

Una vez más vuelve a colaborar en la magnífica colección de Vassalli, de cuyos volúmenes vamos dando cuenta en el "Anuario" a medida que llegan a nuestras manos, el profesor de Cagliari y gran civilista italiano Lino Salis. Esta contribución, tan admirable como todas las suyas, viene a seguir robusteciendo el merecido prestigio internacional que la obra de Vassalli goza hoy como primera entre las enciclopedias del Derecho civil moderno.

De condominio en referencia a edificios—dice Salis—pueden presentarse varias hipótesis que cabe reducir a dos principales: La primera, cuando el edificio pertenece en propiedad a varias personas "pro indiviso" (sucesión "mortis causa", o "inter vivos" de varias personas en la propiedad de un edificio que pertenecía anteriormente a una sola). La segunda—que es la que al autor interesa en su trabajo—cuando varias personas adquieren un edificio, por acto entre vivos o por causa de muerte, pero no "pro indiviso", sino dividiendo entre ellas los diferentes locales (uno o más pisos o departamentos), de modo que cada una de ellas deba considerarse propietaria exclusiva de la parte que se le atribuye.

Es posible que varias personas, adquiriendo "pro indiviso" un edificio procedan después a dividir sus diferentes partes provocando el paso de un peculiar régimen de comunidad a otro intermedio disciplinado por normas que son objeto de estudio en la monografía que comentamos.

Cabe también que en la adquisición o en la división se otorguen a diferentes personas "pro indiviso" uno o más pisos, asignando los demás en propiedad separada a los restantes adquirentes o condividentes. En tal supuesto las relaciones de comunidad entre los condóminos de un mismo piso y las que existen entre éstos y los propietarios exclusivos serán

reguladas independientemente, sometiéndose cada una de ellas a las pertinentes disposiciones del Código.

¿Cómo se explica que dentro de una cosa (el edificio), que desde el punto de vista económico-jurídico puede considerarse única, coexistan varios objetos de propiedad diferente que en vez de colindar entre sí se encuentran superpuestos en planos horizontales?

Por el principio de la accesión (admitido como general en el Ordenamiento italiano) todo lo que se construye sobre el suelo debe considerarse de propiedad exclusiva del propietario del terreno. Pero tal presunción puede ser vencida por un "título" del que resulte que un tercero ha adquirido del propietario del terreno la propiedad separada de la edificación ya existente o el derecho a hacer una nueva. En tal supuesto el propietario del terreno y el de la construcción serán dos personas diferentes. Los confines entre las dos cosas superpuestas estarán señalados por una línea horizontal de división.

En relación al caso que ahora interesa puede darse la hipótesis de propiedad superficiaria de singulares pisos cuando en un mismo edificio esos pisos pertenecen a diferentes propietarios y el terreno sobre el que está construido sea de dominio común entre ellos o de propiedad exclusiva de uno de esos propietarios o de un tercero.

Dentro de la hipótesis de propiedad separada debe encuadrarse la propiedad sobre un piso sin la previa constitución de un derecho de superficie y con la expresa prohibición de reconstruir en caso de pérdida del edificio.

Dentro de la hipótesis de propiedad superficiaria hay que encajar el supuesto de propiedad sobre el piso cuando se forma en virtud de la previa concesión de un derecho de superficie, y aquella en que no existiendo esa previa concesión no se impone al adquirir la propiedad ninguna de las prohibiciones que impedirían reconstruir caso de que el edificio se destruyese.

La Ley (artículo 1.128 del nuevo Código civil italiano) no sólo consiente, sino que impone a los singulares participantes—caso de destrucción del edificio en menos de tres cuartas partes de su valor—la reconstrucción de lo destruido, concurriendo "pro quota" a reconstruir las partes comunes y obligando a ceder a los otros participantes—caso de que no se quiera contribuir—sus derechos incluso sobre las partes de exclusiva propiedad. El legislador extiende el principio general del núm. 3 del artículo 954 del C. c. italiano (la destrucción de la construcción no implica, salvo pacto en contrario, la extinción de la superficie), incluso al caso en que la propiedad separada se forme sin previa constitución de un derecho de superficie, pero limita tal extensión a la hipótesis en que el edificio se destruya en menos de tres cuartas partes de su valor. Si la destrucción es total o superior a ese valor no se aplicará ese precepto: Cada uno de los coparticipantes tiene entonces el derecho de instar a la venta en subasta pública del suelo y materiales, salvo pacto en contrario (artículo 1.128, núm. 1); cabe que los antiguos propietarios acuerden la reconstrucción, haciendo nacer entonces con el nuevo pacto un derecho de superficie capaz de neutralizar el principio de la accesión.

El hecho de la coexistencia de diferentes propiedades sobre un mismo edificio impone como consecuencia que los propietarios deberán gozar en común de muchas partes del inmueble (patios, tejados, etc.); de otras sólo algunos (de las escaleras del segundo piso en adelante no se servirán los propietarios de los dos primeros pisos, mientras que el del tercero tendrá que usar necesariamente las escaleras de los pisos inferiores). El uso común se da sobre aquellas partes en que el goce es necesario para que cada propietario pueda disfrutar de la cosa de que es dueño exclusivo. Cabe, no obstante, que esas partes comunes pertenezcan en propiedad exclusiva a uno solo de los propietarios, teniendo los otros apenas un derecho de goce sobre tales cosas y no una copropiedad,

La coexistencia de propiedades superpuestas implica una serie de limitaciones en el goce de la cosa de dominio exclusivo. Tales limitaciones, que nacen por el hecho mismo de la existencia de varias propiedades confinantes, no tienen, como es natural, su fuente en una comunidad, y son por ello distintas de aquellas limitaciones que tienen su origen en la copropiedad necesaria al goce común.

Estos son los trazos generales de la problemática que presenta el libro de Salis. Su claridad, elegancia literaria, la sistemática rigurosa y la profundidad y sutileza del estudio, aliando el dogmatismo con la contemplación de las realidades de la vida, hacen de la obra modelo entre las de su especie. Un nuevo triunfo que Salis puede añadir a los muchos que su inteligencia cosechó.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

**SILVAN, José: "TRATADO DEL IMPUESTO MUNICIPAL DE PLUS-VALIA".** Un tomo encuadernado en rústica, distribuido por la librería Bosch, de Barcelona. Año 1950.

El Abogado del Estado, don José Silván, Secretario del Tribunal Económico Administrativo de la Delegación de Hacienda de Barcelona, nos ofrece un amplio y documentado estudio sobre el impuesto de Plus Valía. Sigue a una escueta pero aguda introducción, el que podríamos llamar cuerpo de la obra, dividido en cuatro partes. Consta el trabajo, además, de dos apéndices.

La primera de las partes que nos toca analizar muestra un doble enfoque dado por Silvan a los impuestos sobre incrementos del patrimonio: científico y fiscal; estudia su naturaleza (impuesto indirecto, gravando lo "inmerecido o no ganado", con las excepciones antiguas de Stuart Mill y de George, las modernas de Flora y Damaschke y la modernísima predominante de Gustav Cassel y Luigi Einaudi); cita diversas teorías: las que niegan su justificación, la admiten para todos los terrenos o la limitan a los solares, y, finalmente, señala una serie de antecedentes históricos de la imposición que nos ocupa, en el extranjero y en España, haciendo también una separación precisa entre la Plus Valía y otros gravámenes parecidos.

La parte segunda y fundamental, que lleva como subtítulo el de

“Normas sustantivas de la Legislación municipal para la exacción del arbitrio de Plus Valía”, se halla integrada por siete secciones: a) Legislación principal y supletoria; b) Concepto y caracteres legales del impuesto y garantías para su exacción; c) Materia del arbitrio; d) y e) Sobre las transmisiones a título oneroso y lucrativo; f) Suspensión, resolución, nulidad y prescripción de liquidaciones; g) Elementos fiscales del arbitrio. A nuestro juicio, si bien la división entre siete secciones es muy acertada, no existe igual interés entre unas y otras; ni siquiera semejante claridad de exposición. En algunas de ellas resulta quizás el señor Silvan excesivamente detallista, y en otras, ligeramente difuso. Sin embargo, vistas en conjunto, como unidad global, suponen un profundísimo conocimiento de la cuestión tratada, constituyen una muy valiosa aportación jurídica a la bibliografía española, y la citada en tercer lugar, “Materia del Arbitrio” (con la clara distinción entre el objeto económico y el “acto condición”, de Damerville y Giannini, y la Teoría General de los Actos Sujetos), así como la señalada en séptimo, de máxima utilización práctica ésta, son de extraordinario valor y completísimas.

La parte tercera comprende tres capítulos. Sigue en importancia a la segunda, como la Ley Procesal sigue a la Civil. Es, perdonémoslo el símil, como las instrucciones para el funcionamiento del complejo mecanismo elaborado en la parte precedente. Son de mucho interés, sobre todo para el Letrado en ejercicio, las normas de competencia y presentación de documentos; notificación de liquidaciones y sus requisitos; recaudación voluntaria y ejecutiva; suspensión y fraccionamiento de pago, etcétera, etc., así como todo lo referente al procedimiento para las reclamaciones; las reclamaciones económico-administrativas; el “silencio administrativo” sobre el cual tan magistralmente teoriza en Cátedra el ilustre don José María Pí y Suñer; el recurso contencioso-administrativo y tantos otros extremos con los cuales se tropieza a diario en la vida profesional.

La cuarta y última parte consiste en un estudio sobre la llamada “Tasa de Equivalencia”, es decir, del gravamen que recae sobre el aumento de valor determinado por períodos fijados de tiempo y experimentado por los terrenos que, siendo aptos para el arbitrio de Plus Valía, se libran del mismo por pertenecer a las entidades permanentes, vulgarmente conocidas como “manos muertas”. Nos dice con razón el autor del Tratado, que esta diversificación de la exacción “viene impuesta por la misma realidad jurídica y social”, es decir, por la necesidad de restablecer el debido equilibrio entre los bienes poseídos por personas físicas y por (repitamo: una frase de Einaudi, recogida por Silvan), “los propietarios perennes aferrados a las cosas al igual que la mano rígida del muerto”. Es interesante señalar el concepto legal de las entidades permanentes, las reglas de liquidación de la tasa de equivalencia y las normas administrativas referentes a la exacción de la misma. Termina esta última parte indicando cuáles son las entidades permanentes exentas de imposición (art. 108 del Decreto de Haciendas Locales).

En el Apéndice I se agrupan los textos legales aplicables a la exac-

ción del arbitrio y las disposiciones aplicables al mismo en cuanto no se opongan al vigente Decreto. En el Apéndice II se hallan incluidas las Ordenanzas vigentes, respectivamente, en los Ayuntamientos de las dos mayores capitales españolas.

El juicio que nos merece esta obra es muy favorable. Un verdadero Tratado, como su nombre indica; es claro (con alguna que otra ligerísima y comprensible salvedad), completo, documentado, cimentado en una amplia bibliografía y de relativamente fácil manejo, debido, en forma principal, a su sistemática exposición, y también al índice alfabético de materias de que consta.

Jorge TURULL REGAS  
*Licenciado en Derecho.*



# Revistas

## I. Derecho civil

### I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

**FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo:** "Registro civil. Reconocimiento de hijo natural por expediente ante el encargado del Registro". *Revista General de Derecho*, 82-83, 1951; págs. 372-376.

En realidad, aclara, se trata del reconocimiento de un hijo natural por expediente, de hijo que ya está inscrito en el Registro civil, bien como ilegítimo o de padres desconocidos, bien como natural del que va a reconocer, cuando éste no hubiese autorizado el acta, y contra la prohibición del artículo 132 del C. c. se hubiese hecho constar su nombre, bien como es natural, de uno de los padres y el otro que falta quisiera ahora reconocer; en definitiva se trata de un expediente de subsanación de errores, inexactitudes u omisiones, cualquiera que sea el caso, habidas en un acta del Registro. Considera vigente a estos efectos el artículo 8.º de la Instrucción de 19 de diciembre de 1872 por no ser opuesto a lo establecido en los artículos 131 y 132 del Código civil y 51 de la Ley del Registro y, por último, que entre los medios que para el reconocimiento de hijos naturales establece el artículo 131 del Código está el hacerlo por expediente regulado por los artículos 3.º y 4.º del Decreto de 19 de marzo de 1936, ante el encargado del Registro.

**ORGAZ, Alfredo:** "El problema de la interpretación de la Ley". *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1, 1951; págs. 29-53.

Con referencia fundamentalmente al derecho argentino, estima que todo lo relativo a la interpretación ha sido en cierta forma descuidado en la formación de los juristas. Interpretar una ley quiere decir establecer su significación o su contenido, apreciar la regla de conducta que ella estatuye para los destinatarios a que se dirige. Admite la existencia de distintos métodos de interpretación que enumera, inclinándose por una relativa libertad del juez al interpretar que deberá reconocer siempre el límite infranqueable de la ley, no sólo por lo que a su letra se refiere, sino en orden a su espíritu y sustancia. De todos modos estima que lo

importante es que no solamente los juristas científicos, sino también los prácticos, es decir, los jueces y los abogados, se interesen y preocupen por el tema de la interpretación de la ley; no es más importante la posición interpretativa en que se coloca, sino, sobre todo, el que sepan conscientemente lo que hacen en su labor jurídica, es decir, qué puntos adoptan y que dirección escogen.

**ORGAZ, Alfredo:** "Concepto y elementos de las personas colectivas". *La Ley*, 63, 1951; págs. 1-6.

Modernamente se considera a la persona jurídica como sujeto autónomo de derechos y deberes jurídicos. En torno a su concepto las concepciones son variadísimas, y el autor destaca entre ellas las que llama teorías naturalistas y teorías prácticas, de las cuales extrae una serie de consecuencias que le sirven para examinar los elementos que las integran, de los cuales destaca el substrato social y la personalidad en sí misma, resultante del acto estatal de concesión de la personalidad, en relación con el cual estima que es suficiente establecer las garantías legales precisas para evitar que la autoridad haga un uso arbitrario de la facultad de conceder la personalidad, lo cual ha sido logrado por algunos sistemas, que como el de la inscripción reducen en gran medida el arbitrio gubernativo.

**OSSIPOW, Pablo:** "Las transformaciones del derecho ruso". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Uruguay)*, 2, 1951; páginas 353 a 382.

Tras una obligada referencia a las transformaciones políticas se ocupa de las sufridas en el campo del Derecho, que mientras el zarista emanaba de la tradición rusa y se había formado poco a poco, el derecho revolucionario sólo ha podido implantarse gracias a la preexistencia de instituciones colectivistas. Destaca la analogía existente entre los derechos derivados del Derecho Romano y el sistema jurídico soviético; después de un período de vacilaciones, de vacío legislativo y de desprecio por el Derecho, la ley "escrita" ha sido introducida con un apresuramiento y, sin embargo, con una precisión un tanto extraña para un Estado del tipo soviético que frente al dilema "libertad" o "seguridad" ha dado preferencia a la segunda.

**ROUAÏT, André:** "Las fuentes del Derecho y el Código de Napoleón". *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Colombia)*, 431, 1951; págs. 89-99.

Centra su estudio en la declaración unilateral de voluntad, la costumbre y el acto jurídico no aludidas por el Código, no sin antes preguntarse la conveniencia de afirmar que no existen más que dos fuentes: la ley y el

contrato, y si la Ley que sanciona la obligación es la verdadera fuente, o si ella, simplemente, no interviene más que a fin de conceder eficacia a una obligación cuya fuente se halla más lejos. Examina a continuación el problema de la costumbre y el de sus relaciones con la Ley, sin olvidar el siempre latente de la autonomía de la voluntad, concluyendo 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; es la única solución que es posible proponer en el momento actual, y no será disparatado pensar que armoniza el deseo de proteger a los débiles con la necesidad de permitir el desarrollo de las iniciativas privadas.

**SOTO NIETO, Francisco:** "Normas especiales para la inscripción fuera de plazo según las diversas secciones del Registro". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 164, 1951; págs. 1 a 12.

El estudio se refiere a cada una de las secciones del Registro Civil. Por lo que hace a la primera, Nacimientos, examina la que denomina inscripciones de personas de filiación y origen conocido, estudiando el reconocimiento de hijos naturales en expediente de inscripción fuera de plazo, la solicitud de anotación de hijo natural en expediente de inscripción fuera de plazo y la inscripción de nacimiento de hijos nacidos dentro de los 130 días de matrimonio. A continuación expone las inscripciones de niños abandonados mayores de tres años y personas adultas de filiación desconocida, y, por último, la de niños repatriados y abandonados con motivo del Movimiento Nacional.

En la de matrimonios distingue los procedimientos para su transcripción y las diferentes hipótesis según se trate de matrimonios celebrados sin la asistencia de Juez Municipal o de matrimonios celebrados con su asistencia. Por lo que hace a las defunciones examina los casos de inscripciones de fallecimientos normales, de fallecidos o desaparecidos durante la guerra civil y la pasada guerra mundial, así como los fallecimientos ocurridos en tiempo de epidemia

Por último, en la sección ciudadanía y vecindad civil, siendo así que se trata de actos que tienen su vida dependiente del registro civil, de acuerdo con lo que dispone la Orden de 10 de abril de 1922, no cabrán las inscripciones fuera de plazo.

**TEDESCHI, Guido:** "El sistema de los precedentes judiciales en el mundo contemporáneo". La Ley, 63, 1951; págs. 1-5.

Contrapone el autor el sistema continental al anglosajón fundado en el precedente. Considera más aconsejable el sistema continental y, al efecto, pone de relieve la labor integradora que la jurisprudencia ha venido realizando en los países basados en este sistema: sin embargo, des-

taca cómo en los sistemas continentales, si bien es cierto que falta la teoría del precedente obligatorio, no lo es menos que la tendencia a recurrir a la autoridad de los precedentes es cada vez mayor en los derechos continentales que, en definitiva, vienen a admitirlo, pero basado, no en un caso aislado, sino a la práctica general, a una larga serie de casos, que vienen a constituir jurisprudencia.

## 2. Derechos reales

A cargo de José M.<sup>a</sup> DESANTES GUANTER

**RENART, Jaime:** "Los modos de adquirir la propiedad y su publicidad en Derecho romano". *Revista Jurídica (Cochabamba)*, XIII, 52; páginas 46-51.

El autor pretende señalar la evolución en los modos derivativos de adquirir la propiedad a través de los tres periodos en que se divide la historia del Derecho romano: antiguo, clásico y justiniano. Examina la publicidad que entraña la "mancipatio" y la "in iure cessio", la debilitación que supone la "traditio" y la absoluta carencia de publicidad en el Derecho justiniano que, a través del Derecho medieval, nos ha legado un sistema que adolece de falta de protección a tercero, paliado solamente por la conservación de los elementos rígidos de publicidad del Derecho germánico.

**DASSO DRAGO, Guillermo:** "La hipoteca legal de las construcciones en el Derecho contemporáneo". *Revista jurídica del Perú*, I, 3; páginas 270-275.

Subraya la importancia de la hipoteca legal a favor de los acreedores por trabajos y materiales incorporados a los inmuebles. Estudia la poca eficacia práctica de las regulaciones positivas y sus causas, principalmente el exceso de formalidades, dada la enemiga a las hipotecas tácitas y ocultas, la existencia posible de hipotecas voluntarias y la indivisibilidad hipotecaria de la finca. Propone la implantación de un régimen que, respetando la conceptual indivisibilidad de los inmuebles, permita la diferencia entre los valores representativos y vinculados a cada crédito hipotecario a base de un sistema de valuación que establezca, no sólo el valor total del inmueble, sino también los valores parciales de los bienes y trabajo incorporados al mismo, que responderán de las hipotecas legales.

**PINTO COELHO, José Gabriel:** "Régimen jurídico dos inventos de empregados ou assalariados na moderna Legislação Portuguesa sobre patentes". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*; 2950, págs. 2-6; 2951, págs. 17-20; 2952, págs. 33-38; 2953, págs. 49-54.

La legislación portuguesa sobre patentes despierta especial interés por su modernidad. Sin embargo ha suscitado algunas dudas de interpretación que ha señalado Van Beuskom en los preceptos relativos a los inventos de los trabajadores. Tales son los tipos de invenciones, conforme a la relación que liga al trabajador con el empresario, el derecho de preferencia a la adquisición y explotación de la patente, la mención del nombre del inventor y caso de invento por actividad extraña a la relación de trabajo. La lectura atenta de los preceptos de la ley y el examen de los principios fundamentales que la informan desvanece estas dudas, que es el fin que el autor se propone.

**RODRIGUEZ MORO, N.:** "Ideas sobre la expropiación forzosa y su fundamento". *Revista General de Derecho*, VII, 79-80; págs. 197-202.

Estudia la expropiación en su concepto, marcando las diferencias con las demás limitaciones a la propiedad, y considerándola institución entrañada en la propiedad misma. Su naturaleza jurídica como acto público con determinados efectos de derecho privado, huyendo de similitudes con instituciones iusprivatísticas, como la venta forzosa. Su fundamento que ve de modo inmediato en la ley y mediatamente en la necesidad que tiene la comunidad de una cosa especial en un momento determinado para cumplir sus fines.

**HERNANDEZ-GIL, Antonio:** "Algunos problemas en torno a la posesión". *Información jurídica*, 77; págs. 603-615.

La exclusión de la posesión del Registro en la reforma de la Ley Hipotecaria ha actualizado el tema de la naturaleza de hecho o de derecho de la posesión. La literatura jurídica que acompañó a la reforma sostiene que la exclusión se debe a que la posesión es un hecho, y que en la hora actual de la ciencia jurídica ésta es la doctrina dominante. A combatir esta segunda afirmación se dirige el presente trabajo. Para ello se establece un censo doctrinal en dos períodos divididos por el año 1884, fecha de la obra fundamental del Marqués de Olivart, obteniéndose la conclusión de que la tesis de la naturaleza de derecho para la posesión, lejos de estar periclitada, es floreciente. Razona cómo con arreglo a la actual conciencia jurídica y a nuestro derecho positivo la posesión puede ser concebida como un derecho, refutando los argumentos en contra de esta construcción. Pero el que la posesión sea un derecho no exige necesariamente que tenga acceso al Registro. Esta cuestión viene determinada por razones sociales, económicas y jurídicas más profundas.

**SATANOWSKI, Isidro:** "El derecho moral del autor adaptado frente a la obra cinematográfica". *La Ley*, 21-agosto, 1951; págs. 1-2.

Desarrolla previamente la noción, naturaleza, situación doctrinal y legal y caracteres y facultades que comprende el derecho moral del autor. Plantea el problema de si dentro de estos lineamientos puede el productor cinematográfico modificar la obra adaptada y en qué medida. Para resolverlo estudia la estructura de la obra cinematográfica y la considera como resultado de la fusión de diversas obras procedentes de distintos campos del arte. Expone las teorías formuladas y los argumentos en que se basan, las soluciones propuestas, y concluye que el productor cinematográfico sólo tiene la obligación de conservar la sustancia, la línea general de acción de la obra adaptada, pudiendo modificarla en lo que sea necesario para la filmación, siempre que no se desfigure en forma perjudicial para el prestigio del autor.

### 3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

**ALBERTO LAZCANO, Carlos:** "Efectos de la guerra sobre los contratos privados". *La Ley*, 63, 1951; págs. 1-5.

Examina la influencia que una guerra en curso y su terminación pueden tener sobre la eficacia del contrato, considerando que un contrato entre enemigos se anula por el estallido de la guerra. Aun en el caso de que la anulación sea relativa sólo habrá responsabilidad en razón de culpa, fuera del contrato y esa culpa debe apreciarse con el "standard" de la buena fe. Si una parte adquiere determinados derechos en virtud de un remate o concesión hecha por el Estado que por medidas de guerra se apropió de sus bienes, puede invocar su libertad para hacerlo. El acuerdo anterior quedó sin fuerza obligatoria y la decisión estatal de apropiación, confiscación, nacionalización, etc., vale por notificación clara y categórica de que han cambiado fundamentalmente las condiciones iniciales y obliga a las partes a proceder en virtud de ese conocimiento.

**EURAS, Salvador:** "El artículo 7 de la Ley de 28 de junio de 1940". *Revista jurídica de Cataluña*, 4, 1951; págs. 345-358.

De las varias interpretaciones de que ha sido objeto el artículo citado y fundamentalmente la de si el mismo entraña una prórroga especial para las aparcerías o si, por el contrario, como creen Santos Pastor, Abella, García Royo, Leal y algún otro, lo que realmente establece el artículo 7 es autorizar su rescisión y novación, o sea que concede al propietario

el derecho de poner término al contrato antes de su vencimiento, de su extinción contractual, y en compensación a tal derecho concede al aparcerero el de continuar en arrendamiento el cultivo de su participación, el autor se inclina por esta última, fundando su posición en las propias palabras empleadas en el precepto citado y en determinadas sentencias del T. S., que cita.

**FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando:** "Un caso no previsto por el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 168, 1951; págs. 1 a 5.

El supuesto que contempla el artículo 133 de la LAU, no es exhaustivo, ya que puede darse el caso de propietarios que para librarse del pago de contribución durante unos cuantos años, no hacen a la Hacienda la oportuna declaración y si en ese lapso de tiempo a uno o más arrendatarios de las distintas partes del inmueble se les ocurre hacer uso de la facultad que concede este artículo, se plantea un problema de difícil solución, ya que no ha sido previsto por la Ley ni estudiado por los comentaristas a la misma.

Examina distintas soluciones al problema planteado, inclinándose por la de que sea el propio arrendatario el que tenga derecho a fijar la cuantía de la renta a satisfacer, si bien reconoce que ello es una solución extrema, por lo cual sería aconsejable que el "Legislador" resolviese en forma más equitativa la cuestión.

**FERRER MARTIN, Daniel:** "El retracto arrendaticio rústico". *Revista General de Derecho*, 82-83, 1951; págs. 338-349.

La Ley de 16 de julio de 1949 hace cobrar nueva actualidad a esta figura que desde su instauración en la Ley de 15 de marzo de 1935 ha planteado una serie de problemas que han sido resueltos en la mayoría de los casos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El autor inicia su exposición con unos principios generales bajo cuya rúbrica estudia el concepto y la naturaleza jurídica de la institución, la legitimación activa, deteniéndose en los que denominan supuestos especiales entre los que menciona el de finca dividida en parcelas cedidas a varios arrendatarios y el de las fincas con varios aprovechamientos; sigue examinando la legitimación pasiva y, por último, los casos en que procede el retracto.

**JIMENEZ ASENJO, E.:** "El Concurso de acreedores. Exposición crítica". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1-2, 1951; págs. 63-104.

El artículo, que es continuación de otro del propio autor, publicado en la misma *Revista*, en los números de julio-agosto de 1945, comienza exponiendo los elementos componentes del proceso, y aunque su contenido

es quizás más bien de Derecho Procesal, dado el interés sustantivo del tema, no podemos dejar de mencionar la conclusión a que llega de que la legislación sobre la materia adolece del defecto de ser excesivamente recelosa de la función judicial y excesivamente respetuosa con el principio de contradicción. Considera vicioso el doble sistema de síndico y depositario bastando con reducirlo a la unidad.

**MEJIAS GONZALEZ, Manuel:** "Prescripción de la acción reintegradora de la disposición transitoria sexta de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940". *Revista General de Derecho*, 81, 1951; páginas 295-298.

La disposición transitoria sexta de la L. A. R. de 1940 estableció una acción reintegradora de carácter excepcional para los arrendatarios desahuciados por falta de pago, cuando esta falta de pago fuere consecuencia de la guerra civil. Tal precepto dejaba en pie la cuestión de la subsistencia de la acción que concede la transitoria antes mencionada, cuestión agravada por lo estatuido por la disposición adicional quinta de la L. A. R. de 1942; el T. S., en sentencia reciente, establece que, si bien la disposición citada no contiene plazo de prescripción de la acción que allí se establece, pero como sin duda es de carácter posesorio y como las situaciones inestables no deben perdurar demasiado tiempo, debe entenderse aplicable un plazo cual el determinado en el artículo 1.968 del Código civil, que se refiere a las acciones de recobrar la posesión.

**REYES MONTERREAL, José María:** "Una duda ante la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 163, 1951; págs. 1 a 5.

El apartado b) del artículo 137 de la Ley de Arrendamientos Urbanos señala el porcentaje con que ha de contribuir el arrendatario a los gastos de las obras realizadas en su vivienda por el propietario, en virtud de órdenes de la Fiscalía de la Vivienda o cualquier otro Organismo competente, y al regularlo, toma por base la renta anual para determinar como módulo de aquella participación el 20 por 100 de una mensualidad de renta.

Tal texto plantea una serie de cuestiones que el autor examina con detenimiento, entendiendo que al disponer lo que queda expuesto, en el sentido de que el inquilino participe en las obras efectuadas en un porcentaje mayor o menor o del importe de una mensualidad, quiere referirse al 10, 15 ó 20 por 100 del importe del coste total de las obras y, al mismo tiempo, que, en caso de que sea más de uno el n.º de moradores de la vivienda, dicho porcentaje ha de repartirse proporcionalmente entre todos ellos en relación al alquiler que cada uno satisfaga.



TOBON, Lázaro: "Requisitos y prueba del mandato". *Estudios de Derecho* (Colombia), 37, 1951; págs. 61-67.

Afirma que el poder, probado por cualquiera de los medios probatorios establecidos por la Ley, es suficiente para que el mandatario comprometa válidamente al mandante en un contrato solemne. Son dos actos diferentes, dice, el contrato de mandato y el contrato que realiza el mandatario y no ve un motivo distinto del de seguridad o prueba para exigir que la solemnidad del contrato se extienda al poder, lo que importa es que éste pueda probarse debidamente.

#### 4. Derecho de familia

A cargo de José M.<sup>a</sup> CODINA CARREIRA.

CORNEJO, Raúl J.: "Depósito de la mujer en el propio domicilio conyugal". *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, 62, 1951; págs. 1-2.

Se refiere al art. 68 de la ley argentina del matrimonio, considerando que la expresión "depósito" que usa la ley no es adecuada, ya que ésta equivale a residencia, pues en todo caso se trata de una autorización que se concede a la mujer para "residir" en lugar distinto del marido.

Termina afirmando que, ninguno de los cónyuges tiene preferencia para quedarse en el domicilio conyugal; cualquiera de ellos puede ser autorizado para ello, dependiendo la solución de las circunstancias de hecho que cada caso presenta.

ECHECOPAR GARCIA, Luis: "Problemas que pueden presentarse en el recho Internacional Privado". *Revista Jurídica del Perú*, 3, 1950; pá-Perú, 3, 1950; págs. 279-295.

Se refiere a los problemas que, de acuerdo con la legislación peruana, se producen en el momento de liquidar las sociedades conyugales, respecto a la situación de los automóviles, de las joyas, de los bienes propios que el marido aportó al matrimonio y de los frutos de las acciones de las sociedades anónimas, presentando las siguientes soluciones:

Considera a los automóviles como bienes comunes adquiridos por título oneroso a costa del caudal común, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges. Respecto a las alhajas, debe tenerse en cuenta la condición de la familia y la costumbre, admitiéndose que alguna de ellas, consideradas como regalo entre cónyuges, pertenezca como bien propio del que la recibe. En cuanto a los bienes aportados por el marido, debe demostrar dicha condición y reivindicar los derechos que legítimamente le corresponden sobre ellos.

Finalmente, en relación con los frutos de las acciones de sociedades anónimas que un cónyuge aporte al matrimonio como bien propio, distingúese dos situaciones: si aquéllos son destinados a incrementar la potencia del negocio, los califica como bienes comunes, y, sin embargo, como propios, si se destinan a respaldar las pérdidas que pueda haber en el negocio.

**HERRANZ, Pedro:** "La mujer y el matrimonio en el Islam". *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 18-19, 1950-51; págs. 69-89.

Se trata de un documentado estudio sobre la condición jurídica de la mujer en el derecho musulmán, especialmente en relación con el matrimonio, desde la época preislámica hasta nuestros días, refiriéndose en último término, al debatido problema de la poligamia, considerando que ésta, desde el punto de vista religioso, es decir, fundándose en una interpretación rigurosa y estricta de la letra del "Corán" y debido a las dificultades económicas de estos tiempos, se encuentra en el ocaso, según empieza a dibujarse ya en el horizonte islámico.

**PORTAS, Néstor L.:** "Una disposición equívoca de nuestra Ley de adopción". *Revista Jurídica Argentina "La Ley"*, 62, 1951; págs. 1-2.

Examina el último párrafo del art. 3.º de la Ley argentina número 13.252, que dice: "El adoptante debe ser, por lo menos, 18 años mayor que el adoptado. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges. No se exige esta condición cuando el cónyuge sobreviviente adopta al hijo adoptado de su esposo o esposa", e intenta averiguar a cuál "condición" es aplicable, llegando a las siguientes conclusiones:

- 1.ª La Ley argentina admite la adopción sucesiva.
- 2.ª La diferencia de dieciocho años de edad debe mantenerse siempre.
- 3.ª El último párrafo del art. 3.º debe entenderse que modifica el artículo 2.º en cuanto señala el máximo de edad.
- 4.ª No hay razón para haber limitado la excepción al cónyuge sobreviviente. Puede existir un error material, pero aún cuando así sea, es necesaria una ley aclaratoria.

**VEGA GARCIA, Jorge:** "El régimen económico del matrimonio en el Derecho Internacional Privado". *Revista Jurídica del Perú*, 3, 1950; páginas 221-254.

Examina desde el punto de vista del Derecho Internacional y en base a la diversidad legislativa, los problemas que se presentan en la práctica para la determinación del sistema jurídico aplicable a los efectos eco-

nómicos del matrimonio, en cuanto a la ley competente, así como a su campo de aplicación.

Considera como ley competente la misma que rige al matrimonio y sus efectos personales, porque sus fundamentos son incontrastables, ya que los intereses reglamentados por la ley son, en verdad, intereses pecuniarios, pero es el matrimonio lo que el legislador tiene presente, porque son relaciones entre esposos los que organiza.

**ZEGADA, José A.:** "El divorcio en la práctica". *Revista Jurídica (Cochabamba-Bolivia)*, 52, 1950; págs. 61-63.

Afirma que pocas instituciones jurídicas como el divorcio hacen inexcusable el concepto de responsabilidad y de probidad que debe residir en quienes están encargados de la ejecución de cualquier institución social, por lo que propone, para su mejor realización, se adopten en las legislaciones las siguientes medidas:

1.<sup>a</sup> Declarar que el divorcio es una institución de orden público, y que, en consecuencia, se permita a cualquier persona denunciar las irregularidades y falsedades con que se tramitan los juicios relacionados con dicha materia.

2.<sup>a</sup> Sancionar con la privación temporal del ejercicio de la profesión y con la privación definitiva, en caso de reincidencia, al abogado que patrocine esos juicios.

3.<sup>a</sup> Establecer penas pecuniarias y aun de privación de libertad graduables, según los casos, contra el cónyuge autor de tales juicios.

## 5. Derecho de sucesiones

A cargo de Carlos MELON

**BOLLAIN ROZALEM, Luis:** "Interpretación de Testamento". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. XXVII, 1951, págs. 443-451.

Estudia un caso vivido en la realidad y comenta dos cláusulas de un testamento, de las que se deduce ser la voluntad del testador erigir a su esposa en usufructuaria universal de los bienes hereditarios. Plantea el problema de si tal institución es compatible con el principio de intangibilidad de la legítima.

El notario, en la redacción de las cláusulas en cuestión, optó por un rodeo, por creer en la incompatibilidad. El señor Bollain opina en sentido contrario, afirmando que tal posición doctrinal se va abriendo camino al amparo del art. 820, núm. 3.<sup>o</sup>

Estudia luego otras cláusulas y ofrece curiosas e interesantes sugerencias, que hacen su dictamen digno de ser leído en torno a la accesión, legado de cosa ajena, etc.

**DIAS DE AZEVEDO, Armando:** "Unidade de ato no testamento conjuntivo". *Revista Forense*, 574, 1951, págs. 373-377.

Después de referirse al hecho de que el testamento mancomunado penetró en la realidad vivida a través de la práctica y de la doctrina de ciertos autores, transcribe el art. 1.630 del Código brasileño, que radicalmente suprime la institución.

Elogia la supresión por considerarla una aberración y se fija en las dos tendencias que han surgido a raíz del art. 1.630. La tendencia tradicional, que entiende que lo único que suprime el art. 1.630 es la unitas facti; por lo cual nada impide que la misma finalidad que se conseguía con el testamento "conjuntivo" se logre ahora con sólo plasmarla en actos distintos. Al lado de ésta existe, aislada y sin más partidarios, la doctrina de Pontés Miranda, que, dando un alcance desmesurado al artículo 1.630, entiende que aun faltando la unidad del acto, puede existir un testamento conjuntivo incurso en la prohibición del precepto.

Con certera visión y humano parecer, refuta el autor esta opinión, citando testimonios de Planiol, Savatier, Cunha Gonçalves, Ruggiero, Barassi, Lafaille, acordes todos con la postura tradicional.

**GATTI, Hugo E.:** "La Representación en Derecho Sucesorio". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo)*, II, 1, 1951, páginas 59-134.

Es un trabajo muy extenso para lograr de él una breve y satisfactoria reseña.

En el capítulo I ("La Representación en la Legislación comparada"), una vez transcrito el art. 1.017 del Código uruguayo, propone la terminología de vocación directa e indirecta, para sustituir a la de "Sucesión por derecho propio o por derecho de representación".

Distingue cuatro grupos de Legislaciones en cuanto a la forma de configurar la institución, destacando la diferencia entre el sistema de Successio ordinum y el de Successio Gradum.

Continúa con una rápida alusión a los Derechos antiguos y a la Legislación comparada, haciendo ver cómo en el sistema Sucesorio de su país no rige en esta materia el principio de la proximidad de grado.

En el capítulo II ("La Representación en nuestro Derecho Sucesorio") analiza la definición legal de la representación contenida en el art. 1.018 del C. c., criticándola y elogiándola a la par. Ofrece su concepto y estudia las doctrinas en torno al fundamento de la institución y las analogías y diferencias con el ius transmissionis.

Después de referirse en el capítulo III a "Los presupuestos para que tenga lugar la representación", en los capítulos IV, V y VI contempla con minucioso casuismo el funcionamiento de la misma en la línea recta descendente y en la colateral y su exclusión en la ascendente.

Destina el capítulo VII, último de su extenso trabajo, a los "Efectos de la Representación".

**HALPERN, Nicolás: "La Declaración de voluntad en el testamento". Ley. Suplemento diario de la revista argentina de igual nombre. Tomo 63, 1951, págs. 1-3.**

Afirma la Cámara de Apelación que el testamento por carta requiere, para su validez, el envío de ésta al destinatario beneficiario. Después de señalar el autor que dicho testamento no es ni más ni menos que un testamento ológrafo, añade que no puede exigirse el requisito del envío al no exigirle la Ley para la validez de la forma ológrafa de testar.

Censura por impropia la postura del juzgador al invocar en apoyo de su tesis el art. 1.147 del Código.

Ahora bien; si bien el envío de la carta no es requisito de validez del testamento en ella contenido, el no envío da lugar al problema de averiguar si hay o no en el que la escribió una voluntad seria de testar. El autor termina diciendo que el error del Tribunal radica en haber tergiversado un problema de interpretación de la voluntad: el haber hecho de una posible forma de manifestarla, un requisito del testamento ológrafo.

**RUIZ ARTACHO, S.: "Algo más sobre las Reservas". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. XXVII, 1951, págs. 417-442.**

Un rápido bosquejo inicial ofrece al lector una visión de la postura doctrinal y jurisprudencial acerca de la Reserva, institución, dice el autor, cuya dogmática científica está en vías de construcción.

El núcleo principal del trabajo está destinado al estudio de la naturaleza del derecho del reservatario, latente aún la reserva, para que luego venga resuelto por sí solo el problema de la determinación de la persona de la que adquiere sus derechos el reservatario.

Cree que hay que huir de equiparar la reserva a otras figuras afines, lo cual no hace sino obscurecer y dificultar su comprensión.

Para él la Reserva es un modo de adquirir, y es del reservista de quien el reservatario adquiere sus derechos, ya que éste, en tanto no se consume la reserva no tiene más que una expectativa.

Alude, para terminar, al art. 34 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y, después de observar el funcionamiento fiscal de las reservas, critica el citado artículo por continuar aferrado a aquella vieja postura doctrinal, hoy superada, que en la reserva—latente ésta—descomponía el dominio en usufructo y muda propiedad.

## II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ

**CANOVAS COUTIÑO, Ginés:** "Algunas ideas en torno a los problemas surgidos con ocasión de la delimitación de perfiles del proceso establecido en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 278-279, 1951; págs. 555-568.

Como se trata (aunque aparezca en forma de artículo) de la recensión de una conferencia de don José Azpiazu Ruiz en la Academia Matritense del Notariado, que se publicará en sus "Anales", al hacer la recensión del tomo correspondiente, se dará cuenta de la misma en la sección bibliográfica de libros de este Anuario.

**CHACON, Juan:** "Notas marginales que ordenan la Ley y Reglamento Hipotecarios". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 278-279, 1951; págs. 569-583.

En este artículo se limita su autor a entresacar las setenta y dos notas marginales dispersas a lo largo de la Ley y Reglamento Hipotecarios, aunque ello no quiere decir que no puedan extenderse otras notas que, a juicio del Registrador, tiendan a facilitar su labor, tanto de carácter voluntario como legal, a tenor de lo dispuesto en la última parte del artículo 58 del Reglamento Hipotecario.

**GOMEZ PAVON, Rafael:** "En torno al problema de la abdicación del dominio y sus efectos en el Registro de la Propiedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 277, 1951; págs. 452-460.

Se trata de la reseña, en forma de artículo, de la conferencia de don Rafael Chinchilla en torno al problema de la abdicación del dominio, sosteniendo la tesis de la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, de la escritura en la que se abdique del dominio, debiendo proceder a comunicarlo a la Administración de Propiedades para que inste a lo dispuesto en la Ley de Mostrencos y, cumplidos los trámites, pueda inscribirse como bien del Estado con todas sus ulteriores consecuencias.

**GONZÁLEZ PEREZ, Jesús:** "La inscripción de los bienes municipales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 276, 1951; págs. 361-374.

Se trata de un comentario crítico al artículo 199 de la nueva Ley de Régimen Local, que impone a los Municipios la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales.

Según el autor, la Ley de Régimen Local, en su artículo 183, modifica el criterio del Código civil, clasificando los bienes municipales en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Y los bienes de dominio público son de uso público o servicio público; los patrimoniales son de propios o comunales.

Estudia el problema de su inscripción y los medios de inmatriculación, especialmente el del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, señalando sus requisitos objetivos y subjetivos, el procedimiento del artículo 307 del Reglamento Hipotecario y los efectos de la inscripción conforme al artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

**LOPEZ TORRES, José M.<sup>a</sup>: “Efectividad general de la inscripción”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 278-279, 1951; págs. 497-553.**

En un extenso artículo se van estudiando los refuerzos de que ha sido dotada la inscripción en el Registro de la Propiedad, después de la reciente reforma de la legislación hipotecaria, llegando a la conclusión de que la nueva regulación de la inscripción ha sido presidida por un criterio conservador, persistiendo el mismo edificio, aunque con cambios más firmes: legitimación, principalmente, en su consecuencia del artículo 41, “fides publica”; artículo 34, con sus especiales direcciones, principalmente en la usucapición contra el Registro; se ha modernizado el armazón con respecto a la liberación de cargas y gravámenes; se han impuesto medidas de tipo coactivo para hacer más eficaz y progresivo en la práctica, el régimen hipotecario, medidas todas que tienden a la suprema aspiración de concordar la realidad jurídica con la registral.

**RAMOS FOLQUES, Rafael: “La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944”. Revista de Derecho Privado, 412-413, 1951; págs. 553-568.**

Entre otras conclusiones de carácter general, cual son la de que la fe pública registral sólo se extiende a los derechos reales inscritos; que las anotaciones preventivas no alteran la naturaleza jurídica de los derechos a que se refieren; que la propiedad inscrita pertenece, a efectos de tercero, a quien el Registro la atribuye, el autor llega a la conclusión, como corolario de lo anterior, de que quien ha anotado el embargo trabado en los bienes inscritos a favor de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de su deudor inscrito y de los efectos aseguradores que la legislación hipotecaria atribuye a las anotaciones preventivas, no pudiendo haber, por tanto, para el acreedor, más propietario de una finca que quien el Registro proclame.

### III. Derecho mercantil

A cargo de José A. PRIETO GÓMEZ  
y Luis SANCHO MENDIZABAL.

#### 1. Parte general

**CASANOVA, Mario:** "L'insegna". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, IV (1951), parte primera; páginas 44-49.*

El rótulo suele caracterizarse en la doctrina como signo distintivo del local en el que actúa la empresa, frente al signo distintivo de ésta (emblema) y frente al nombre o razón social. La diferenciación con el emblema no es clara, sin embargo, en multitud de ocasiones; particularmente cuando la empresa ejerce su actividad en un local único, o en varios locales con el mismo rótulo (que viene a coincidir entonces con el emblema).

Las reglas jurídicas que disciplinan el rótulo se inspiran en los principios siguientes: libertad de formación (siempre que concurren los requisitos de: novedad, licitud y verdad); falta de publicidad; uso de hecho como base de la adquisición del derecho al rótulo; prohibición de la cesión aislada del derecho al rótulo (pese al silencio legal y alguna oposición doctrinal contraria). El autor analiza asimismo los requisitos de tutela jurisdiccional de este derecho, y la amplitud de la misma (menor que la de la razón social).

J. P. G.

**MOLITOR, Erich:** "Il diritto di partecipazione dei lavoratori in Germania". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, IV (1951), Parte Primera; págs. 70-80.*

Después de estudiar el desenvolvimiento histórico, en Alemania, de la participación de los trabajadores en la empresa, el autor analiza: las formas de la participación (intervención directa en las empresas de poca envergadura; elección de un consejero de empresa; elección de un órgano colectivo—comité de empresa—, con funciones especializadas, a veces, en algunos de sus miembros); el objeto de la participación (las cuestiones sociales como regla, y en algunos "Länder", también cuestiones de índole económica); el funcionamiento de la cooperación entre empresarios y trabajadores; los casos en que la ley no impone la participación (fundamentalmente: pequeñas empresas).

J. P. G.



**PÉREZ ESCOLAR, R:** "La unidad de acto y las pólizas intervenidas por agentes mediadores colegiados". *Revista de Derecho Mercantil*. Volumen XI, núm. 31, enero-febrero, 1951; págs. 87-94.

A propósito de una sentencia de la Audiencia de Madrid que negó fuerza ejecutiva a una póliza de crédito intervenida por Agente con posterioridad al contrato, el autor estima contraria a las necesidades del tráfico la tesis de la unidad de acto, cree que no existe precepto sustantivo que la imponga y que, por el contrario, el uso mercantil hace lícita la intervención posterior; habiendo de interpretarse de acuerdo con el Código de Comercio vigente que no impone, a diferencia del existente al redactarse la Ley de Enjuiciamiento, la unidad de acto, el núm. 6.º de su artículo 1.429, hasta que se proceda a su reforma de acuerdo con las exigencias del comercio.

L. S. M.

## 2. Sociedades

**GRAÑA, Angel B.:** "Sociedades de Responsabilidad Limitada. La responsabilidad de los socios no se extiende a las ganancias no retiradas". *Sociedades Anónimas*. *Revista de Derecho Comercial*. Año V, número 54, noviembre, 1950; págs. 492-494.

En respuesta a una consulta, se afirma la limitación de la responsabilidad a la aportaciones estipuladas en el Derecho positivo uruguayo y, "de lege ferenda", se manifiesta decidida oposición a modificar la ley en el sentido de que las ganancias no retiradas por los socios, pero ya acreditadas a éstos, respondan de las deudas sociales, modificación que desnaturalizaría este tipo de sociedad y motivaría su desaparición.

L. S. M.

**JAGGI, Peter:** "Giurisprudenza svizzera sulle società per azioni". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. IV (1951), Parte Primera; págs. 80-83.

Según la jurisprudencia suiza, no pierde su derecho a impugnar judicialmente los acuerdos de la junta general el accionista que no asistió a dicha junta (contra lo que establece la legislación alemana).

Los acuerdos del Consejo de Administración no son susceptibles de impugnación judicial por los accionistas; pero éstos pueden pedir, ya que no la nulidad del acuerdo, la efectividad de los derechos que les correspondan "ex contractu", y que sean lesionados por aquél.

J. P. G.

**LONDOÑO, Carlos Mario:** "Naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima". *Estudios de Derecho, órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Atioquía*, vol. XIII, núm. 37 (mayo 1951): págs. 71-78.

Capítulo de una obra en preparación sobre la Sociedad Anónima, en el cual el autor, después de aludir a las que llama concepciones individualista y totalitaria de la Sociedad Anónima (inspiradas respectivamente en el principio contractual y en el principio del jefe), concluye en favor de una concepción "institucional", siguiendo la doctrina de Hau-riou en la interpretación de Renard.

J. P. G.

**MOSSA, Lorenzo:** "Società. Trattative. Società di fatto". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, IV (1951), Parte Segunda*; págs. 17-21.

El autor ataca una sentencia de la Corte de Casación italiana que niega eficacia al contrato de Sociedad carente de la forma pública que exige la ley, y aprueba en cambio su doctrina manteniendo la posibilidad de una sociedad irregular de responsabilidad limitada.

J. P. G.

**MOSSA, Lorenzo:** "Società per azioni. Eredità". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, IV (1951), Parte Segunda*; págs. 75-78.

Fallecido el accionista único de una Sociedad cuyo patrimonio social consiste solamente en un inmueble, no se establece entre sus herederos una comunidad hereditaria sobre el inmueble, sino que pervive la Sociedad por acciones.

J. P. G.

**MOSSA, Lorenzo:** "Società. Nullità. Fallimento". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, IV (1951), Parte Segunda*; págs. 24-27.

El Tribunal de apelación de Milán ha declarado que es una sociedad comercial, y por lo tanto queda sujeta a la quiebra, la que ejercita una empresa comercial en la que los socios, bajo la apariencia de una actividad mercantil, ejecutan estafas y actos ilícitos. El autor defiende esta tesis: la ilicitud del objeto o de la causa no debe determinar la nulidad absoluta de la Sociedad; donde hay una apariencia jurídica, debe protegerse a los terceros de buena fe.

J. P. G.

MOSSA, Lorenzo: "Società per azioni. Registro. Inesistenza". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV (1951), Parte Segunda; págs. 28-31.

El Código civil italiano no disciplina la sociedad irregular por acciones, pero esto no quiere decir—aunque suponga lo contrario la "Relazione" a dicho Código—que no quepa su existencia. Según el autor, la tesis negativa, mantenida por el Tribunal de Roma, debe rechazarse por arcaica e impropia de nuestro siglo.

J. P. G.

MAGALHAES, Barbosa de: "As sociedades unipessoais à face da legislação portuguesa". *Jornal do Fôro*, año 14; págs. 241-266 (núm. 93); año 15, págs. 5-24 (núm. 94).

Después de analizar el problema general de las causas de disolución de la Sociedad, el autor estudia la cuestión planteada respecto a cada tipo social concreto.

La ley no admite sociedades civiles y en nombre colectivo unipersonales, pero la disolución sólo se opera "ipso iure" cuando es por muerte; en los restantes casos, la sociedad continúa hasta la disolución judicial. Para la sociedad anónima, la disolución ha de ser pedida. La sociedad por cuotas no se extingue al concentrarse éstas en manos de una sola persona, a no ser que ello se pactara expresamente; en tal caso la disolución opera "ipso iure" cuando es por muerte, y se requiere la intervención judicial en los demás supuestos. La Sociedad en comandita perdura, salvo pacto en contrario, siempre que sobreviva el socio de responsabilidad ilimitada. Concluye el artículo defendiendo la figura de la sociedad de un solo socio (por desaparición de los demás), incluso para la anónima.

J. P. G.

MOSSA, Lorenzo: "Problemi attuali della società per azioni". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV (1951), Parte Primera; págs. 1-22.

Es característica en la evolución del Derecho la adaptación a nuevos fines de viejas formas y estructuras. En la Sociedad por acciones, el problema no consiste hoy exclusivamente en la técnica de la organización jurídica y económica, sino en la consideración de la empresa como organismo social. La superación de la lucha de clases dentro de la Sociedad por acciones, y de la desconfianza de los accionistas en los órganos directivos, requiere la estructuración de una Sociedad por acciones "de orden social", ya reclamada por el autor en 1939, con vistas al nuevo Código civil italiano. El artículo estudia la fundación y financiamiento (con intervención de capital público) de la nueva Sociedad por acciones, cuyo estatuto deberá reconocer los derechos sociales del factor trabajo; los órganos sociales, en particular el jefe de empresa ("una personalidad, y no un

simple administrador"); la contabilidad, balances, revisión y publicidad. Concluye analizando el fin de la Sociedad, llegado el cual los accionistas tendrán solamente derecho al reembolso de sus cuotas patrimoniales, continuando la Sociedad, si así lo decide el factor trabajo, y haciéndose cargo de ella el sindicato. Lo mismo ocurrirá cuando la antigua masa de trabajadores no quiera continuar con la Sociedad; en tal caso se permitirá la entrada de un nuevo conjunto de trabajadores que sustituya a la masa primitiva.

J. P. G.

**MOTOS, Miguel:** "La transformación de las Sociedades mercantiles". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XI, núm. 33, mayo-junio, 1951; páginas 349-422.

El autor pasa revista a las diversas legislaciones extranjeras en la materia; con sujeción a las insuficientes normas del Código y Reglamento españoles, que recoge, estudia separadamente las soluciones que requiere cada uno de los posibles casos de transformación según el tipo de las sociedades; se detiene especialmente en la cuestión de la persistencia de la personalidad jurídica a través de la transformación, por la cual se inclina—en defecto de pacto—ya que es la única construcción que permite (aparte la sucesión universal, dudosamente admisible en nuestro régimen positivo) resolver los problemas prácticos; se detiene asimismo en el estudio de las garantías de socios y acreedores; recoge y aprueba la regulación contenida en el entonces Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas (capítulo VIII), restringida naturalmente a los casos que entran en la órbita de tal Ley y reclama, por fin, una regulación general basada en los mismos principios (persistencia de la personalidad y garantía de los interesados).

L. S. M.

**PEIRANO FACIO, Juan Carlos y ECHEVARRIA LEUNDA, Jorge:** "La intervención judicial en las Sociedades Anónimas". *Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial*. Año VI, núm. 58, marzo, 1951; páginas 99 y 121 y núm. 59, abril, 1951; págs. 147-166.

Existe en el Código uruguayo una laguna en cuanto a garantías de los accionistas contra la actuación ilegal o antiestatutaria de los órganos sociales y a posibilidades de intervención estatal cuando se lesionan intereses generales. El Poder ejecutivo ejerce una función de control, tanto con la aprobación de Estatutos como ulteriormente, pero algunas de sus medidas son inconstitucionales, según el autor. La competencia para intervenir en el funcionamiento de las Sociedades anónimas reside en los Tribunales, que pueden hacerlo a instancias del Poder ejecutivo, de los terceros acreedores o de accionistas; se detallan los requisitos exigibles para tal intervención: violación de norma legal o estatutaria por parte de algún órgano social y gravedad que comprometa el destino de la So-

edad, aparte los requisitos procesales (legitimación activa, justificación de haber agotado la vía interna y fianza). El Juez puede anular los actos ilegales y convocar la asamblea o nombrar un interventor. La legalidad de la intervención judicial se basa en que es el único medio posible en el sistema jurídico para salvaguardar los intereses en peligro; puede aducirse en su favor la analogía con otras situaciones (ausencia, juicio de separación de cuerpos, herencia yacente). El autor analiza la competencia y funciones del interventor en los distintos casos posibles; su presencia en la Sociedad es excepcional y su duración debe restringirse a lo indispensable; su cese normal coincide con la reunión de una asamblea general, una vez regularizada la Sociedad, aunque puede sobrevenir en cualquier momento por decisión del Juez.

L. S. M.

### 3. Obligaciones y contratos

**HERNANDO DE LARRAMENDI, I.:** "El riesgo de guerra en el Seguro de vida". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XI, núm. 33, mayo-junio, 1951; págs. 445-455.

En el Seguro de vida, más que en los otros ramos, se acusa el riesgo de guerra: la guerra aumenta la siniestralidad (se subraya el riesgo atómico de la guerra futura), dificulta la selección de riesgos por parte de las compañías y produce la inestabilidad contractual. El autor recoge las soluciones intentadas tanto en régimen de libertad como en el sistema coactivo de las legislaciones de la pasada contienda, terminando con la solución española (O. M. 27-III-1944) que, a diferencia de la laguna que presentan casi todos los países, prevé medidas para caso de guerra, si bien no como caso específico, sino dentro de los riesgos catastróficos.

L. S. M.

**LAZCANO, Carlos Alberto:** "Régimen internacional del protesto de letras de cambio". *La Ley* (suplemento diario), viernes, 10 agosto 1951; págs. 1-5.

Con referencia a un fallo de los Tribunales argentinos, que acepta, como suficiente para ejecutar en la República, el protesto hecho en Chile con arreglo a la ley chilena, el autor estudia el régimen del protesto en el sistema positivo argentino de Derecho internacional privado, refiriéndose para ello a la regulación de la letra que está presidida por el principio "locus regit actum", con determinadas excepciones, y que no coincide exactamente con ninguna de las tendencias dominantes (germánica, francesa, anglosajona). En cuanto al protesto en concreto (de cuyas normas reguladoras ha presentado un Proyecto de reforma el Poder ejecutivo) se recoge la discusión sobre la ley aplicable a la obli-

gación de protestar, a la forma, al plazo, a la obligación de avisar a librador y endosantes y se destaca el problema planteado por las disposiciones extranjeras que impiden el protesto o conceden moratorias. Por fin se hace historia de los intentos doctrinales y convencionales de regulación uniforme de la letra, destacando los acuerdos de Ginebra.

L. S. M.

**MENENDEZ, Aurelio:** "La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa mercantil". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XI, número 32, marzo-abril, 1951; págs. 227-257.

Distinta de la entrega o tradición (acto bilateral) aparece la "puesta a disposición", hecho intermedio entre la perfección y la consumación del contrato, que tiene lugar cuando el vendedor ha desarrollado toda la actividad que le corresponde en la entrega de la cosa individualizada y suficientemente identificada, de acuerdo con la naturaleza del contrato o la voluntad expresa o presunta de los contratantes. En nuestro sistema mercantil esta "puesta a disposición" no basta para la transmisión de la propiedad, salvo que tal eficacia resulte de la voluntad de las partes, siendo la "puesta a disposición" en tal caso, y sólo en él, una "traditio ficta"; el riesgo queda transmitido por la simple "puesta a disposición" sin necesidad de entrega o depósito judicial.

L. S. M.

**MOLINA, Enrique:** "Posición del avalista cambiario frente a la acción ejecutiva". *Revista de Derecho Procesal*, VII (1951); págs. 311-318.

El ejercicio de la acción cambiaria ejecutiva frente al avalista requiere el previo reconocimiento de su firma a presencia judicial.

J. P. G.

**MOSSA, Lorenzo:** "Cambiale. Catena delle girate". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV (1951), Parte Segunda; págs. 68-70.

Contra la doctrina mantenida por la Corte de Casación italiana, el autor afirma que el rigor cambiario exige la correspondencia formal absoluta entre las firmas que integran la cadena de endosos.

J. P. G.

SANCHEZ GAMBORINO, F. M.: "Modificación convencional de la responsabilidad del portador en el contrato de transporte terrestre". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XXI (189), número 6, junio, 1951; págs. 707-717.

Estima el autor que en el Derecho privado español resultan ilícitos los pactos de exoneración total de la responsabilidad; la exoneración por causas específicas está reconocida por múltiples disposiciones de tipo reglamentario y en cuanto a la limitación cuantitativa, admisible en principio, ha sido recogida también por disposiciones del tipo citado; cree conveniente que se formule en norma de tipo superior una declaración expresa de la ilicitud de la exoneración total; que los portadores monopolistas amplíen las reservas de responsabilidad específica, compensándolas con tarifas reducidas y que se dejé al arbitrio judicial la corrección de una deseable libertad en cuanto a las tasas de indemnización.

L. S. M.

VERRUCOLI, Piero: "Assegno Bancario. Rappresentante. Nullità". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, IV (1951). Parte Segunda; págs. 70-73.

Según el Tribunal de apelación de Milán, el choque emitido por el representante, en nombre del representado, y en favor propio, es nulo; la nulidad, resultante del conflicto de intereses entre representante y representado, se desprende del mismo título, y, por lo tanto, los terceros endosatarios dispondrán de una excepción real. El autor impugna esta tesis; en efecto, la oposición de intereses entre representante y representado no ha de existir necesariamente, y por consiguiente la nulidad de la relación causal básica habrá de demostrarse en cada caso particular y no queda patente en el documento; la excepción oponible será, en su caso, una excepción "personal" contra el representante.

J. P. G.

VILLAR PALASI, J. L., y MUÑOZ CAMPOS, J.: "Ensayo sobre la naturaleza jurídica del cheque", *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XI, número 31, enero-febrero, 1951, págs. 7-65.

Tras referirse a los caracteres y contenido del cheque como título de crédito, el artículo estudia las distintas teorías formuladas para explicar la naturaleza jurídica de las relaciones que determina el cheque: rechaza la teoría de la cesión, por su total inadecuación a las normas positivas; la del mandato, por la irrevocabilidad del cheque y por la situación del supuesto mandatario sobre el que no pesa obligación; rechaza igualmente la del poder; la de la asignación (doble autorización a tomador y librado), más perfecta, no explica la obligación del librado frente al librador. En consecuencia, se adhieren los autores a la

teoría del negocio jurídico complejo, viendo en el cheque un mandato especial dirigido al librado, cualificado por la existencia de un contrato previo (de cheque) que suple la aceptación y encomendado, en virtud de un negocio fiduciario de dación dineraria ("fiducia cum creditore"), al tomador, que queda convertido en un "adjectus solutionis causa".

L. S. M.

#### 4. Varia

**ORIONE, Francisco:** "Efectos del concurso sobre las relaciones jurídicas pendientes en el Proyecto de Ley de bancarrotas". La Ley (suplemento diario), sábado, 9 junio 1951; págs. 1-4.

Continúan los comentarios de Orione al Proyecto argentino de Ley concursal (que comprende a comerciantes y no comerciantes). En este número recoge las normas relativas a los efectos del concurso sobre la persona y patrimonio del deudor, así como sobre los procedimientos en curso, deteniéndose en los que produce el concordato sobre las obligaciones contractuales del deudor, comparando la nueva regulación con sus antecedentes y comentándola, en general, en sentido favorable.

L. S. M.

**ORIONE, Francisco:** "Efectos de la declaración de falencia en las relaciones jurídicas pendientes, según el Proyecto de Ley de bancarrotas". La Ley (suplemento diario), martes, 28 agosto 1951; págs. 1-6.

Continuación del artículo anterior, referida a las normas sobre determinadas relaciones (arrendamientos, mandato, seguro, sociedad, obligaciones solidarias, etc.) y sobre el mecanismo de la resolución, rescisión y prescripción y sobre la restitución en caso de "falencia" del comprador y del comisionista.

L. S. M.

**PEREZ FONTANA, Sagunto F.:** "El Centenario del Código de Comercio Brasileño". Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial, año V, núm. 54, noviembre. 1950; págs. 483-491.

Relación de los antecedentes del Código brasileño, historia de su redacción e influencias advertidas en ella, materias reguladas (algunas peculiares de este Código), legislación complementaria y derogaciones.

L. S. M.



VIEGAS CALÇADA, A.: "Responsabilidade dos navios em geral e dos navios de pesca em especial". Boletim do Ministerio da Iustiça. Número 24 (mayo 1951); págs. 72-101.

El autor analiza el problema de la responsabilidad del naviero por actos u omisiones del capitán o de la tripulación del buque. La legislación portuguesa establece en realidad, aunque aparentemente pueda desprenderse de ella lo contrario, el principio de limitación de la responsabilidad que impera en el Derecho comparado. El artículo concluye estudiando el contenido de la indemnización por daños causados en la navegación pesquera.

J. P. G.

## IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

LOSADA PERUJO, Rafael: "Ingreso por tercera y ascenso por antigüedad". Nuestra Revista, 822, 1951; págs. 1-3.

Ha sido con frecuencia debatido el tema de la conveniencia o no conveniencia del ingreso en la carrera por la última categoría. En la actualidad, la norma vigente lleva a oposición la sexta parte de las vacantes, asignándose a las libres una de cada cuatro vacantes correspondientes al turno de oposición y las tres restantes a entre Notarios. Considera casi unánime el parecer de que el ingreso debe verificarse por tercera y estima, incluso, que deben ser abolidas las oposiciones entre Notarios, y en todo caso, se inclina por dar a la antigüedad el rango preferente que le corresponde por derecho propio, turnándose sólo a oposición entre Notarios la sexta parte de las vacantes que causen baja definitiva en el escalafón.

M. ALLENDE, Ignacio: "Fe pública y función notarial". Revista del Notariado (Argentina), 594/595, 1951; págs. 5-23.

El notariado, como institución, tiene fundamentos que le asignan caracteres de imprescindible dentro de la sociedad, como modo de exteriorización del Derecho. Circunscribiéndose al notariado argentino, examina los conceptos de fe pública y función notarial; respecto a la primera distingue su concepto de los de "buena fe" y "plena fe", y destaca que el escribano, actuando como depositario de la fe pública no ejerce en ningún modo una función pública. El ejercicio de la función notarial no es más que el ejercicio de una profesión libre, que, como toda profesión de trascendencia social, se encuentra especialmente reglamentada; el escribano actúa en el doble carácter de funcionario público y profesional especializado.

**NEGRI, José A.:** "La fe de conocimiento". *Revista del Notariado (Argentina)*, 594/595, 1951; págs. 24-62.

Tres son los elementos fundamentales a los efectos de la "fe de conocimiento" notarial: el sujeto, presunto otorgante; el nombre con que este sujeto es individualizado, y el notario, encargado por la ley de afirmar la perfecta coincidencia de los dos primeros en base a su propia convicción. La califica, sin pretender definirla, como la garantía dada por el notario en base a su propia convicción, que, determinada persona, se identifica con el nombre con que es reconocida. Examina con agudeza los distintos problemas que plantea la fe de conocimiento, en particular por lo que se refiere a la responsabilidad del notario, que no puede ser penal a menos que se evidencie una intención dolosa preexistente al descubrimiento de la infracción propugnando la creación de cajas mutuales de seguro para siniestros notariales, destinadas a contribuir al resarcimiento de los daños y perjuicios, proporcionadamente al grado de error o negligencia comprobado y declarado.

**VALVERDE MADRID, José:** "Hacia una reforma del Registro de Actos de última voluntad". *Nuestra Revista*, 818, 1951; págs. 1-7.

El Registro de Actos de última voluntad, creado en España por el Real Decreto de 14 de noviembre de 1885, ha constituido un innegable éxito. No obstante, se considera digno de ser reformado en algunos de sus aspectos, sobre todo en relación con sus disposiciones concordantes, y así, el autor propugna se encargue a los Registradores del Estado Civil de llevar un índice o fichero de las tarjetas de testamentos que al efecto le enviaría la Dirección General de los Registros. Por lo que se refiere al Reglamento Notarial, estima conveniente la supresión del Registro particular del Decanato de los Colegios Notariales, así como instaurar la remisión directa a la Dirección General de los partes o tarjetas, y ello, no sólo por los Notarios, sino también por los párrocos, agentes diplomáticos y otros encargados de los Registros Civiles.

**Z:** "El artículo 42". *Nuestra Revista*, 819, 1951; págs. 9-11.

Glosando el art. 42 del Reglamento Notarial, preceptivo de que los Notarios deberán tener instalado su despacho u oficina en el punto de residencia, en condiciones adecuadas y decorosas para el ejercicio de su ministerio, propugna la creación, no sólo en las Notarías rurales, sino también en las capitales de provincias, de una a modo de "casa notarial", que sería proporcionada a los Notarios por la Mutualidad, bien adquiriéndolas o bien arrendándolas, permitiéndole de este modo una continuidad que de otro modo resulta muy difícil, por los naturales perjuicios económicos, para el Notario y de servicio, para los que acuden al estudio notarial.

## V. Derecho Procesal

A cargo de José M.<sup>a</sup> DESANTES GUANTER

### 1. Introducción

**FORNATTI, Enrique:** "Proceso civil y proceso penal". La Ley (Buenos Aires), 28 de julio de 1951; págs. 1-2.

Se propone aclarar y precisar la verdadera posición de la doctrina en torno a la unidad del Derecho Procesal. Comienza reseñando el panorama doctrinal en tres estados: el de los antiguos prácticos del procedimiento, que consideraron posible un ordenamiento legislativo y una exposición unitarios de ambos procesos; la posición separatista que coincide con la época del estudio sistemático del Derecho Procesal penal; la tesis intermedia que postula una unidad esencial del proceso, aunque reconoce hondas diferencias en su aspecto civil y en el penal. Se detiene con minuciosidad en la tesis de Carnelutti, poco consecuente con su principio unitarista cuando tiene que sacar consecuencias de él. Termina con las ideas propias en las que se advierte la existencia de conceptos, principios, instituciones, elementos y relaciones comunes a ambos procesos, pero una tutela de intereses distintos que acarrea el peligro de que la teoría general del proceso sea una mera apariencia.

### 2. Parte general

**ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo:** "Las defensas activa y consultiva ante la justicia de primer grado". Revista de Derecho Procesal, VII, 2; págs. 299-310.

Estudio crítico de las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, apartado C), Base 1.<sup>a</sup> de la ley reformadora de la Justicia Municipal, que autoriza la comparecencia de las partes por sí y la representación procesal indistintamente por Procurador o Letrado y el mandato "ad litem". Con algún asunto tratado al paso, como la necesidad o no del bastanteo del poder, estudia el intento de eliminación del intrusismo profesional y sus residuos en la práctica; y, principalmente, la solución adoptada por la ley en orden a las defensas, criticando la unilateralidad de la solución y estimando que se debieran separar ambas funciones—representación y asistencia técnica—, o hacer idénticas concesiones a Procuradores y Letrados.

COUTURE, Eduardo J.: "Intrudução ao estudo do proceso civil: a defesa em juízo". *Jornal do foro*, XV, 94; págs. 25-33.

Es el texto de la segunda de las Conferencias pronunciadas por el autor en la Facultad de Derecho parisina en 1949 (1). En ella estudia dogmáticamente la excepción como defensa del demandado, dada la bilateralidad del proceso. Acción y excepción son derechos paralelos tendentes ambos a reclamar justicia, pero aparecen con una coloración distinta en cuanto que el demandado va al proceso sin desearlo. Estudia, en orden al derecho a defenderse, la posición de las diversas escuelas: española, francesa, alemana e italiana. La justificación de esta defensa no puede buscarse en el campo del Derecho privado, sino en el plano de los derechos naturales del hombre, principalmente los de paz y libertad. Analiza este derecho en las Constituciones americanas. Y obtiene como consecuencia la inconstitucionalidad de las leyes que privan de garantía en un proceso.

FAIREN GUILLEN, Víctor: "El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites". *Revista de Derecho Procesal*, VII, 2; páginas 187-213.

No puede concebirse un principio determinado en el proceso sin conexión con los demás dentro de su sistema. La aplicación o no depende de su fecundidad. Con estos dos postulados por delante estudia el autor el problema del principio de autoridad del Juez en relación con los presupuestos procesales para repeler la demanda "ad limine" por defectos formales en el instrumento de ejercicio de la acción o por defectos de admisibilidad en el fondo. Poderes que deben subsistir antes de entrar en la fase probatoria, cuando el Juez se encuentra ya ante todo el material de alegaciones, en una audiencia preliminar, oral y concentrada, en la que pueda llevarse a cabo una prueba rápida y que tiene como fin dejar el proceso libre de obstáculos que perturben la marcha normal de la fase probatoria.

FERNANDEZ ULIBARRI, Mariano: "Mejoras y reformas que conven-  
dría aplicar a los procesos civiles de cognición y verbal". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, V, 165; págs. 3-6.

Aboga por una reforma en los procesos civiles de cognición y verbal en el sentido de introducir en ellos el trámite de comparecencia final y de combinar el principio de oralidad con el de presentación y admisión de escritos, sin desvirtuar por ello su naturaleza verbal. Todo fundamentado en las deficiencias que estos procesos presentan en la práctica de los juz-

---

(1) Véase reseña de la primera en el ANUARIO III-4, pág. 1357.

gados municipales y comarcales, y con el fin de unificar todos los procedimientos que se tramitan ante estos juzgados.

**FERRER MARTIN, Daniel:** "Estudio monográfico del pacto sobre costas". *Revista General de Derecho*, VII, 79-80; págs. 209-215.

El trabajo comienza con el concepto específico de las costas, tomado de las definiciones doctrinales más estimables y desarrollando sus notas características. Estudia seguidamente el título constitutivo de la obligación de pagarlos que encuentra en la condena judicial, en la ley y en el pacto. Del pacto estudia sus antecedentes históricos, su licitud a través del artículo 1.255 del Código civil, su obligatoriedad que encuentra base en la ley y en la jurisprudencia y su naturaleza jurídica de cláusula penal impropia. Finalmente esboza, concretándola en unos puntos fundamentales, un intento de reglamentación del pacto sobre costas en nuestro derecho.

**GALLARDO RUEDA, Arturo:** "La abogacía y su ética". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, V, 167; págs. 3-6.

Ante el interés de algunas asociaciones forenses españolas en la posible formulación de un Código de ética profesional que contribuiría a perfilar internamente la Abogacía, expone el autor el recientemente aprobado por el Colegio de Abogados de Lima en 17 de noviembre de 1950, en todas sus partes: normas generales; relaciones del Abogado con los Tribunales y demás autoridades; relaciones del Abogado con sus clientes, y relaciones con los colegas y la contraparte.

**GARAY, Juan:** "¿Qué es la Junta de Apelaciones?" *Revista de Derecho y Legislación*. Caracas, XL, 479-481; págs. 158-162.

Toma postura en la debatida cuestión de la naturaleza de la Junta de Apelaciones venezolana de la que unos opinan que es un Organismo Administrativo y otros un Tribunal Federal. Estudia los principios teóricos que informan la materia, la naturaleza de los recursos administrativos y del recurso en que entiende la Junta de Apelación que, no obstante tener como supletorios las normas del Código de procedimiento civil, es un recurso jerárquico, por lo que la Junta es un Organismo Administrativo.

**LOZANO, Carlos Alberto:** "Fuerza mayor y audiencias judiciales". *La Ley* (Buenos Aires), 5 de junio de 1951; págs. 1-4.

Parte de un caso real en el que una huelga ferroviaria impide al letrado representante comparecer a unas diligencias de prueba en juicio

verbal. El Tribunal dictó sentencia fundada en la posibilidad de sustituir el poder y encargar a otro la concurrencia al acto. Para valorar esta resolución estudia la fuerza mayor, las doctrinas a ella referentes, la posición del Código civil argentino y de la Jurisprudencia y el análisis de los elementos que constituyen la fuerza mayor. Con los elementos teóricos elaborados considera el caso concreto de la huelga ferroviaria como fuerza mayor. Por su imprevisibilidad e inevitabilidad es fuerza mayor, pero al mismo tiempo, por las circunstancias que rodean el caso, existe negligencia por parte del letrado, que pudo sustituir el poder o también trasladarse por medio distinto del ferrocarril.

**REQUENA, Angel:** "Necesidad de una homologación de fallos". *Revista General de Derecho*, VII, 79-80; págs. 220-222.

Aun contando con las dificultades de todo orden que supone estandarizar la justicia, hasta el punto que en igualdad de casos se den igualdad de soluciones, habría que homologar, al menos, los criterios, pues es inconcebible que en dos casos concretos, que cita, la misma cuestión dé origen a sentencias radicalmente opuestas.

**ROMERO DEL PRADO, Víctor N.:** "Inejecución en la República de una sentencia extranjera que condena al cumplimiento de obligaciones alimentarias emergentes de un segundo matrimonio celebrado en el extranjero, subsistiendo el primer vínculo matrimonial contraído en el nuestro". *La Ley* (Buenos Aires), 13-julio-1951; págs. 1-2.

Demuestra con argumentos legales que cualquier sentencia que se base en un segundo matrimonio contraído en el extranjero, constante el primero, no es ejecutable en la República Argentina, al no reconocerse en ella el divorcio vincular, y ser, por tanto, inexistente el segundo vínculo.

**TEDESCHI, Guido:** "El sistema de los precedentes judiciales en el mundo contemporáneo". *La Ley* (Buenos Aires), 2 de agosto de 1951; páginas 1-5.

El precedente judicial divide al mundo jurídico anglosajón del mundo jurídico continental. No obstante, en el derecho histórico continental se puede ver también actuar el precedente judicial. Estudia el precedente como fuente de derecho, su extensión en el mundo por los jueces de formación anglosajona, su distinta posición en Inglaterra y en los Estados Unidos. Finalmente, la reducción del abismo que separa ambos grandes sistemas del mundo jurídico. Por una parte, la jurisprudencia continental está "fijando" constantemente unos principios jurídicos. Por otra, los anglosajones moderan cada vez más la eficacia obligatoria de los precedentes.

### 3. Parte especial

**ARAGONESES ALONSO, Pedro:** "Exposición sistemática del acto de conciliación". *Revista de Derecho Procesal*, VII, 2; págs. 267-291.

La primera parte estudia el concepto, naturaleza jurídica y fundamento de la institución, que viene a ser una defensa de su existencia. A continuación se contempla exclusivamente en materia procesal civil, analizando la competencia, necesidad, tramitación, efectos y caso de modificación del convenio. Este mismo estudio se hace también en materia laboral y criminal. Y un análisis más sucinto de la conciliación en otros supuestos: Juntas de Detasas, Tribunal arbitral de seguros, Redención de foros y subforos y conciliación sindical.

**CREMADES RAMETA, Juan J.:** "Juicio preliminar de conciliación y simplificación en la legislación de los Estados Unidos de América". *Revista General de Derecho*, VII, 79-80; págs. 203-208.

El trabajo agobiador de algunos Tribunales de justicia norteamericanos trajo como consecuencia el que ya en el año 1930 se celebrasen unas conferencias previas al juicio entre el juez, los abogados de las partes y, en algunas ocasiones, los litigantes, con el fin de simplificar el juicio. Las conciliaciones a que dieron lugar y la extensión práctica que fueron cobrando trajeron como consecuencia el que las Asambleas legislativas fueran sancionando el procedimiento, culminando en las "Normas de procedimiento civil" dictadas por el Tribunal Supremo en 1938, que deja a discreción de la Corte el reunir a las partes para considerar la simplificación de un procedimiento, la concreción de los extremos a que se extiende el debate, ampliación o simplificación de pruebas o cualquier otra materia que pueda ayudar a disponer de la acción. En los diferentes Estados y Tribunales se han dictado normas a semejanza de éstas, practicándose la modalidad procesal del "Pre-Trial" o "juicio previo" en todos los Estados Unidos. Se estudia la mecánica del procedimiento, su naturaleza jurídica, la posición de los letrados en la conferencia y se dan estadísticas y resultados que revelan su eficacia.

**DIAS DE AZEVEDO, Armando:** "Defesa do executado e direito de re-tenção". *Revista Forense*, Rio de Janeiro, mayo, 1951; págs. 39-44.

Estudio exegético de los arts. 992 y 996 del Código de Procedimiento civil brasileño de 18 de septiembre de 1939, que encerraban disposiciones contradictorias con exposición de las doctrinas formuladas para conciliarlas, y de la reforma de 11 de agosto de 1942 que las pone de acuerdo al hacer remisión del 996 al 992.

**GOLDSCHMIDT, Werner:** "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la República Argentina"; *Revista de Derecho procesal*, VII-2, págs. 215-266.

Sitúa la materia en el campo del Derecho procesal internacional entre las normas directas que contemplan actos extranjeros con eficacia extraterritorial. Las dudas recaen sobre la extensión del campo problemático al distinguir las clases de resoluciones cuya extraterritorialidad se investiga y los efectos con posible alcance extraterritorial. De los aspectos en que se desmenuza el tratamiento de estos temas surge la configuración del campo problemático. La segunda parte se ocupa del problema en el Derecho argentino, comenzando por el estudio de los Tratados internacionales, del principio de reciprocidad acogido por algunos Códigos procesales argentinos y de las disposiciones que para los Tribunales de la provincia de Tucumán se hallan en los artículos 422 al 424 de su Código de procedimiento.



**RESOLUCIONES DE LA  
DIRECCION GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y  
DEL NOTARIADO**



# Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA,  
Letrado del M. de Justicia.  
Registrador de la Propiedad.

## RESOLUCION DE 28 DE FEBRERO DE 1951

### Rectificación de errores

Vendidas determinadas parcelas que se segregan de otras inscritas, al intentar enajenar el resto se advierte haber sufrido error en la descripción de aquéllas y, en su consecuencia, otorgóse escritura de rectificación de conformidad con el primer comprador, realizándose agrupaciones, etcétera, y solicitando la inscripción de lo demás a favor de la vendedora.

Presentada la primera copia de este documento, el Registrador denegó su inscripción por observarse los siguientes defectos: "No concordancia entre los libros del Registro y la realidad jurídica, porque las segregaciones y agrupaciones exigen como requisito previo e indispensable que pertenezcan las fincas a un mismo titular o a varios pro indiviso, porque se declara en parte subsistente la primera escritura y no se acompaña su calificación, por falta de claridad en la expresión de la estipulación y por faltarse también al tracto sucesivo."

*Recurrido la nota y emitido informe, el Presidente de la Audiencia la confirma en virtud de razonamientos análogos a los expuestos por el Registrador, pero la Dirección General declara inscribible el título, previa presentación de la escritura rectificadora, en virtud de los siguientes pronunciamientos:*

A) *Para los supuestos de discrepancia del Registro con la realidad, el legislador concede a las personas afectadas por ellos una acción de rectificación en los arts. 34 y 38 de la Ley.*

B) *En el caso del recurso, por tratarse de uno de los comprendidos en el apartado d) del art. 40 de la Ley—error padecido en un título fielmente reflejado en los libros—es indudable que podrá rectificarse mediante el consentimiento de los titulares o, en su defecto, por una sentencia firme.*

C) *La escritura rectificadora debe presentarse también a calificación, dada la directa repercusión de las estipulaciones convalidadas sobre los efectos del último documento otorgado y los asuntos que hayan de ser efectuados.*

D) *La eventualidad de que los procedimientos rectificatorios puedan utilizarse para eludir cargas fiscales es problema de la oficina liquidadora y no del Registro de la Propiedad.*

COMENTARIO.—Véanse las Res. de 22 de julio de 1874, 4 de mayo y 20 de octubre de 1916, 23 de febrero de 1929, 16 de febrero y 4 de julio de 1933, 11 de agosto de 1939, 22 de julio de 1940, 19 de diciembre de 1942 y 25 de mayo de 1943, citadas todas en la presente.

## RESOLUCION DE 25 DE ABRIL DE 1951

## Fusión de Sociedades

Constituída en escritura pública una Sociedad anónima con determinadas finalidades mercantiles, queda integrado su capital por 10.000 acciones, de las cuales se ponen en circulación 8.000, apareciendo entre los socios fundadores otra Sociedad de objeto comercial análogo, que adquiere 2.000 de aquellos títulos emitidos.

Presentada en el Registro copia de la escritura de constitución, fué calificada del modo siguiente: "Suspendida su inscripción por observarse los defectos siguientes: 1.º No expresar la certificación inserta en la escritura qué participación representan en el capital social los accionistas que asistieron a la Junta y que, por unanimidad, tomaron los acuerdos que se indican. 2.º Porque la constitución de la Sociedad anónima "U. del N.", a la que concurre como socio y fundador otra Sociedad anónima, supone o puede suponer unión de Empresas o creación de una Sociedad filial, y, en todo caso, porque la Sociedad anónima "E. y T.", como socio fundador, tiene derecho a la suscripción de acciones de la que se constituye, necesitando para su inscripción obtener autorización del Ministerio de Hacienda, con arreglo al art. 2.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942 y Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de junio de 1946. Los defectos se estiman subsanables, no tomando anotación preventiva por oponerse el presentante."

*Recurrida esta calificación, la Dirección General de los Registros, de conformidad con los preceptos reglamentarios, pidió informe a la de Contribuciones y Régimen de Empresas del Ministerio de Hacienda, que lo emitió en el sentido de ser necesaria la autorización gubernativa en el caso concreto planteado. En vista de ello y de que tácitamente aparece aceptado por el recurrente el primer defecto señalado en la nota, resuelve confirmar ésta, pronunciándose del modo siguiente:*

A) *La fusión o unión de empresas, sin una sistemática regulación en nuestro Ordenamiento jurídico, ofrece caracteres puestos de manifiesto por la doctrina mercantil, entre los que figuran: a) Disolución previa de la Sociedad o Sociedades que se fusionen, excepto una, que sobrevivirá con facultades absorbentes, o bien la disolución de todas las empresas y la constitución de una nueva, la cual se hará cargo del activo y del pasivo de las extinguidas. b) Formalización de la respectiva situación patrimonial. c) Acuerdo de fusión que reúna los requisitos legales. d) Adopción de medidas adecuadas en defensa de los acreedores, y e) Cuando una de las Sociedades sea absorbida por otra u otras, la aportación de sus bienes a la nueva suele ir acompañada de la entrega de acciones equivalentes.*

B) *Tales uniones exigen un cuidadoso tratamiento jurídico, no sólo desde el punto de vista tributario, sino también porque en algunos casos han dado lugar a maniobras y abusos encaminados a suprimir o limitar la concurrencia comercial merced a diversas fórmulas de tendencia monopolística.*

C) *Las circunstancias de coincidir el objeto de dos Compañías anónimas domiciliadas en la misma ciudad, de desempeñar ciertos cargos en los respectivos Consejos de administración idénticas personas, y de haber sido suscrita por una de dichas Sociedades, al constituirse la otra, la*

*cuarta parte del capital puesto en circulación, revelan indicios de haberse operado una fusión de empresas o creado una filial.*

COMENTARIO.—Aceptado tácitamente, como ya se dijo, el primer defecto de la nota por el recurrente, la cuestión queda centrada en la necesidad de autorización ministerial conforme a la legislación especial fiscal de Sociedades anónimas. Posiblemente el problema no es tanto el de determinar si ha habido una auténtica fusión de empresas—exactamente caracterizada por la Dirección en la presente Resolución—, como la de contrarrestar los brotes monopolísticos que se apuntan en el tráfico mercantil español. Justamente la característica de las “holdings” es el control sucesivo de varias Sociedades por una sola o un grupo de ellas, sin absorción de su personalidad jurídica formal. Por ello, carente nuestro Ordenamiento de una auténtica legislación antitrusts, se hace preciso acudir al espíritu, más que a la letra, de ciertas disposiciones fiscales, a fin de combatir esas tendencias encaminadas a suprimir la concurrencia mercantil, como acertadamente entiende la Resolución.

## RESOLUCION DE 7 DE MAYO DE 1951

### Naturaleza de las acciones de fundador

Constituída en escritura pública una Sociedad anónima de créditos y otras operaciones comerciales, se instituyen en el título treinta partes de fundador, como títulos “sui generis”, con las siguientes particularidades: a) Serán nominativas e intransferibles a título oneroso, de duración indeterminada y atribuidas por partes iguales a los tres socios fundadores. b) El dividendo repartible a las acciones estará representado por los beneficios resultantes, una vez deducidos: 1.º Un 10 por 100 del total, como reserva estatutaria. 2.º La reserva voluntaria, que podrá alcanzar hasta el 50 por 100 de los beneficios sociales anuales, según acuerdo obligatorio de la Junta general. 3.º La porción de beneficios atribuidos a las partes de fundador y que se concretan en el 50 por 100, hasta 600.000 pesetas de rendimiento líquido anual, y en el 25 en cuanto rebase de esa cifra; y 4.º La retribución del consejero censor; c) A la disolución de la Sociedad, del haber partible, se reintegrará, en primer término, el nominal de las acciones no reembolsadas, y el resto se dividirá en dos partes que se destinarán, una de ellas a los tenedores de las partes de fundador, y la otra, a los socios accionistas, calculadas precisamente en proporción a las reservas que, según la contabilidad, resulten formadas por beneficios atribuidos a unos y otros.

Presentado en el Registro Mercantil el título constitutivo, mereció la suspensión de la inscripción solicitada “por no acreditarse la oportuna autorización del Ministerio de Hacienda que previene el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, art. 3.º, ap. A, cuando la participación en los beneficios sociales no es proporcional a la respectiva aportación económica de los socios”.

*Y recurrida esa calificación, la Dirección General resuelve ratificarla, declarando:*

*Que el Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, que, según su propio preámbulo, tuvo, entre otras finalidades, la protección de las empresas frente*

*a sus propios accionistas, la defensa del signo monetario y de los intereses fiscales y la subordinación de todas las actuaciones al supremo interés de la Nación, exige en el apartado A de su art. 3.º, autorización del Ministerio de Hacienda para la constitución de Sociedades en las que se establezcan diferencias en las cuotas de liquidación o se reconozca a determinadas personas mayor número de títulos que el correspondiente a sus aportaciones económicas, valoradas éstas según las normas de comprobación vigentes para el Impuesto de Derechos reales, y tal precepto, aún interpretado restrictivamente, como derecho de coyuntura, parece aplicable a la creación de las partes de fundador de la Sociedad en cuestión, calificadas con las especiales características transcritas.*

COMENTARIO.—Queda hasta aquí transcrita la parte de la Resolución directiva que resuelve escuetamente el problema legal planteado. Claramente entiende la Dirección, con el Registrador, que las denominadas partes o porciones de fundador hacen necesaria la autorización ministerial, en cuanto implican normalmente desproporción beneficiaria. Pero no queremos dejar de resaltar cómo en otro de los considerandos que comentamos se aborda la cuestión doctrinal de la auténtica naturaleza de los títulos mercantiles que han determinado el recurso. A este fin, se dice en la Resolución que las partes de fundador no constituyen fracción del capital social, por lo que se diferencian fundamentalmente de las acciones, que son participaciones negociables del mismo; su filiación puede ser la de una variedad determinada de acciones, un derecho de crédito o un título especial que sirve para la incorporación de un complejo de derechos; y que, aunque no aparecen reguladas en el Código de Comercio, hay un indicio, al menos, de lo que representan en el ánimo del legislador español, en cuanto a efectos fiscales las equipara a las acciones liberadas de mayor valor.

Y lo que, desde luego, parece evidente es que las acciones de fundador fueron objeto de específica consideración por los legisladores de 1947, que han ratificado su aversión por ellas en el Anteproyecto y en la Ley novísima de Régimen Jurídico de las Sociedades anónimas.

## RESOLUCION DE 22 DE JUNIO DE 1951

### Documentos aportables al recurso gubernativo

Solicitada la inscripción de una escritura de venta de una finca formada por otras tres ya inscritas, cuya agrupación se solicita, el Registrador se pronunció en los siguientes términos: "Hecha la inscripción de agrupación y venta de la finca que comprende, al folio... Dicha finca ha sido sólo inscrita con la superficie de tres hectáreas, veintiún áreas y noventa y ocho centiáreas, suma de la de las fincas matrices, no habiendo sido inscrito el exceso de cabida que se le atribuye por existir duda acerca de la identidad de la nueva finca, fundada en la falta de coincidencia entre sus linderos y los de las fincas matrices."

*Interpuesto recurso gubernativo por el Notario autorizante, acompañó éste a su escrito certificación catastral expedida un mes después de emitirse la nota calificadora, así como otros documentos, y presentado informe del Registrador, el presidente de la Audiencia declaró en el correspondiente auto no inscribible el título. Omitimos los razonamientos y consideraciones de ambos funcionarios y los presidenciales, dado que la Dirección, sin entrar en el fondo del asunto, aprecia un defecto procesal que sintetiza así:*

*En los recursos gubernativos que se entablen contra la calificación de los Registradores, sólo cabe tener en cuenta los documentos presentados "en tiempo hábil", es decir, los que, por haber ingresado previamente en el Registro pudieron ser estudiados por dicho funcionario antes de calificar el título, lo que no sucede en el caso planteado, ya que la certificación catastral fué aportada con el escrito notarial de interposición. Ello no obsta al derecho de los interesados—reconocido en el art. 108 del Reglamento—para presentar de nuevo en la oficina inmobiliaria el título con los documentos que no fueron objeto de calificación.*

COMENTARIO.—Esta Resolución es conforme con la doctrina ya sustentada en las de 23 de julio de 1877, 31 de agosto y 7 de octubre de 1882, 23 de junio de 1884, 9 de agosto de 1895, 18 de mayo de 1900, 31 de mayo de 1911, 19 de noviembre de 1912, 30 de diciembre de 1914, 30 de abril y 11 de diciembre de 1935, 3 de diciembre de 1938, 22 de julio de 1940 y 9 de febrero de 1943, citadas todas en el texto de la presente.





# JURISPRUDENCIA



## I. SENTENCIAS ANOTADAS

### Existencia de contrato verbal de Sociedad civil. Liquidación de Sociedad. Cuestiones probatorias. Indemnización de daños y perjuicios

SENTENCIA 17 FEBRERO 1951

En el caso, que con el recurso que falla esta Sentencia ha llegado al Supremo, se plantea el problema de la calificación jurídica que ha de darse a un negocio, cuya constancia procede de elementos probatorios discutidos en las distintas instancias y de los cuales las partes intentan deducir su subsunción bajo los conceptos de Sociedad o de préstamo. Se confirma la estimación como Sociedad después de tratar de las cuestiones de prueba que pueden plantearse en casación y se casa uno de los extremos de la Sentencia recurrida referente a la liquidación social. También se casa el pronunciamiento sobre indemnización de daños y perjuicios, repitiéndose la constante doctrina de que sólo su determinación puede dejarse para la ejecución de sentencia.

ANTECEDENTES.—Conviene, puesto que hasta el Tribunal Supremo ha llegado la materia de la existencia de los hechos y de su calificación, respetar en estos antecedentes, en lo posible, la contraposición que de aquéllos se contiene en los escritos de demanda y contestación. Según la demanda, en septiembre de 1939, don A. G. R. y don F. G. N. entregaron a don E. R. P. una cantidad de dinero en ejecución de un convenio, verbalmente entorces concertado, por virtud del cual esa cantidad se destinaria a la adquisición de camiones que habían de ser explotados en el negocio de transportes, negocio que llevaría en calidad de gestor don E. R. P., al que se le asignaba un cinco por ciento de las facturas que en la explotación se produjeran, destinándose el resto de los beneficios a la devolución de aquellas cantidades, entendiéndose que, una vez que la devolución del total se efectuara, quedaria el negocio de la titularidad por terceras partes de los tres señores indicados. En 9 de junio de 1941 don F. G. N. transmite sus derechos a don A. G. R., el que deviene desde entonces interesado en dos terceras partes. Rechazada una última liquidación del gestor, que antes se había manifestado reacio a producirla, se plantea el pleito, pidiéndose: la declaración de la existencia de una sociedad civil en la que don A. G. R. tiene las dos terceras partes de interés; que se declare disuelta por incumplimientos contractuales del demandado; que éste sea condenado al pago de las diferencias, aun no reintegradas, de la cantidad inicialmente aportada; que se produzca la consiguiente liquidación, atribuyéndose al demandante, en la proporción de dos tercios, la resultancia de la misma, tanto referida a los camiones inicialmente adquiridos como a los bienes que

con posterioridad lo fueron con los beneficios sociales, y, por último, que se condene a la indemnización de daños y perjuicios. Por su parte, el demandado don E. R. P. opone la inexistencia del convenio indicado, pues, según él, sólo existió un préstamo de cantidad determinada de dinero. El presunto cinco por ciento de participación inicial no era sino comisiones que se pagaban a una agencia de transportes que procuraba los portes de sus camiones. No reconoce la transmisión de derechos de don F. G. N. a don A. G. R., y, en consecuencia, suplica la absolución, salvo en lo referente a la devolución de un resto de la cantidad inicialmente anticipada, resto que reconoce.

Lo esencial de la prueba ha consistido en unos recibos, a los que se incorporaron las cantidades primeramente destinadas a la adquisición de camiones, unas libretas con justificantes sobre la gestión o explotación de aquellos vehículos y un documento privado en el que consta la transmisión de derechos repetida. Se prescinde del resto de la prueba y de la proviniente de procesos concatenados a éste en la vía penal.

La Sentencia de primera instancia falla de acuerdo con los pedimentos del demandado y la de la Audiencia, prácticamente, recoge la totalidad de los de la demanda y contra ella se recurre esgrimiendo como motivos de casación los siguientes:

**MOTIVOS.**—Amparándose en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el recurrente articula seis motivos de casación, de los cuales se puede hacer una síntesis agrupándolos en tres conceptos: 1.º Partiendo de las reglas sobre valoración de la prueba se esgrimen los argumentos de incorrecta estimación de la de presunciones y de la aportada al proceso, llevándose la materia hasta la impugnación de la calificación realizada por la Audiencia de los hechos. 2.º Infracción de los artículos 1.665, 1.708 del Código civil y 116 y 232 del Código de comercio, ya que, si se ha dado por existente una sociedad, la personalidad jurídica de ésta está en contradicción con la condena personal del demandado. 3.º Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la indemnización de daños y perjuicios, según la cual sólo puede quedar para ejecución de sentencia la determinación de la cuantía, pero no la existencia misma de aquéllos.

**DOCTRINA Y COMENTARIO.**—En cabeza de esta parte hay que situar unas advertencias previas. La Sentencia que aquí se expone contiene escasa doctrina general. Ha sido dictada con escrupuloso ajuste al caso debatido y no ha tratado de entrar en la construcción de la doctrina general sobre cuya base luego resuelve. No quiere decirse que la línea seguida haya sido desafortunada, pues lo que la Sentencia ha resuelto es justo y, para el caso de que se trataba, no era preciso otra cosa. La advertencia se consigna para aclarar que, más que comentario, lo oportuno es dejar meramente sentadas algunas salvedades, pues no sería correcto plantearse en el comentario, de frente, cuestiones que sólo incidentalmente se han tocado en la Sentencia.

Además, hay que anticipar que son dos los temas que se abordan: uno referente a la materia de prueba, otro que atañe al Derecho de sociedades y, por último, se resuelve sobre la materia de indemnización de daños y perjuicios.

I. En la materia de prueba los Considerandos primero a cuarto contienen la doctrina que hay que recoger. Se juega con el tema de las relaciones entre

el Supremo Tribunal, en su función de casación, con el de instancia, y se va ajustando al caso la doctrina sobre las funciones de uno y otro en relación con la prueba y, a su vez, se conexiona con la distribución de los motivos de casación de la Ley de Enjuiciamiento civil. En este punto no existen declaraciones generales que exijan una particular mención. Únicamente conviene recoger lo referente a la prueba de presunciones. Sobre ella dice: «Su estimación incumbe por su naturaleza al Tribunal sentenciador y que, para combatirla eficazmente en casación, es preciso impugnar al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil la existencia y realidad de los hechos que el Tribunal de instancia ha declarado probados, ya que la deducción que de ellos derive es de la apreciación de dicho Tribunal, con la única limitación de que no resulte contraria a las indeterminadas reglas del criterio humano, por ser absurda, ilógica e inverosímil”.

II. En la materia de Derecho de Sociedades dos son los puntos fundamentales que se tocan:

a) En el primer Considerando se acepta, como materia que corresponde al Tribunal de instancia, lo referente a la existencia de un *contrato de sociedad civil* entre los interesados en el pleito. Esta apreciación pide la constatación de algunas salvedades. Una línea jurisprudencial, bastante marcada, viene respetando la calificación que como sociedad civil se da en el tráfico de sociedades que en realidad se dedican a un tráfico mercantil, como ocurre en este caso, en que se trata de la explotación en sociedad del negocio de transportes. Existen razones prácticas que explican esta corriente, aunque no la justifiquen. En un buen número de casos, los problemas a dilucidar, en los pleitos que llegan al Alto Tribunal, se refieren a relaciones internas entre los socios, en las cuales se ha de decidir por lo convenido, que es justamente lo que suscita el conocimiento de los Tribunales. En estos casos, frecuentemente, viene a ser indiferente el problema de naturaleza y no se hace frente al mismo. En otros, las consecuencias de la calificación como mercantil, que a su vez llevaría la materia a la cuestión de las sociedades irregulares, previene contra el plantamiento de un tema de suyo espinoso. La consecuencia, generalmente, es que se acepte la calificación incorrecta de los interesados, contra la buena doctrina que no puede dejar abandonada la materia de la calificación de los negocios jurídicos a la libre estimación de los intervinientes, pues aquéllos son lo que deben ser, independientemente de como a éstos los hayan denominado. Pero déjese bien sentado que, por las razones antes indicadas, en la práctica, no se llega a conclusiones injustas. Como antes se ha indicado, se trata de consignar sólo una salvedad, sobre la cual no insisto porque en este mismo ANUARIO aparecerá, en su momento, un trabajo en el cual estudio la materia de las sociedades irregulares, y el lector asiduo de esta Revista encontraría repetido lo que aquí habría de decirse, desde luego inoportunamente, dadas las características de esta Sentencia.

b) En el Considerando quinto, la Sentencia estima el motivo de casación formulado bajo el mismo número diciendo: «porque así lo exigen la naturaleza del contrato de sociedad que define el artículo 1.665 del Código civil, lo pactado entre los socios y el artículo 1.708 de dicho cuerpo legal y, al no reconocerlo así la Sentencia recurrida, que impone el pago de dicha diferencia al demandado, estimando tal pago como una obligación individual de dicho demandado y no

como el resultado de la liquidación del haber de la sociedad aludida, viola los preceptos indicados...». La solución de la Sentencia conduce a resultados correctos, pero, igualmente sólo a título de salvedad, habría que tener en cuenta si la naturaleza de gestor único atribuida al demandado no hace indiferente la solución, y si el carácter de irregular de la sociedad no habría de llevar a la negación de su personalidad jurídica. Abierta esta vía, surgen una serie de problemas sobre autonomía patrimonial de las sociedades y movimientos alrededor de ese patrimonio, relaciones con lo referente a la personalidad jurídica, interpretación de textos legales en lo referente a la personalidad de las sociedades mercantiles y civiles, cuya simple enunciación dejan en evidencia lo antes advertido de la inadecuación del alcance doctrinal de la Sentencia y de la crítica de los temas que roza. Asimismo, la materia la remite al estudio que antes se indicó.

III. En el último Considerando, se estima el motivo de casación referente a la indemnización de daños y perjuicios, volviéndose a formular la doctrina constante que precisa que la Sentencia ha de dejar sentada la existencia de aquéllos y abandonar sólo al momento ejecutivo lo referente a su determinación. Esta doctrina es la que se ha quebrantado en la Sentencia de instancia.

De acuerdo con la doctrina resumida se casa la Sentencia recurrida en los dos puntos antes indicados y se mantiene en lo demás, en cuyos términos se produce el fallo del Tribunal Supremo.

José GIRON TENA

*Catedrático de Derecho Mercantil.*

## II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A cargo de José María CODINA, José María DE SANTES, José María GONZALEZ, Juan HERNADEZ CANUT, José Antonio Prieto, Luis SANCHO MENDIZABAL y Abraham VAZQUEZ.

### I. Sentencias de la Sala Primera

SENTENCIA 21 JUNIO 1950

**Arrendamientos—objeto: unidad.**

*Habiéndose arrendado unos locales interdependientes por su comunicación interior, por un único precio, sin atribución de partes a cada uno de aquéllos, han de considerarse como objeto único del arrendamiento.*

**Arrendamiento—perfección: precontrato.**

*Acordada la cosa, el precio y el tiempo (aunque sea por aplicación del artículo 1.581 del C. c.) se perfecciona el contrato y no puede calificarse de precontrato porque se aplace la formalización y firma.*

**Obligaciones—liquidez.**

*No puede considerarse obligación de pagar cantidad líquida en día o plazos determinados la de abonar una indemnización mensual para cuyo pago no se ha señalado día cierto, ni plazos para el pago fraccionado, mientras no se determine el límite final de tiempo.*

**ANTECEDENTES.**—Desearo unos propietarios hacer reformas en un edificio consiguieron un desahucio por falta de pago de unos locales (tienda y vivienda unidas); acordaron a continuación con las arrendatarias volver a alquilarles los locales, cuando terminasen las obras, comprometiéndose a abonar determinada indemnización periódica, si estas obras duraban más de tres meses. Los propietarios, después de algún tiempo, dejaron de pagar la indemnización. Las arrendatarias demandan el cumplimiento del contrato y el abono de la indemnización, peticiones a las que da lugar el Juez, confirmando este fallo la Audiencia y revocándolo el Supremo en cuanto a la segunda.

**CONSIDERANDO:** Que la sentencia recurrida, para determinar las relaciones jurídicas entre demandantes y demandados no se funda en el con-

trato de arrendamiento anterior, extinguido según sentencia de desahucio por falta de pago, sino en el consignado en el documento privado, fecha 13 de marzo de 1942, cuyo objeto se refiere, según el propio contrato y plano unido al mismo, a unos locales interdependientes por su comunicación interior; para cuyo arrendamiento se fijó un precio único, sin atribución de partes a cada uno de dichos locales, y que, por ello, sin atención a lo dispuesto en el art. 9.º de la LAU, han de considerarse como objeto único del arrendamiento, y así considerados, carece de fundamento el motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que en el documento de 13 de marzo de 1942 se determina con precisión: el local objeto de arrendamiento, no sólo por su descripción literal, sino también gráfica, mediante el plano indicado; el precio de 9.000 pesetas anuales, "pagaderas por mensualidades adelantadas de 750 pesetas cada una", y demás condiciones, con referencia a las "impresas en los contratos de inquilinato timbrados", además de las especiales autorizando el traspaso y fijando fianza, determinación en cuanto a cosa, precio y tiempo, por aplicación para la de este último de lo dispuesto en el art. 1.581 del C. c., suficiente, según el 1.543, para la perfección del contrato de arrendamiento, aplazándose la formalización (estipulación décima); es decir, la de dar determinada forma al contrato ya existente (art. 1.261 del C. c.); la de firmarle (estipulación cuarta), y la entrega del local arrendado, mediante la de sus llaves, simultáneamente a la firma (la misma estipulación), todo lo cual se opone a la estimación del recurso por su segundo motivo, fundado en la calificación arbitraria de precontrato que se atribuye al consignado en el documento de 13 de marzo de 1942.

CONSIDERANDO: Que el pago de cantidad de pesetas a que los recurrentes se obligaron, por el retraso superior a tres meses en la entrega del local reformado, tanto por los términos en que la obligación se contrajo en el documento de 13 de marzo de 1942, con la modificación posterior respecto a su cuantía determinable, como producto de dos factores, cantidad de pesetas y unidades de tiempo fijado en días, primero, y de los mismos, pero con expresión del tiempo en meses, al modificarse la obligación; como por no haberse señalado día cierto ni plazos para el pago fraccionado de la cantidad total, circunstancias que no resultan de los hechos alegados en el pleito ni de la sentencia recurrida, así como por no haberse expresado la cantidad líquida cuyo pago se reclamó en los requerimientos notariales a los señores R. S., ni en la demanda, ni poder liquidarse por la mera multiplicación de los factores indicados, sin la determinación final del límite del tiempo no puede considerarse como obligación de pagar cantidad líquida en día o plazos determinados, si no es para el total, por el de la entrega del local reformado, y así considerado, el pronunciamiento cuarto de la sentencia recurrida, al declarar la obligación de los demandados, de abonar a los demandantes el interés legal del importe de las indemnizaciones no satisfechas, infringe, por su indebida aplicación al caso, el artículo 1.101, en relación con el 1.108. ambos del C. c., infracción acusada en el núme-



ro 4.º, como motivo del recurso, que, por ende, debe estimarse respecto a tal pronunciamiento.

FALLO.—Ha lugar.

### SENTENCIA 28 OCTUBRE 1950

#### Dolo—acepciones y requisitos.

*Para que pueda llegar a declararse la existencia de dolo en un contrato, no solamente en su acepción de engaño que vicia el consentimiento, sino en la más amplia de convicción fraudulenta que redunde en perjuicio de tercero que no intervenga en aquél, se requiere la probada realidad de unos hechos atribuidos a uno o a los dos contratantes que, examinados por el juzgador libremente, le induzcan a pronunciar la calificación jurídica de dolosos.*

#### Dolo (Derecho catalán)—enajenación fraudulenta: legitimación pasiva.

*La facultad de dirigirse contra uno u otro de los contratantes, reconocida en el Código de Justiniano, Libro II, Título LV, Ley única, está cumplida al admitir la acción contra vendedor y comprador.*

#### Dolo (Derecho catalán)—enajenación fraudulenta: requisitos de la solidaridad.

*Para que el comprador soporte con el vendedor la responsabilidad del dolo, ha de aprovecharse de la acción dolosa, según D. 44, 4, 2, 1.º; D. 44, 4, 4, 27; D. 4, 3, 18, 5.º; D. 4, 3, 20, pr.*

#### Libros de los comerciantes—valor probatorio.

*Según doctrina jurisprudencial, los libros de los comerciantes no son, a efectos de casación, documentos auténticos, ni tampoco una prueba de especial cualidad en litigios civiles, y su apreciación es de la libre facultad de la Sala, siendo uno de los elementos de convicción del juzgador.*

ANTECEDENTES.—La fortuna de un menor sometido a tutela es depositada en poder de un tío suyo, el señor S. D., que la invierte en su establecimiento comercial. Años después, en difícil situación económica, el señor S. D. entrega a su suegra, la señora A., mobiliario y existencias, en pago de las deudas que con ella había contraído; la señora A. restablece la prosperidad del negocio y el sobrino, ya mayor de edad, ejercita frente a la señora A y señor S. D. la *actio doli*, acusando la existencia de una confabulación para privarle del dinero depositado y solicitando la restitución. El Juzgado absolvió a ambos demandados y la Audiencia condenó al señor S. D. a la restitución. El demandante interpone recurso de casa-

ción, cuyos siete primeros motivos están al amparo del art. 1.692, 1.º, de la LEC.

MOTIVOS.—Primero.—Infracción del Codex Just. II, LV, única; D. 44, 4, 2, 1.º; D. 44, 4, 4, 27.º; D. 4, 3, 18, 5.º; D. 4, 3, 20, pr.; al condenar sólo al señor S. D.

Segundo.—Infracción del art. 269, 4.º y 5.º y 270 del Código civil.

Tercero.—Infracción de los arts. 1.766 y 1.770 del Código civil.

Cuarto.—Inaplicación del art. 1.270 del Código civil.

Quinto.—Infracción del art. 1.252 y doctrina legal.

Sexto.—Infracción del art. 1.902 y principios generales.

Séptimo.—Infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto.

Octavo.—Al amparo del art. 1.692, 7.º; error en la apreciación de facturas y libros, con infracción del 1.225 C. c. y 48, 1.ª, del Código de Comercio.

CONSIDERANDO: Que, en primer lugar, deben ser desestimados los motivos tercero, quinto, sexto y séptimo, porque aun dejando aparte que por no expresarse en ninguno de ellos el concepto en que se estiman infringidos los preceptos legales y principios de derecho que en cada uno se consignan, se hallan los cuatro incursos en la tacha de inadmisión que determina el número 4.º del art. 1.729 de la Ley procesal civil, y, por tanto, según doctrina jurisprudencial con suficiente causa de desestimación...

CONSIDERANDO: Que para que pueda llegar a declararse la existencia de dolo en un contrato, no solamente en su acepción de engaño que vicie el consentimiento, sino en la más amplia de connivencia fraudulenta que redunde en perjuicio de tercero que no intervenga en aquél, se requiere la probada realidad de unos hechos atribuidos a uno o a los dos contratantes que, examinados por el juzgador al amparo del libre arbitrio de que está investido para valorar la prueba, le induzcan a pronunciar respecto de ellos la calificación jurídica de dolosos, con las consecuencias derivadas de tal condición, y como en el caso presente, partiendo de la justificada premisa de que los efectos comprados por la señora A. a su deudor, el otro demandado, no constituían la totalidad del negocio del mismo y de que el crédito o depósito perteneciente al menor no figuraba ni por accesión ni por inclusión en lo que fué objeto de la compraventa, la Sala de instancia formula las declaraciones de hecho, deducidas de la apreciación de la prueba, de que la deuda entre ambos demandados era cierta; que la señora A. no ejerció violencia ni presión sobre el otro demandado para obligarle a efectuar la compraventa consabida en pago de la cantidad adeudada, con la finalidad de defraudar al menor, ahora demandante y recurrente, en la cantidad que en su poder y embebida en el negocio tenía el dicho demandado señor S. D.; que tampoco existió maquinación para engañar a otro simulando una cosa que no se hace, que es lo que caracteriza el dolo malo, según el Título tercero, libro cuarto, del Digesto, y que, igualmente, la dicha demandada no tuvo intervención alguna en los actos culpables o dolosos de su yerno, ni se lucró ilícitamente con la aludida cantidad correspondiente al menor, afirmaciones de hecho de las que se desprende que, por lo que se refiere a la señora A., los actos por ella realizados no merecen la calificación de dolosos, y en ello fundamenta el pronunciamiento absolutorio que emite la Sala sentenciadora, contra el cual resulta ineficaz la impugnación que realiza el recurrente en los motivos primero y

cuarto del recurso, en la forma y con los razonamientos que se expresan en el Considerando anterior, porque los preceptos de Derecho romano invocados en el motivo primero no han sido infringidos, sino observados, ya que *la facultad de dirigirse a uno u otro de los contratantes que reconoce la Ley única del Libro II, Título LV, del Código de Justiniano, está cumplida al admitir la acción contra vendedor y compradora*; y los otros preceptos citados carecían de aplicación al caso presente, por cuanto se declara probado que *el crédito del menor no fué accesión inherente a la cosa vendida que aprovechase al comprador, que es la condición que los dichos preceptos exigen para que el comprador soporte el dolo con el vendedor*, y por lo que toca a la acusación de falta de aplicación del artículo 1.270 del C. c., que integra el motivo cuarto, en lugar de atacar por el cauce del número 7.º del art. 1.692 de la Ley rituaria civil las afirmaciones de hecho que son fundamento de la sentencia, se limita a enumerar los mismos hechos de la señora A., calificándolos, a su parecer, de dolosos, con lo que notoriamente lo que hace es oponer su propio criterio al del juzgador, procedimiento inadecuado en casación, pero sin determinar, como debiera hacerlo y por el medio antes expresado, en qué error incurrió el Tribunal *a quo* al valorar los hechos y elementos probatorios como lo ha efectuado, resultando de todo lo expuesto que ambos motivos son insuficientes y es forzosa su desestimación.

CONSIDERANDO: Que, al amparo igualmente del número 1.º del art. 1.692 de la Ley procesal, formula el recurrente el segundo motivo del recurso, en el que denuncia la infracción, por inobservancia, según expresa, de los artículos 269, en su números 4.º y 5.º, y el 270 del C. c., preceptos que se refieren a la actuación del tutor y del Consejo de Familia, y que notoriamente resultan ajenos a la cuestión controvertida en el pleito..., porque los aludidos preceptos legales únicamente podrían aplicarse al tutor del menor que no es parte en el pleito, o al Consejo de Familia de aquél, que tampoco ha sido demandado, y del cual era vocal el vendedor señor S. D. (a quien se condena), pero en modo alguno puede recaer responsabilidad en la señora A., que nada tenía que ver con aquel organismo tutelar.

CONSIDERANDO: Que el octavo y último motivo del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, se encamina a demostrar los errores de hecho y de derecho en que incurre el Tribunal *a quo* al no haber apreciado debidamente dos elementos de la prueba practicada, como son las facturas que contienen la relación de los géneros que el demandado S. D. vendió a la también demandada señora A. para salvar en parte la cantidad de 106.910,75 pesetas, que se halla probado en autos que la debía, y que el resultado de la prueba de libros de comercio de la dicha demandada, propuesta y practicada por la misma, sin que al acto asistiera la representación y defensa del actor, pretendiendo el recurrente que por no haber dado a aquellas facturas, que están reconocidas por los litigantes y tiene el carácter de documentos auténticos, la cualidad y valor de documentos públicos, se ha infringido el art. 1.225 del C. c. y se ha producido error de derecho y de hecho, como igualmente ocurre con infracción del artículo 48. regla primera del Código de Comercio. al no valorar debidamente el resultado de esta prueba de libros, insi-

nuando que del bajo precio con que figuran tasadas ciertas mercancías se deduce la conducta dolosa de ambos contratantes, vendedor y compradora, en perjuicio del actor, ya que confrontando la cifra que representa dicha compra con un asiento de 180.444,35 pesetas, que aparece en el libro Diario de los de contabilidad de dicha señora, resulta una desproporcionada ganancia, pero es fácil advertir que tales razonamientos carecen de consistencia para obtener el fin que pretenden, porque la Sala sentenciadora tuvo muy en cuenta las aludidas facturas y su carácter de documentos privados reconocidos cuando afirma "que de la prueba practicada, apreciada a través de una crítica racional", aparecen justificados dos hechos: que doña J. A. era acreedora del señor S. D. por la cantidad de 106.918,75 pesetas, y que en el mes de marzo de 1929 adquirió de su deudor diversas partidas de géneros por un total de 99.958,10 pesetas, cantidad exacta del importe de las repetidas facturas, y por lo que en 29 de abril siguiente libró el oportuno recibo, cuya autenticidad fué reconocida, con lo cual resulta que el juzgador otorgó a los mentados documentos la eficacia liberatoria deducida de haber sido objeto del pertinente reconocimiento, y que los mismos no contienen en sí afirmación alguna que contradiga la apreciación que el Tribunal hizo de ellos, con lo que queda desvanecido el pretendido error de hecho y de derecho atribuido a la sentencia en este respecto, ya que la consideración de que algunas de las partidas de tales géneros estén cifradas en bajos precios no pueden causar extrañeza si se tiene en cuenta que las compraventas entre comerciantes acusan una notable diferencia en sus precios con relación a los consignados para la venta al público, y en todo caso, la diferencia que el recurrente estima revelatoria de que la señora A., compradora, obtuvo ganancia en su actividad mercantil por la reventa de los géneros comprados, pero en ningún caso permite suponer consciente y buscado envilecimiento de los precios convenidos con el deudor en su propio perjuicio y sin obtener aquél ventaja alguna de tal conducta, y en cuanto a la prueba de libros, tampoco puede ser estimada la argumentación del recurrente, pues también la tuvo en cuenta el Juzgador para afirmar la realidad de la deuda y su extinción, pero aparte de que no existe en ello asiento alguno que exteriorice la existencia del dolo que el recurrente persigue, debe advertirse que, *según doctrina jurisprudencial, los libros de los comerciantes no son, a efectos de casación, documentos auténticos, ni tampoco una prueba de especial cualidad en litigios civiles, y su apreciación de la libre facultad de la Sala, como las demás pruebas, siendo uno más de los elementos de convicción del juzgador, debiendo concluirse de todo lo anteriormente expuesto que, no habiendo incidido el Tribunal a quo en los errores que el recurrente le atribuye, debe desestimarse este octavo motivo del recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1950

**Juicio de "ab intestato"—nulidad de actuaciones.  
Nulidad de actuaciones—demanda incidental.**

*La nulidad de lo actuado en el juicio universal sólo en aquel procedimiento puede ser solicitada (V. Antecedentes y Motivo 1.º).*

**Réplica—modificación del "petitum".**

*La petición de nulidad de actuaciones, formulada en el escrito de réplica, modifica sustancialmente el "petitum" de la demanda, consistente en la exclusión de determinados bienes, del inventario.*

**Juicio de testamentaria—naturaleza cuando proviene de "ab intestato".**

*Un juicio de "ab intestato" no pierde su naturaleza por la circunstancia de que, por disposición del art. 1.001 de la LEC, se acomode a los trámites del juicio de testamentaria una vez hecha la declaración judicial de herederos.*

**Prueba de testigos—regla de crítica.**

*No se vislumbra imposibilidad ni dificultad en el hecho de que unos testigos vecinos del pueblo en que radican las fincas a que se refieren en su declaración, las conozcan por el dato que se les facilita del pago o lugar en que están sitas.*

**ANTECEDENTES.**—Hecha la declaración de herederos "ab intestato", uno de ellos promueve el juicio voluntario de testamentaria, de acuerdo con el art. 1.001 de la LEC; otro de los coherederos se opone en el acto del inventario, afirmando que son suyas las fincas que están en su posesión y se incluyen en el inventario; a continuación, presenta demanda, frente al administrador del "ab intestato" y los demás coherederos, para que se excluyan esas fincas de la herencia del causante; en la réplica pide, además, la nulidad de las actuaciones anteriores; los demandados afirman que la posesión de aquél se debía a su calidad de administrador del causante. El pleito se sustanció por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y el Juez estimó la demanda sólo para tres fincas; apelada la sentencia por el demandante, fué confirmada. Se interpone recurso.

**MOTIVOS.**—Primero.—Al amparo del art. 1.692, 1.º: interpretación errónea de los arts. 488, 741, 742, 745, 1.º; 1.062 y siguientes en relación con el 1.001 de la LEC; al afirmar la Audiencia que no se puede pedir la nulidad de actuaciones por la vía de la demanda incidental (488) más amplia que el incidente del 745, 1.º

Segundo.—Al amparo del art. 1.692, 1.º: interpretación errónea del artículo 548, 2.º de la LEC, al estimar que la petición de nulidad altera sustancialmente el "petitum".

Tercero.—Al amparo del art. 1.692, 1.º y 3.º y 359: falta la declaración de nulidad.

Cuarto.—Al amparo del art. 1.692, 1.º: inaplicación del art. 1.038, por haberse incoado juicio de testamentaría sin testamento; e interpretación errónea de los arts. 1.097 y 1.098 de la LEC, por haber sido partes los coherederos en el juicio ordinario, en lugar de sólo el administrador del "ab intestato".

Quinto.—Al amparo del art. 1.692, 1.º: las infracciones anteriores son del tipo de las que los Tribunales deben sancionar de oficio, según la doctrina legal.

Sexto.—Al amparo del art. 1.692, 1.º: inaplicación de los arts. 430, 438, 441, 445, 448, 446 del C. c. y doctrina resultante de los arts. 959, 977, 1.055, 1.001, 1.066 de la LEC, al confundir el alcance del juicio de "ab intestato" en relación con las situaciones posesorias.

Séptimo.—Al amparo del art. 1.692, 1.º: inaplicación de la doctrina legal en relación con el art. 348 del C. c., pues no hay identificación completa y absoluta de las fincas.

Octavo.—Al amparo del art. 1.692, 7.º: infracción del art. 659 de la LEC; no es probable que seis testigos puedan deponer en bloque sobre la pertenencia de diecinueve fincas que ni siquiera se describen por sus linderos.

CONSIDERANDO: Que los cinco primeros motivos del recurso propugnan desde distintos puntos de vista la nulidad de lo actuado en el juicio voluntario de ab intestato del que dimana el presente pleito, impugnando las apreciaciones jurídicas de la sentencia recurrida, tendentes a demostrar la improcedencia de la referida nulidad, y para la desestimación global e individualizada de los cinco motivos, es de tener en cuenta: primero, que la casi totalidad de los preceptos legales que se citan como infringidos aluden a normas puramente procesales y, por ello, inadecuadas para un recurso de casación por infracción de reglas de derecho material; segundo, que la nulidad de lo actuado en el juicio universal sólo en aquel procedimiento puede ser solicitado por quien siendo interesado como heredero, ha tenido intervención en la formación del inventario y, en consecuencia, ha podido mostrarse parte e instar lo procedente si estimaba que concurrían causas de invalidación del proceso universal; tercero, la petición de nulidad formulada en el escrito de réplica modifica sustancialmente el "petitum" de la demanda, exclusivamente referida a la exclusión en el inventario de determinados bienes por estimar el actor que le pertenecían a él y no el causante de la herencia, y así resulta que en réplica se actúa frente a la prohibición establecida en el art. 548 de la LEC; cuarto, que no se da la incongruencia que denuncia el motivo tercero, porque el Juzgador de instancia examinó detenidamente el tema planteado en réplica sobre nulidad para desestimarla, como implícitamente quedó desestimada en el fallo recurrido; quinto, que el artículo 1.038 de la citada Ley procesal no es de aplicación al juicio universal en tramitación, porque sea cual fuere la calificación que le asignaron los litigantes, se está en presencia de un juicio de ab intestato que no pierde su propia naturaleza por la circunstancia de que, por disposición del artículo 1.001 de la LEC, se acomoda a los trámites del juicio de testamentaría, una vez hecha la declaración judicial de herederos, y sexto, que, en último término, no hay en autos bases de hecho ni de derecho que pudieran concluir a la nulidad del juicio universal.

CONSIDERANDO: Que apreciada en la instancia la prueba testifical en

el sentido de que el actor no ha poseído los bienes que pretende excluir del inventario en nombre propio y en concepto de dueño, sino como administrador o en nombre del causante, que los tuvo como dueño durante más de treinta años, es inoperante el octavo motivo del recurso, que causa infracción del art. 659 de la LEC, por estimar el recurrente que el Tribunal "a quo" no se ajustó a las reglas de la sana crítica en la valoración de dicha prueba, al no ser posible o probable que unos testigos depongan sobre pertenencia de 18 fincas que no se describen con sus linderos, pues, aparte de que la Sala de instancia es soberana en la apreciación de la prueba testifical, *no se vislumbra imposibilidad ni dificultad en el hecho de que unos testigos vecinos del pueblo en que radican las fincas a que se refieren en sus declaraciones, las conozcan por el dato que se les facilita del pago o lugar en que están sitas*, máxime cuando el recurrente afirma que las fincas designadas en el inventario por su situación solamente, son las mismas que él pretende excluir del inventario, describiéndolas además por su cabida y linderos.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, tampoco son viables los motivos quinto y sexto del recurso: primero, porque al quedar firme la declaración de que el actor-recurrente no ha sido nunca poseedor en concepto de dueño, sino en el de administrador de las fincas en litigio, sólo podría ampararse la posesión material para mantenerse en ella por vía del correspondiente interdicto, no por el cauce de la acción reivindicatoria o declarativa de propiedad que ha utilizado, y segundo, porque al prescindir de la vía interdictal, y entablar la acción declarativa o reivindicatoria, asumió la carga de la prueba de todos los requisitos constitutivos del derecho de propiedad, puesto por él en ejercicio, según prescribe el art. 1.214 del Código civil, de acuerdo con conocidos principios de derecho, de los que es consecuencia el que manda absolver al demandado si el demandante no ha probado los hechos en que apoya sus pretensiones.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1950

### Contrato administrativo—obligatoriedad.

*Perfeccionado el contrato, sus cláusulas son reglamentarias y de obligatoria exigencia para ambos contratantes y la Administración no puede rescindirle sin responsabilidad haciendo uso de sus facultades discrecionales.*

Indemnización de daños y perjuicios—requisitos.

Indemnización de daños y perjuicios—lucro cesante.

*La obligación de indemnizar daños y perjuicios, para que sea exigible, requiere que se demuestre la realidad de haberse producido aquéllos, correspondiendo la apreciación de su existencia al Tribunal sentenciador,*

*sin que pueda derivarse la misma en lo relativo a las ganancias dejadas de obtener de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.*

CONSIDERANDO: Que el recurso planteado por el Ministerio Fiscal se encamina en sus cuatro motivos, amparados los primero, tercero y cuarto en el número 1.º y el segundo en el número 7.º del art. 1.469 del Código de Procedimiento Civil de la Zona del Protectorado, idéntico al 1.692 de la LEC española, a demostrar la equivocación de la Sala sentenciadora, en la aplicación que hace de los artículos 214, 213 y 14 del Código de Obligaciones y Contratos, cuya doctrina, aun estimando que ha sido correctamente interpretada, porque su contenido es el adecuado para enjuiciar los puntos jurídicos debatidos en el pleito, considera que ha sido erróneamente aplicada al presente litigio, porque la acción no ha podido ser dirigida contra la Administración de la Zona del Protectorado, a la que no se puede atribuir legitimación pasiva en estos autos, toda vez que su actuación respecto de los hechos que los motivan estuvo al margen de los mismos, ya que, según afirma, no puede ser considerada como subrogada en las obligaciones contraídas por la Administración tangerina, que parten de un hecho inicial, el acuerdo de establecer la Lotería, anterior a la ocupación de la ciudad por las tropas españolas y, en consecuencia, tampoco fué contratante en la convención jurídica que se discute, argumentación con la que se pretende suscitar de modo extemporáneo una excepción de falta de personalidad en la demanda, por no tener el carácter con que se le demanda, que por no haber sido alegada en el momento procesal oportuno es inoperante en el actual trámite de recurso de casación, por revelar un notorio cambio en la actitud mantenida por la Administración demandada al formular su oposición a la demanda contra ella dirigida, ya que la Representación del Ministerio Público, especialmente delegado para comparecer en estos autos por la citada Administración, tanto en la contestación a la demanda como en su escrito de conclusiones, trámites de peculiares características procesales en el ordenamiento adjetivo de la Zona, fué la de sostener que la intervención de la Administración de la Zona del Protectorado en los hechos objeto del pleito se realizó en el ejercicio de sus facultades discrecionales y, en consecuencia, de acuerdo con los principios básicos de la jurisdicción contencioso-administrativa, la de solicitar la absolución de la demanda, con lo que se venía a reconocer la personalidad de la aludida Administración como sujeto pasivo de la acción ejercitada, si bien se le exoneraba de responsabilidad por no haber debido sujetarse su actuación a normas legales preestablecidas, pero, en modo alguno, como ahora se hace, se consideraba a la demandada como extraña, ajena o desentendida del nexo contractual objeto de la reclamación deducida por el actor.

CONSIDERANDO: A más de lo anteriormente expuesto, que sin que sea necesario ni aun parezca oportuno en la ocasión presente examinar la naturaleza de las relaciones jurídicas, que tanto en el orden político como en el administrativo, se produjeron al ser ocupada la ciudad de T. por las tropas españolas, en 13 de junio de 1940, y sus consecuencias en



relación con los derechos administrativos o civiles que ostentaban los particulares, deducidos de la actuación de las Autoridades de dicha ciudad con anterioridad a la ocupación, es lo cierto, por lo que de modo concreto al caso presente se refiere, que existen dos hechos acreditados en los autos, que deben ser estimados como elementos cardinales para enjuiciar la cuestión debatida: el primero de ellos, acaecido el día 2 de diciembre de 1940, cuando por haberse hecho cargo de la Administración t., el 3 de noviembre anterior el jefe de la columna de ocupación, haber sido llevada a cabo la supresión de los organismos rectores de T., en virtud de Decreto de 8 del referido noviembre y publicada la Ley de 23 del mismo mes, que decretaba la aplicación a T. de la legislación vigente en la Zona del Protectorado, ha de tenerse por una evidente realidad que todas las autoridades, no ya solamente las militares, sino también las administrativas, se hallaban constituídas y funcionando en la ciudad bajo la intervención y vigilancia de las Autoridades españolas de la Zona del Protectorado, en aquella fecha de 2 de diciembre se firmó por el Administrador de T., en el ejercicio de sus funciones, el contrato de concesión de la explotación de la Lotería en la ciudad, como consecuencia del concurso de 29 de agosto de 1940 y subsiguiente adjudicación al señor G. de S., y el segundo hecho, es que en 28 de enero de 1941, la Administración española dirige al concesionario un oficio declarando la rescisión de aquel contrato y la anulación de la concesión adjudicada, y tanto uno como otro de ambos hechos es indudable que vinculan a la Administración de la Zona en el nacimiento y extinción de la relación jurídica que ligó al señor G. de S. originariamente con la Administración t., el primero porque fué realizado por funcionario que dependía en aquel momento de la Administración española, y el segundo, porque al dar por rescindido el contrato, por la misma Administración se reconocía su existencia y eficacia, y no podía aquella obrar ya de manera discrecional, puesto que, perfeccionado el contrato, sus cláusulas eran reglamentarias y de obligatoria exigencia para ambos contratantes, incurriendo el que las incumpliera en la obligación de indemnizar al otro, a tenor del artículo 14 del Código de Obligaciones y Contratos, y así debió entenderlo la misma Administración demandada al dirigir al actor, en 28 de enero de 1942, un oficio reconociéndole el derecho a ser resarcido de los gastos efectuados, y como en estos dos hechos fundamentales, reconocidos sin discrepancia por ambos litigantes, que acaban de reseñarse, apoya el Tribunal sentenciador su criterio para declarar contratante incumplidora a la demandada y, por tanto, obligada a indemnizar al actor, y estas afirmaciones de hecho no han sido debidamente impugnadas en el recurso del Ministerio Fiscal, es visto que procede desestimar los cuatro motivos que le integran, debiendo asimismo rechazarse la petición que formula de que se declare de oficio por esta Sala la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de este litigio, porque aparte de lo extemporáneo de tal petición, fué el mismo representante del Ministerio Público, en el segundo de los fundamentos de derecho de su contestación a la demanda, el que reconoció explícitamente la competencia del Juzgado a que se dirigía, y bajo esta consideración se siguió todo el pleito, no siendo aplicable la prescripción del art. 55 del Código de Procedimiento Civil de la

Zona, a que alude el recurrente, porque la materia de este litigio es una reclamación contra la Administración de la Zona del Protectorado que, bien sea de carácter civil o del orden contencioso administrativo, se halla atribuida al conocimiento de esta Sala.

CONSIDERANDO: Que en el recurso que los herederos del demandante señor G. de S. formulan también contra la sentencia de la Audiencia de T., amparado en un solo motivo, con apoyo en el número 1.º del art. 1.469 del Código Procesal Civil de la Zona del Protectorado, análogo al 1.692 de la Ley procesal civil española, se denuncia la infracción de los arts. 14, 15, 21 y 22 del Código de Obligaciones y Contratos vigente en dicha Zona, por considerar que no se ha tenido en cuenta, debiendo hacerlo, al acordar la indemnización debida por los perjuicios causados, la suma correspondiente a los beneficios dejados de obtener, conforme se solicitaba en la demanda, aunque la cantidad exacta quedase para la ejecución de la sentencia; pero es notorio que los razonamientos que en defensa de su tesis se aducen por el recurrente carecen de virtualidad para conseguir el fin que se proponen, porque *reiteradamente en la interpretación de los artículos 1.101, 1.106 y 1.107 del Código civil español, idénticos en su expresión y contenido a los que se denuncian como infringidos, tiene declarado esta Sala que es doctrina fundamental que la obligación de indemnizar daños y perjuicios, para que sea exigible, requiere que se demuestre la realidad de haberse producido aquéllos, correspondiendo la apreciación de su existencia al Tribunal sentenciador, sin que pueda derivarse la misma en lo relativo a las ganancias dejadas de obtener de supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre*, y si en la demanda se fijaron como elementos de la indemnización los gastos realizados, que ya han sido examinados y ponderados con la libertad de su arbitrio por la Sala sentenciadora, y además una suma de beneficios dejados de obtener, por la rescisión del contrato, es palmario que con acierto prudente estimó el Tribunal *a quo* la inexistencia de este último perjuicio, como falta de realidad por ser las tales ganancias, que el actor supone perdidas, dudosas, contingentes y sólo fundadas en esperanzas, puesto que se trataba de un negocio nuevo cuya aceptación por el público, con el consiguiente resultado próspero sólo se deducía de presunciones de aleatorio fundamento, y, por tanto, al proceder el Tribunal sentenciador como lo hizo no infringió los preceptos que se indican y, en consecuencia, debe ser rechazado el motivo formulado y el recurso que sobre él se sustenta.

FALLO.—No han lugar.

#### SENTENCIA 22 DICIEMBRE 1950

##### Compraventa—arras—calificación.

*Según la jurisprudencia, la calificación de penitenciales que da el Tribunal "a quo", como cuestión de interpretación del contrato, es propia de su soberanía (Considerando 3.º)*

## SENTENCIA 4 ENERO 1951

**Recurso de casación—por infracción de ley—requisitos.**  
**Recurso de casación—por error de hecho—requisitos.**

*Al no expresarse el concepto en que se ha infringido cierto artículo del C. c., ni impugnarse por la vía del número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la apreciación de la prueba hecha en la sentencia, se impone la desestimación de los dos motivos del recurso.*

## SENTENCIA 30 ENERO 1951

**Apelación—rebeldía del apelado—notificación de sentencias y autos.**

*El artículo 712 de la LEC previene que la no presentación del apelado en la Audiencia no será obstáculo para que continúe en su rebeldía la tramitación del juicio.*

*En tal caso, si bien las providencias y cuantos emplazamientos deban hacerse al rebelde se notificarán en estrados conforme a lo dispuesto en los artículos 281 y 283 de la LEC, tratándose de autos y sentencias es preciso que se publiquen por edictos y se inserte su parte dispositiva en los periódicos oficiales, a tenor de lo prevenido en el artículo 283 en relación con los 769 y 770 de la LEC.*

## SENTENCIA 30 ENERO 1951

**Nulidad de actuaciones: notificaciones en rebeldía: forma de practicarlas.**

*De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 281 y 283 de la LEC, en relación con los 769 y 770 del propio cuerpo legal, las notificaciones al rebelde, tratándose de autos y sentencias, es preciso que se publiquen por edictos, insertándose, además, la parte dispositiva de aquéllos en los periódicos oficiales, siendo, por tanto, nulas cuantas actuaciones se practicaron a partir del incumplimiento de tales requisitos.*

## SENTENCIA 3 FEBRERO 1951

**Procesal: recurso de casación: sus requisitos: inadmisibilidad de los que no se ajusten a los mismos.**

*La técnica especial de la casación a cuyas normas procesales se ha de acomodar necesariamente la estructura formal de los recursos de esta clase, para que respondiendo a su finalidad puedan ser viables, exige, en el artículo 1.720 de la LEC, y conforme a lo establecido en reiterada*

*jurisprudencia, que en el escrito en que se interponga el recurso por infracción de ley o de doctrina legal, se expresen separadamente sus fundamentos o motivos cuando se halle comprendido en dos o más de los números del art. 1.692, expresándose en cada uno de ellos, con precisión y claridad, el concepto o sentido en que crea el recurrente que los preceptos o doctrina legal que cita como infringidos, lo han sido por el fallo contra el que recurre.*

### SENTENCIA 13 FEBRERO 1951

#### Carga de la prueba—doctrina general.

*Al demandante incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama, o sea, los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos imputativos o los extintivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones en sentido propio.*

#### Carga de la prueba—de la inoficiosidad de legados.

*La reducción de las mandas o legados ordenada en el art. 820 del Código civil se encuentra subordinada a la demostración de su necesidad para que pueda cubrirse íntegramente la legítima, cuestión de hecho cuya prueba incumbe en todo caso al que afirma la inoficiosidad o exceso de aquellas disposiciones y cuya apreciación corresponde a la Sala sentenciadora.*

#### Error de derecho en la apreciación de la prueba—preceptos alegables.

*No lo es el artículo 1.214 del Código civil.*

**ANTECEDENTES.**—La demandante solicitaba la entrega de un legado alternativo de cantidad o de una finca, instituido en testamento ológrafo protocolizado por el padre natural del demandado. Este alegó que al morir el testador no había bienes en su patrimonio, salvo el usufructo de varias fincas, cuya nuda propiedad pertenecía al demandado, y que, por consiguiente, no había realizado actos de aceptación de la herencia, la que había repudiado ante Notario. En ambas instancias se estimó la demanda. Se interpuso recurso de casación.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Ver los Considerandos.

**CONSIDERANDO:** Que en el primer motivo del recurso denuncia el recurrente, al amparo del número 7.º del art. 1.692 de la Ley rituarial civil, el error de hecho sufrido por la Sala de instancia al apreciar la prueba y apoya su argumentación en que estimada como fundamental en el litigio la cuestión relativa a la existencia de bienes en la herencia para satisfacer el legado que reclama la actora, negada tal existencia por el demandado sin que la actora hubiese aportado prueba afirmatoria de la

misma, el Tribunal *a quo*, desentendiéndose de la cuestión, manda en la sentencia satisfacer el importe del legado como si realmente hubiese bienes de donde detraer la cantidad necesaria, sin tener en cuenta, y en esto estriba el error acusado, dos documentos aportados a la prueba por el demandado, que demuestran, a su juicio, cumplidamente la por él alegada inexistencia de bienes hereditarios, documentos que son la certificación del Ayuntamiento de P., que afirma que el caserío de P. fué devastado por los rojos, y el acta de comparecencia del demandante ante Notario, para hacer constar por medio de testigos que carecía de bienes (él y su hijo, nudo propietario que no comparece) para reconstruir la casa de la calle de A. A. de Madrid, dañada por la guerra; pero, de lo expuesto, bien notoriamente se advierte que no se justifica la existencia del error que se imputa a la Sala, porque los tales documentos fueron examinados por la misma, que rechazó expresamente su pretendida eficacia probatoria con razones que no se impugnan en el recurso y, además, tampoco son auténticos a efectos de casación, no solamente porque dada su naturaleza no acreditan por sí mismos la veracidad de su contenido, sino porque al no referirse a todos los bienes del causante, no muestran la evidencia del error atribuido al juzgador al valorarlos, con lo que no puede menos de rechazarse este motivo, por la insuficiencia de su contenido a los fines pretendidos.

CONSIDERANDO: Que examinado el motivo 2.º, amparado en el número 1.º del art. 1.692 de la Ley procesal civil, aparece también como merecedor de desestimación, porque con denuncia de la violación del art. 999 del C. c., impugna el recurrente la declaración de la sentencia de que el demandado aceptó tácitamente la herencia de su padre y, por tanto, como tal heredero se halla obligado a satisfacer el legado contenido en el testamento ológrafo protocolizado de aquél y que la demandante reclama; pero al efectuar esta impugnación se olvida de que la sentencia deduce su declaración de cuatro actos realizados por el demandado, que por no haber sido contradichos por éste han quedado revestidos de la cualidad de probados, y que la valoración de estos elementos probatorios de hecho hubiera debido ser atacada en el recurso por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley rituarial, tendiendo a demostrar, mediante documentos o actos auténticos, que los tales hechos tuvieron una significación y finalidad distinta de la que el juzgador estimó ordenada para fundamentar su apreciación, pero en modo alguno, como el recurrente hace en este motivo, limitarse a expresar su opinión, contraria a la de la Sala, sin otro apoyo que su propio parecer, bajo el amparo del número 1.º del repetido art. 1.692, citado por la Ley procesal, no obstante reconocer de modo expreso en la argumentación del motivo que se trata de cuestiones de hecho, al decir literalmente: "la tesis de hecho del juzgador confirmado por la Audiencia es la que don J. G. V. ha realizado actos como tal heredero, concretando estos actos a cuatro, que son:", y los enumera en apartados separados, habiéndose de concluir que si se trata de hechos y el recurrente no halla otro medio de impugnarlos que exponer su criterio sobre ellos, pretendiendo sustituir en la suya propia la apreciación que de los mismos hizo la sentencia, el motivo no puede prosperar, ni por el

cauce procesal que se utiliza, que es inadecuado, ni por la forma de la impugnación.

CONSIDERANDO: Que el motivo 3.º se formula con la finalidad de denunciar un error de derecho que se atribuye a la sentencia, y por ello se ampara en el número 7.º del citado art. 1.692 de la LEC., y consiste este error, según afirma el recurrente, en la infracción del art. 1.214 del C. c., puesto que al negar el demandado la existencia de bienes en la herencia con los que pudiera pagarse el legado y, en cambio, suponer su existencia la actora, toda vez que reclamaba aquél, debió ésta probar su afirmación y acreditar cuáles fueran y su importe, y la Sala ha infringido el art. 1.214 del C. c. al establecer que la carga de esta prueba correspondía al demandado; mas, aun dejando aparte la causa de inadmisión a tenor del número 4.º del art. 1.729 de la Ley procesal, que produce la omisión del concepto en que ha sido infringido el precepto legal que como tal se cita, expresión que no se consigna en el motivo presente, es notoria la falta de pertinencia del mismo, porque, formulado al amparo, como antes se dice, del número 7.º del art. 1.692 de la Ley ritualaria, era necesario, para que esta vía de impugnación fuese adecuada, que se hubiese incurrido en el error acusado al apreciarse y valorarse por el juzgador alguno o varios de los elementos probatorios, desconociendo o contradiciendo los oportunos preceptos legales que constituyen las normas establecidas por el legislador como directrices del criterio en la valoración de las diferentes especies de pruebas aducidas al pleito, y señalando concretamente, como exige la jurisprudencia para demostrar el error de derecho, el precepto legal referente a la valoración de la pertinente prueba, que haya sido infringido, pero en vez de proceder así el recurrente, sin aludir para nada a prueba alguna determinada de las aportadas al pleito, se refiere solamente en los razonamientos del motivo a la atribución de la carga de la prueba, que en su opinión corresponde a la actora, y como este concepto procesal no puede ser objeto de un motivo de casación por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, *y menos puede tampoco acusarse en este sentido la infracción del art. 1.214 del C. c., que por constituir la rúbrica general de la prueba de las obligaciones no se refiere a la apreciación de la prueba, ni tiende a regular el valor y eficacia de cada elemento probatorio, ni puede, por tanto, ser base de casación con apoyo en el número 7.º*, es vista, como antes se dice, la falta de adecuación del motivo y procede su desestimación.

CONSIDERANDO: Que en el 4.º y último motivo del recurso se plantea la cuestión de la inoficiosidad del legado y su consiguiente reducción, conforme a los pertinentes preceptos del C. c., que como infringidos se señalan, y ha de advertirse, en primer lugar, no obstante lo que el recurrente afirma, que tal cuestión no fué debatida en el pleito porque el demandado, hoy recurrente, aunque en los fundamentos de derecho de la contestación a la demanda citó, entre otros, los arts. 819 y 820 del Código civil, no mantuvo otra posición en los escritos de contestación a la demanda y de réplica, que la de que no existían en la herencia de su padre bienes algunos, y, además, que nada tenía que ver con la dicha herencia, porque lo había repudiado ante Notario, suplicando, en consecuencia, en

ambos escritos fundamentales la absolución en la demanda como pedimento único, sosteniendo tal actitud a lo largo del pleito, en el que ciertamente, por la dicha actitud negativa del demandado, no se había concretado la cuantía de los bienes relictos, resultando de lo expuesto que este aspecto de la discusión es nuevo y, por tanto, debe ser excluido de la casación; pero prescindiendo de esta tacha, que por sí sola hace inoperante el motivo, no es inoportuno examinar el razonamiento del recurrente, que, al tratar de esta cuestión, la encamina a plantear otra que sin duda es la que le interesa, por cuanto al denunciar la violación de los preceptos sustantivos, aludidos antes, lo hace en relación con el art. 1.214, referente a la carga de la prueba que, en efecto, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, puede ser incluido en el ámbito de la casación, concretando su argumentación en que supuesto que, con arreglo a los arts. 817, 818, 819 y 820 del Código civil, las donaciones y los legados inoficiosos han de ser reducidos, debe determinarse a quién corresponde probar la existencia de bienes hereditarios, y probada su existencia, a quién corresponde su valoración, para que pueda procederse a la reducción debida, afirmando que en su opinión esta prueba compete al legatario, y como la Sala lo atribuye al heredero, incurre en las infracciones que denuncia, pero el recurrente olvida en sus razonamientos que en la interpretación de los artículos que se dicen infringidos tiene con reiteración declarado la jurisprudencia que *la reducción de las mandas o legados ordenada en el art. 820 del C. c. se encuentra subordinada a la demostración de su necesidad para que pueda cubrirse íntegramente la legítima, cuestión de hecho cuya prueba incumbe, en todo caso, al que afirma la inoficiosidad o exceso de aquellas disposiciones* (en el caso presente el demandado) *y cuya apreciación corresponde a la Sala sentenciadora*, estimese o no necesaria la reducción y su cuantía, confirmando así el principio general sobre carga de la prueba que también enseña reiteradamente la doctrina de esta Sala, desarrollando la teoría moderna sobre la carga material de la prueba en armonía con la prescripción del art. 1.214 del Código civil, que *al demandante incumbe la prueba de los hechos constitutivos del derecho que reclama, o sea, los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que formen el supuesto de las excepciones en sentido propio*, lo que aplicado al caso presente revela que la actora probó el derecho que reclama con el testamento ológrafo protocolizado por el causante don J. G. V., pero el demandado no probó ninguna de las excepciones que alegaba, y como la Sala dictó la resolución recurrida teniendo presente la doctrina expuesta, es evidente que no cometió las infracciones de que se le acusa, y esto hace ineludible la desestimación del 4.º y último motivo del recurso formulado.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 14 FEBRERO 1951

**Prueba: presunciones.**

*Sólo es impugnabile en casación la apreciación de prueba de presunciones cuando no es cierto el hecho en que se basa la sentencia recurrida o no hay entre éste y el que se trata de deducir el enlace preciso y directo que exige el artículo 1.253 del Código civil.*

**Simulación: causa ilícita disimulada.**

*Para que no puedan declararse inexistentes las ventas, por ser simulada y falsa su causa, con aplicación del artículo 1.276 del Código civil, se requiere que sea lícita la causa subyacente.*

**ANTECEDENTES.**—El actor, hermano de vínculo sencillo de los demandados, solicitó de éstos la devolución al patrimonio de su procedencia, y por fallecimiento de su titular, a la masa común, hoy liquidada de su abintestato, de todos los bienes raíces que fueron por ellos adquiridos en virtud de unas compraventas simuladas.

**MOTIVOS.**—Primero.—Apartado 7.º del art. 1.692 de la LEC, porque el fallo incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba, que demuestra la equivocación evidente del Juzgador, infringiéndose el artículo 1.218 del Código civil.

Segundo.—Números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal, porque el fallo infringe, por violación, los arts. 1.276, 634, 636 y 655 del Código civil, e incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba de presunciones, con infracción de lo que establece el art. 1.253 del propio código.

**CONSIDERANDO:** Que el primer motivo del recurso se funda, para demostrar el error de hecho que acusa en las escrituras públicas de venta de la nuda propiedad de las fincas de los recurrentes, pero es inaceptable, porque el error de hecho sólo puede combatirse con documentos auténticos, eficaces e indiscutibles en el pleito, precisamente, lo que se discute es la realidad de los contratos contenidos en esos documentos y que se pueden hacer fe acerca de la entrega en el acto de unas cantidades de dinero, no pueden acreditar que esa entrega, sea con el carácter de precio y que con ello pase éste definitivamente a poder del vendedor, pues son conceptos contrarios a los apreciados por la Sala sentenciadora, la que, además, no funda su declaración de simulación únicamente en la falta de precio, sino en todas las demás circunstancias que concurren en esas ventas, y en tesis general, la apreciación que hace la Sala de la prueba en conjunto no puede ser destruida con la impugnación de uno sólo de sus elementos de juicio. Y por la misma razón de ser esos contratos de venta los que se discuten en el pleito, no ha cometido la Sala sentenciadora el error de hecho de no darles valor de prueba alguna, con arreglo al art. 1.218 del C. c., como pretende ese mismo motivo.

**CONSIDERANDO:** Que sólo es impugnabile en casación la apreciación de prueba de presunciones que hace la sentencia recurrida, cuando no es



cierto el hecho en que se basa o no hay entre éste y el que se trata de deducir el enlace preciso y directo que exige el art. 1.253 del C. c., lo cual no ocurre en el presente caso, pues el Juzgado "a quo". en sus considerandos 10 a 14, y la Audiencia de V. en el 3.º y 4.º de los suyos, establecen perfectamente tal enlace sobre hechos demostrados.

CONSIDERANDO: Que propugna en su 2.º extremo el mismo segundo motivo de casación que aunque las ventas en cuestión sean inexistentes, por ser simuladas y falsa su causa, con aplicación del art. 1.276 del Código civil, no se les puede declarar nulos, porque están fundados tales contratos en otra causa lícita, como es la liberalidad del enajenante, lo cual los constituye en el fondo en contratos de donación, pero esto no puede estimarse en este caso, análogo al resuelto por la Sentencia de 12 de abril de 1946, porque para ello se requiere que sea lícita la causa subyacente, y en contra de esa licitud alegada, ha afirmado la Sala sentenciadora en su 7.º considerando, que es ilícita la verdadera causa de esas operaciones, porque con ellas se propusieron los contratantes burlar la prohibición de disponer de las legítimas que establecen los arts. 806 a 808 y 813 del repetido código, y así no pueden aplicarse a ellos ese artículo 1.276, sino el 1.275 de ese código y, por esto y lo consignado en el considerando anterior, no puede prosperar tampoco el segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 20 FEBRERO 1951

**Representación procesal—bienes parafernales—litigios sobre bienes gananciales después de fallecida la esposa.**

*El art. 1.383 del C. c. veda al marido litigar sobre bienes parafernales sin intervención o consentimiento de su esposa.*

*El marido no puede pedir la nulidad del contrato de arrendamiento de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales (disuelta por fallecimiento de su esposa antes de darse curso a la demanda), sin que sean llamados o se dé intervención en el pleito a los herederos de la difunta esposa.*

#### SENTENCIA 20 FEBRERO 1951

**Arrendamientos urbanos: artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.**

*La aplicación del art. 133 de la LAU exige tres supuestos: dos, expresos en el precepto, el primero, positivo; abono por el arrendatario de rentas superiores a las que figuran como base de la Contribución Territorial; el segundo, negativo; omisión por el arrendador de declararlas a Hacienda en los plazos establecidos en las leyes fiscales; y el tercero, im-*

*plícito en la consecuencia de su aplicación; vigencia de una obligación de pago de rentas, superior a la base en el momento de la aplicación.*

ANTECEDENTES.—El demandado arrendó al actor la planta baja de un edificio de su propiedad que se hallaba en construcción, estableciéndose en dicho contrato dos rentas: una, de carácter provisional, de 6.500 pesetas mensuales, mientras no fuesen terminadas las obras, y otra, definitiva, de 10.000 pesetas, también al mes, para cuando concluyesen aquéllas y pudiese el arrendatario hacer uso del todo del local objeto del arrendamiento.

MOTIVOS.—Primero.—Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditada por la documental obrante en autos, consistente en el contrato de inquilinato y certificaciones de la Administración de propiedades.

Segundo.—Injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal. Interpretación errónea del art. 133 de la LAU, en relación con el Decreto de 21 de mayo de 1943, y artículo 123 de la misma ley arrendaticia.

CONSIDERANDO: Que la aplicación del art. 133 de la LAU exige tres supuestos: dos expresos en el precepto, el primero positivo: abono por el arrendatario de rentas superiores a las que figuren como base de la Contribución territorial; el segundo, negativo, omisión por el arrendador de declararlas a la Hacienda en los plazos establecidos en las leyes fiscales, y el tercero, implícito en la consecuencia de su aplicación: vigencia de una obligación de pago de rentas superior a la base en el momento de la aplicación, puesto que si esa obligación estuviese ya extinguida por convenio modificativo de la renta superior por otra ajustada a la que sea base contributiva, no podría extinguirse nuevamente por aplicación posterior del precepto legal de que se trata, cuyo efecto, según su disposición, es, únicamente, la novación del contrato en cuanto a la renta, con la consiguiente facultad del arrendatario para limitar el pago de su alquiler a la renta precedente.

CONSIDERANDO: Que cuando tratando de usar de dicha facultad el señor don E. S. G. requirió notarialmente, en 13 de octubre de 1947, a don A. A. M., para que se entendiese novado el contrato, y, en consecuencia, limitada la renta de 120.000 pesetas anuales que le venía pagando desde 1.º de julio anterior, a la de 60.000, ni aquélla era superior, sino igual a la que a la sazón servía de base a la tributación, ni estaba vigente la primera obligación del pago de 6.500 pesetas mensuales, ya sustituida desde 1.º de julio por la de 120.000 pesetas anuales, convenida en el contrato para la ocupación total del local arrendado, con lo que faltaban los supuestos primero y tercero de los estimados en el párrafo anterior, indispensables para la aplicación al caso del art. 133, antes citado, por lo que la sentencia recurrida no ha infringido ni ese artículo ni la doctrina de las sentencias citadas en el recurso que se refieren a casos de percepción de rentas superiores al ser percibidas a las que servían de base a la Contribución sin haberse declarado la diferencia en más dentro del plazo legal.

CONSIDERANDO: Que tampoco ha infringido el 123, que regula el caso de que la Inspección Catastral, de la que resulta renta superior a la que

vijene satisfaciendo el inquilino, se haya hecho durante la vigencia de la renta, en que comenzó a regir y pagarse renta igual a la antes asignada por la Inspección, que es el de autos.

CONSIDERANDO: Que, en efecto, en un párrafo de la sentencia impugnada se ha incurrido en error, al afirmar que la primera renta pactada como contraprestación del uso de parte del local, hasta su total ocupación por el arrendatario, mediante el pago de nueva renta, fué la de pesetas 5.000 mensuales, cuando en realidad, como prueba el contrato, era de 6.500, pero como ésta ya estaba novada por el mismo convenio, al entrar el arrendatario en 1.º de julio en el uso de todo el local, tal error, conforme a lo expuesto, carece de trascendencia para el fallo, que es contra el que se da el recurso, y así, no puede éste estimarse por ninguna de las dos causas alegadas al efecto.

FALLO.—No ha lugar.

### SENTENCIA 23 FEBRERO 1951

#### Discrepancia entre la voluntad interna y la declarada—nulidad del contrato. Negocio fiduciario y negocio simulado—diferencias.

*No puede deducirse—como declaró la Sentencia de 25 de mayo de 1944—del art. 1.261 del C. c. y preceptos concordantes, que cualquiera falta de adecuación entre la voluntad interna y la declarada, o bien cualquiera incongruencia entre la causa expresa y la causa verdadera de la operación, o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica perseguida, hayan de producir la ineficacia del negocio jurídico, de lo que se sigue que, aparte de otras diferencias, no cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, ya que el primero es un negocio simple que se realiza para producir apariencia o engaño, mientras que el segundo es complejo y está formado por dos diversos—el de transmisión y el de garantía—, realizando una combinación de figuras que no obsta a su validez, salvo fraude, dado lo dispuesto en el art. 1.276 del Código civil para el caso de existencia de causa encubierta verdadera y lícita.*

#### Buena fe del tercer adquirente.

*Constituye su existencia una presunción iuris tantum a su favor, según reiterada jurisprudencia.*

ANTECEDENTES—A. T. A. vendió a M. S. dos fincas, por escritura pública, y en documento privado, otorgado el mismo día de la venta, reconocen los contratantes que se trata de un negocio jurídico cuya finalidad es asegurar el pago del saldo que resulte de las relaciones comerciales que R. A. A., madre de A. T. A., sostenía con M. S. y que, efectuado el pago, podría A. T. A. pedir la resolución del citado contrato. Reclamado el pago, ingresó R. A. A. la cantidad en un Banco, en la cuenta de M. S., pero después de pasado largo tiempo desde la reclamación. Entretanto, M. S., había enajenado la finca a B. y M. Doña A. T. A., estimando inexistente el contrato de venta, por simulación, y fraudulentas las ena-

jenaciones verificadas por M. S., solicita del Juzgado estas declaraciones: la devolución de las fincas (que se hallaban en posesión de B. y M., los cuales habían pedido la posesión judicial de las mismas) y que se tenga por extinguida la fianza prestada, por haberse verificado el pago.

CONSIDERANDO: Que el 1.º de los motivos del recurso acusa la infracción en el fallo del art. 1.261 del Código civil, sosteniendo que es simulado el contrato de compraventa otorgado por la recurrente con M. S., y añadiendo que la nulidad de dicho contrato aparece del documento privado suscrito por ambos contratantes el mismo día de su otorgamiento, argumentación frente a la cual procede recordar que, como declaró la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 1944, no puede deducirse del art. 1.261 y preceptos concordantes del Código civil, que cualquiera falta de adecuación entre la voluntad interna y la declarada, o bien cualquiera incongruencia entre la causa expresa y la causa verdadera de la operación o, en general, entre la estructura jurídica y la finalidad económica perseguida, hayan de producir la ineficacia del negocio jurídico, doctrina la indicada de la que se sigue que no cabe confundir el negocio simulado con el fiduciario, porque, aparte otras notas diferenciales, el primero es un negocio simple y se realiza para producir una apariencia o un engaño, mientras que el segundo reviste una forma compleja y está integrado por dos diversos: uno, de transmisión, y otro, de garantía, significando una diferencia entre el fin económico propuesto y el medio jurídico utilizado para conseguirlo, que aunque se transfiere la plena titularidad de un derecho, el adquirente se obliga a volver a transmitirlo al enajenante o a un tercero, una vez conseguido aquel fin económico, realizando una combinación de figuras jurídicas que—salvo caso de probarse la existencia de fraude—no obsta a su validez, ya que al establecer el art. 1.276 del Código civil el principio de nulidad de los contratos, en los que se hace expresión de una causa falsa, exceptúa el supuesto de que estén fundados en otra verdadera y lícita.

CONSIDERANDO: Que en el caso del presente litigio existen un contrato de venta de dos fincas—como consta en la escritura otorgada el día 23 de noviembre de 1935 por la recurrente a favor de M. S.—y una declaración consignada en documento privado de la misma fecha por la que el adquirente contrae una obligación personal haciendo constar que las mencionadas fincas quedan afectas al pago de las cantidades que le sean debidas por doña R. A. A. hasta el momento en que la deuda de ésta se halle saldada totalmente y subordinando la resolución del contrato de venta otorgado mediante la escritura pública al hecho de que la deudora pague las cantidades una vez requerida al efecto, extremo de los cuales aparece que el fin de la operación fué garantizar el abono de aquellas cantidades, quedando obligado el acreedor a devolver la propiedad de las fincas si se le satisfacía el importe de la deuda, siguiéndose como consecuencia de lo expuesto que en el caso controvertido existió un negocio fiduciario y que no cabe apreciar la acusada nulidad por simulación, ni por tanto entender que la sentencia infringe el art. 1.261 del Código civil, sin que, por otra parte, huelgue advertir que en ningún momento del litigio ha sido impugnada por usuraria la operación.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de los invocados denuncia la violación en la sentencia del art. 609 del Código civil, porque, según la recurrente, M. S. declaró en el documento privado que no había celebrado el contrato de compraventa de las repetidas fincas ni adquirido la propiedad de las mismas, lo cual impedía que pudiese él venderlas válidamente a los codemandados M. y B., máxime teniendo en cuenta que no medió la tradición de aquéllas, pero tales alegaciones comienzan a partir de una base de hecho inexacta al atribuir a M. S. la declaración de no haber celebrado el contrato de compraventa, pues lo que dicho litigante declaró en el documento privado fué que se obligaba a la resolución del contrato si era atendido su requerimiento de pago, y claro es *que celebrado el repetido contrato a medio de escritura pública, y habiéndose inscrito ésta en el Registro de la Propiedad, no puede menos de entenderse que el adquirente quedó investido de la posesión civilísima de los inmuebles comprados, dado el texto de los arts. 1.462 del Código civil y 41 de la Ley Hipotecaria de 1909—vigente ésta en la fecha de la inscripción del documento—, y que habiéndolos enajenado a su vez por otra escritura pública, igualmente inscrita, a los demandados señores M. y B., dicha posesión se transfirió a éstos, aun admitiendo como cierto que al iniciarse el litigio no se hallasen en la tenencia material de los predios como el indicado motivo sostiene.*

CONSIDERANDO: Que según declara la sentencia de instancia, ni la recurrente pagó las cantidades debidas a su acreedor, a pesar del requerimiento de éste ni reportó al mismo ningún beneficio el abono hecho por la deudora en la Sucursal del Banco E. de C., de Hellín, declaraciones las indicadas que no se impugnan en el recurso por la vía señalada en el número 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal, y al quedar en pie estas fundamentales declaraciones se impone la desestimación del motivo 3.º del recurso, porque falta la base de hecho indispensable para estimar como dicho motivo pretende que el fallo infringe el art. 1.162 del Código civil, a cuyo tenor el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación o a otra autorizada para recibirla en su nombre, y resulta, por tanto, innecesario entrar a examinar el alcance de la Ley de 7 de octubre de 1939 con relación al pago que la recurrente afirma haber realizado, porque, como indicado queda, no sólo niega la sentencia que se haya hecho al acreedor, sino también que se hubiese convertido en utilidad del mismo.

CONSIDERANDO: Que el cuarto motivo del recurso denuncia la infracción en el fallo de la doctrina de esta Sala, según la cual sólo gozan de la garantía del Registro de la Propiedad los terceros que desconocen las causas de nulidad o el fraude, y afirmado por la recurrente en instancia que los demandados B. y M. confabulados con M. S. simulaban adquirir de éste las fincas procedentes de aquélla, sostiene el indicado motivo que dichos adquirentes no tienen el concepto de terceros a efectos de la protección del Registro, pero declarado en la sentencia que aun llegando a admitir que el enajenante M. S. hubiese procedido con fraude, no existe prueba acreditativa de la complicidad de aquellos adquirentes, aparece manifiesto que no impugnada esta declaración de hecho por el cauce se-

ñalado con el número 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal, el indicado motivo no puede prosperar, *porque la existencia de la buena fe de los terceros adquirentes constituye una presunción juris tantum a su favor, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala*, y a tal presunción es preciso atenerse mientras no sea destruida por prueba en contrario.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 24 FEBRERO 1951

Arrendamiento de industria (1).

Casación por infracción de ley—interpretación errónea de contratos: requisitos del recurso.

*Es preciso impugnar de modo adecuado la interpretación que el Juzgador ha dado al contrato de arrendamiento objeto del pleito, no bastando que el recurrente pretenda hacer valer su criterio opuesto al más autorizado del Juzgador.*

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—(Véanse los Considerandos.)

CONSIDERANDO: Que ante la discrepancia fundamental de este litigio entre la opinión del arrendatario, que sostiene que lo arrendado fueron simplemente unos locales de negocio y, en su consecuencia, se halla amparado el contrato por los preceptos de la LAU, y la posición del arrendador, que alega que el objeto del contrato fué una explotación industrial, con lo que, a tenor del art. 4.º de la citada ley especial, son las normas de la legislación civil común las que han de aplicarse al caso debatido, el Juzgador de Instancia ha declarado su criterio conforme con esta última tesis, sirviéndose para deducirle del examen objetivo del contenido del contrato y de otros elementos de prueba, singularmente de la de reconocimiento judicial, que para mejor proveer se acordó y realizó en primera instancia, y con las afirmaciones de hecho de que está probado que la voluntad de las partes fué arrendar una granja y de que los elementos (incubadoras, ponederos, gallineros, conejeras, pocilgas y cuadras), que además de una edificación y el terreno, se entregaron en arrendamiento, componían en conjunto la unidad patrimonial a que alude el art. 4.º de la ley especial de arrendamientos urbanos para excluir de su aplicación los arrendamientos de industria, el Tribunal "a quo" dictó la sentencia recurrida, confirmatoria de la apelada, acordando el desahucio solicitado por expiración del término convencional, conforme a lo prevenido en el art. 1.569 del C. c. en su número primero.

CONSIDERANDO: Que contra esta resolución formula el recurrente el

(1) La sentencia no contiene al respecto doctrina alguna que se pueda generalizar.

único motivo del recurso, al amparo del número 1.º del art. 1.692 de la Ley procesal, denunciando la interpretación errónea e indebida aplicación de los citados preceptos (art. 4.º de la LAU y número 1.º del 1.569 del C. c.), y la violación de los arts. 1.º y 5.º de la dicha ley especial, pero en lugar de impugnar de modo adecuado la interpretación que el Juzgador ha dado al contrato de arrendamiento objeto del pleito o atacar por el cauce específico las afirmaciones de hecho deducidas del examen de la prueba que, tanto aquélla como éstas, sirven de base a la sentencia recurrida, se limita a repetir las mismas alegaciones con que contestó la demanda, pretendiendo hacer valer su criterio opuesto al más autorizado del Juzgador, con lo que notoriamente se advierte la insuficiencia de los medios empleados para justificar las infracciones que se alegan y se hace ineludible la desestimación del único motivo que sustenta el recurso formulado.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 24 FEBRERO 1951

##### Actos nulos—aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

*El artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Disposición transitoria primera de la misma no son aplicables a las cláusulas arrendaticias que por haberse estipulado en contra de lo dispuesto en la ley vigente en el momento de su convenio son nulas "ab initio".*

*La derogación del artículo 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no puede producir el efecto ni de privar de validez a los actos que fueren realizados de conformidad con tales disposiciones ni otorgar eficacia a los que se realizaron oponiéndose a preceptos expresos de las mismas.*

##### Renuncia de derechos—ley posterior.

*La renuncia de los derechos no puede referirse más que a los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos en la legislación posterior con carácter sustancialmente diferente y bajo formas de ejercicio también distintas, como ocurre con el derecho de traspaso de locales de negocio antes y después de la promulgación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

#### SENTENCIA 1 MARZO 1951

##### Usufructo—inventario (1)—constitución de fianza: momento para exigirla.

*La fianza puede exigirse en cualquier momento después de constituido el usufructo, sin más límite de tiempo que el de la prescripción.*

(1). Véanse los Considerandos.

**Representación procesal—requisitos del poder:** cuando el poderdante actúa por cuenta ajena.

*El poder otorgado al Procurador por quien tiene la representación legal de los demandantes es suficiente, aunque se confiera en nombre propio y no en el de los representados, siempre que se haga expresa y clara manifestación de la representación en cuya virtud se actúa.*

**Casación por infracción de ley—incongruencia:** consecuencias naturales de la condena principal.

*No se condena a cosa distinta de la pedida en la demanda cuando se condena a una consecuencia natural de la condena principal.*

**Casación por infracción de ley—documento público:** error en su valoración: cauce para discutirlo.

*Un error en la estimación del valor jurídico del documento no puede traerse a casación por el cauce del número primero del art. 1.692 de la LEC.*

**ANTECEDENTES.**—El propietario de una finca rústica vendió el derecho de usufructo de la misma a un matrimonio por el precio de pesetas 18.000, con obligación de los usufructuarios de entregar anualmente la suma de 5.000 pesetas para sufragios por el alma del enajenante y de sus próximos familiares. El derecho de usufructo quedaría constituido desde el momento de la muerte del propietario y duraría durante toda la vida de los usufructuarios.

El propietario falleció bajo testamento en el que instituía legatarios de la nuda propiedad de la finca a unos hermanos menores de edad. Cuatro años más tarde, el padre y representante legal de éstos demandó a los usufructuarios, exigiéndoles la formación de inventario, la constitución de fianza y el depósito de una cantidad equivalente a los daños que habían hecho experimentar a la finca. Los demandados se opusieron, alegando, en el orden procesal, que el Procurador de la parte actora no tenía representación bastante, por haberle sido conferido poder para actuar en nombre del representante legal de los nudos propietarios, pero no en nombre de éstos; en el orden sustantivo, afirmaban que la no exigencia de fianza antes de la constitución del usufructo, conforme al art. 491 del C. c., equivale a la renuncia a la misma, y que la formación de inventario era innecesaria por hallarse descrita la finca en la escritura de compraventa del derecho de usufructo.

Acogida la demanda en ambas instancias, los usufructuarios recurren en casación.

**MOTIVOS.**—Primero.—Violación del art. 164 del Reglamento Notarial, porque en el poder otorgado al procurador no se expresa que se confiere en nombre de otros. (Véase también este motivo en el considerando primero.)

Segundo a cuarto.—Véanse los considerandos, donde se recogen.

**CONSIDERANDO:** Que no puede estimarse, como pretende el primer motivo del recurso, que la Sala sentenciadora ha cometido una infracción



de Ley en el fondo porque el poder del Procurador de los actores no se haya ajustado a determinado artículo del Reglamento Notarial, porque aun en el caso de que el hecho sea exacto y que fuera preciso atenerse a esa norma, la infracción estaría sometida al otorgarse la escritura y no al sentenciar el Tribunal, a quien únicamente se le podría atribuir un error en la estimación del valor jurídico del documento que no puede traerse a casación por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la LEC, y tampoco pueden estimarse infringidos los artículos 1.712, 1.714, 1.256 del C. c., porque no guardan relación con la supuesta violación de estimarse suficiente el poder mencionado, ni menos aún el 1.259 del mismo Código, pues ese poder no está otorgado a nombre de personas distintas de los otorgantes, sino en el suyo propio, y según tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, los poderes en tal forma son suficientes para que los Procuradores así apoderados ejerciten todos los derechos de los poderdantes, lo mismo los propios y privativos de ellos que los que les corresponda ejercitar en virtud de una cualidad o representación que legal y forzosamente tengan, si bien en estos últimos supuestos deban hacer expresa y clara manifestación de la representación en cuya virtud obran, requisito plenamente cumplido en el caso actual de la demanda.

CONSIDERANDO: Que no hay razón legal que abone la teoría del motivo segundo del recurso de que el no haber exigido los nudos propietarios o sus representantes legales la constitución de fianza en el momento que dispone el artículo 491 del C. c. constituye una renuncia a tal derecho de garantía, pues eso está en contradicción con los demás artículos que cita ese mismo motivo, en los que se establecen derechos que no pueden ser rígorosamente coetáneos con los que establece ese artículo y con la institución de la prescripción, que admite que puedan ejercitarse los derechos en plazos más o menos largos, y con arreglo a esto reconoció la Sentencia de este Tribunal de 5 de febrero de 1900 que la exigencia de fianza con arreglo a los artículos 491 a 494 del C. c., no tiene en cuanto al tiempo otro límite que el de la prescripción, en contra de la interpretación que da el recurrente a tan clara doctrina.

CONSIDERANDO: Que sin entrar a examinar si en términos generales o en otros casos puede ser necesaria la formalización del inventario además del título en que se constituye el usufructo y con independencia de él, en la ocasión presente no puede estimarse cumplido este requisito, como propugna el motivo tercero, con la escritura de constitución por compra del usufructo, y es indispensable hacer tal inventario, aunque sólo sea por el hecho de que aquella escritura se otorgó en 14 de mayo de 1941 para que naciera ese derecho a la muerte del vendedor, que no tuvo lugar hasta el día 16 de diciembre de 1941, en cuyo lapso de tiempo hay que admitir lógicamente que pudo haber alguna alteración en el arbolado o edificaciones de la finca.

CONSIDERANDO: Que ese mismo motivo tercero del recurso comete el error de atribuir a la sentencia recurrida que exige una determinada forma de hacer el inventario, lo que es inexacto, pues aquella, sin aceptar totalmente la petición de la demanda de que se condene a otorgar

*escritura de descripción de la finca con las menciones necesarias, condena a llevarlo a cabo sin imponer forma extrínseca para ello, y por esto y lo consignado en el considerando anterior, es improcedente ese motivo tercero y también el cuarto, ya que como queda dicho, no se condena a cosa distinta de la pedida en la demanda, único caso en que puede existir el vicio de incongruencia, y si bien se dispone que para hacer el inventario se cite a los propietarios, lo que no se solicita expresamente por los actores, esto es precepto inexcusable del citado artículo 491 del C. c., y al disponer esto el fallo como consecuencia natural de la condena principal, no incurre en la incongruencia que pretende ese motivo cuarto, según reiterada jurisprudencia.*

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 2 MARZO 1951

**Arrendamiento de industria teatral sometido a la LAU—excepción a la prórroga: por necesidad del arrendador—privilegio de las entidades de Derecho público de no justificar la necesidad: ámbito de aplicación.**

*El privilegio que concede el art. 100 de la LAU, a las entidades de Derecho público ha de aplicarse por analogía cuando lo arrendado sea una industria.*

*Tal privilegio, sin embargo, no ha de extenderse al caso de que la entidad desee proseguir por sí la explotación del negocio, siendo preciso que el propósito que exprese sea el de utilizar los locales para sus servicios u oficinas.*

**Recurso de injusticia notoria: por infracción de precepto legal—interpretación de contratos: cauce de impugnación.**

*El error de los Tribunales de instancia acerca de la naturaleza de un contrato ha de ser combatido al amparo de la causa 3.ª del artículo 175 de la LAU, con invocación de los artículos del C. c. referentes a la interpretación de los contratos.*

*El recurso por error de hecho procedería si el Tribunal negara la existencia de las cláusulas cuya interpretación se discute.*

**Costas en los juicios arrendaticios urbanos: vencimiento.**

*Conforme al art. 175 de la LAU, es preceptiva la imposición de costas al demandante en primera instancia cuando se desechen todas sus pretensiones, y al revocarse la sentencia del Juez estimatoria de la demanda, era obligatorio para la Audiencia imponer al demandante las costas de la primera instancia.*

ANTECEDENTES.—El Ayuntamiento de Toledo, arrendador de una industria teatral, se opone a la prórroga obligatoria del contrato, deseando ejercer por sí la industria. Triunfa en primera instancia, pero el fallo es revocado por la Audiencia. Recurso por injusticia notoria ante el Tribunal Supremo.

CONSIDERANDO: Que sobre la base de hecho no atacada eficazmente en la sentencia de instancia de que el arrendamiento del teatro en cuestión es un arrendamiento de industria y no sólo de local de negocio, y de que dicho arrendamiento disfruta en principio de la prórroga forzosa conforme al artículo sexto de la LAU, por llevar a la publicación de dicha ley dos años de duración, las únicas cuestiones que deben ser resueltas en el presente pleito se reducen a determinar: 1.º Si el artículo 100 de la expresada disposición, según el cual cuando el Municipio desee ocupar sus propias fincas para establecer sus oficinas o servicios no vendrá obligado a justificar la necesidad que de ellos tenga, es aplicable también al caso de arrendamiento de industria, y 2.º Si en caso afirmativo es suficiente para resolver el contrato de arrendamiento la intención de la entidad actora de utilizar por sí la industria existente que es la razón expresada en el preaviso dado al arrendatario para desalojarlo.

CONSIDERANDO: Que respecto del primer extremo, aun cuando el artículo 100 al eximir a las entidades a que se refiere de la obligación de justificar la necesidad cuando deseen ocupar sus propias fincas menciona únicamente las viviendas y locales de negocio, pero no habla concretamente de que lo arrendado sea una industria, es evidente que también en este caso se hallan eximidas de la citada obligación, porque existe la misma razón de derecho en uno y en otro caso determinante de e a situación privilegiada, nacida de la obligada prioridad del interés público sobre el interés privado y porque, además, en todo caso se trataría de un vacío de la ley, que habría de llenarse empleando la analogía según establece el artículo 13 de la misma y es notoria la paridad de uno y otro caso.

CONSIDERANDO: Que respecto de la segunda de dichas cuestiones, es indudable que no puede darse mayor extensión al privilegio otorgado por el mencionado artículo a las Corporaciones de Derecho público que el expresamente determinado en la ley y, por lo tanto, será suficiente que exprese con la debida concreción su propósito de utilizar sus propios inmuebles para situar en él sus oficinas o servicios; pero, como en el caso presente no es esto lo pretendido por el Ayuntamiento de Toledo, sino proseguir la explotación del negocio de teatro que viene desarrollando el arrendatario, no es posible acceder a su demanda, porque la causa que se invoca para el cese de la prórroga legal no es asimilable a ninguno de dichos casos, aun teniendo en cuenta la amplia enumeración de fines municipales contenida en el artículo 102 de la Ley Municipal de 1935, porque, aun en la hipótesis de que la explotación de un local de espectáculos públicos pudiera considerarse como servicio municipal, sería preciso llegar para ello a la previa municipalización del servicio por los trámites establecidos en la expresada ley.

CONSIDERANDO: Que por ello procede la desestimación del primer motivo, en que se alega la inaplicación indebida de los artículos sexto y 100 de la LAU, por los razonamientos arriba expuestos, en el sentido de no pretenderse la ocupación del teatro para la instalación de oficinas o servicios municipales, que es lo único que justificaría la exención de la obligación de probar la necesidad por parte del propietario.

FALLO.—No ha lugar.

### SENTENCIA 3 MARZO 1951

**Arrendamientos urbanos: legislación derogada—carácter del Decreto de 21 de enero de 1936—desahucio de local de negocio: por subarriendo no consentido.**

*Según su art. 1.º, el Decreto de 21 de enero de 1936 sobre el arrendamiento de locales destinados al ejercicio del comercio o de la industria tenía carácter aclaratorio de la legislación de alquileres entonces vigente, y aunque el art. 5.º no incluía entre las causas de desahucio el subarriendo sin consentimiento del dueño de la finca, era aplicable el artículo 5.º, apartado d), del Decreto de 29 de diciembre de 1931, que así lo disponía.*

**Recurso de injusticia notoria: por error en la apreciación de la prueba—requisitos.**

*Para que proceda la causa 4.ª del art. 173 de la LAU debe citarse el documento o informe pericial en que se acredite el manifiesto error en la apreciación de la prueba.*

### SENTENCIA 3 MARZO 1951

**Carácter del Decreto de 29 de enero de 1936—subsistencia de las excepciones a la prórroga forzosa de arrendamientos.**

*El Decreto de 29 de enero de 1936 tenía un carácter aclaratorio respecto a la legislación de alquileres entonces vigente, y como tal legislación se hallaba contenida fundamentalmente en el Decreto de 29 de diciembre de 1931, que comprendía entre las excepciones a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamientos de fincas urbanas el caso de que el arrendatario de una vivienda o local de negocio lo subarrendara total o parcialmente sin permiso del arrendador, hay que concluir que tal causa quedó subsistente después del Decreto de 1936, al no ser derogada por él y en su virtud el hecho de haber subarrendado el local sin consentimiento del arrendador determina la resolución del contrato de arrendamiento, aunque en el mismo contrato no se hubiera prohibido*

*dicho subarriendo, porque el artículo 1.550 del Código civil, que autoriza el subarriendo cuando no se ha prohibido expresamente en el contrato, no era de aplicación en la fecha en que el contrato aludido se celebró, como no lo es ahora.*

#### SENTENCIA 5 MARZO 1951

##### Recurso de casación—causas de inadmisión.

*Lo son también de desestimación, según constante jurisprudencia.*

##### Apreciación de la prueba testifical—tacha del testigo.

*Se aprecia libremente por el juzgador, con arreglo a las reglas de sana crítica, y sin que dicha apreciación quede subordinada a la circunstancia de que el testigo haya sido o no tachado.*

#### SENTENCIA 6 MARZO 1951

##### Contrato a favor de tercero—parte contratante.

*Existe la posibilidad, valorable jurídicamente, de que no figurando una parte como contratante, haya intervenido en la formación del contrato.*

*No existe contrato a favor de tercero cuando entre el pretendido tercero y una parte media un acuerdo constitutivo de vínculo contractual de obligatorio acatamiento.*

##### Interpretación de contrato.

*No se puede tachar de errónea la interpretación de una escritura hecha por la Sala de instancia cuando los términos literales de la misma expresamente coinciden con la apreciación del juzgador.*

##### Casación por infracción de ley—apreciación conjunta de pruebas—valoración de prueba testifical—cuestiones nuevas.

*No es lícito en casación desarticular la prueba apreciada en la instancia acogiendo a alguno de sus elementos y prescindiendo de todos los demás.*

*Los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento civil son más bien admonitivos que preceptivos en punto a valoración de la prueba testifical y no ofrecen materia de casación.*

*Es cuestión nueva aquella que, no obstante estar aludida en la sentencia recurrida, no consta en el apuntamiento que haya sido planteada durante el periodo oportuno del pleito.*

ANTECEDENTES.—(Véase el primer considerando.)

MOTIVOS.—1.º Fundado en los artículos 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por violación de los artículos 1.214 y 1.218 del civil; inaplicación del párrafo segundo de este último; violación del artículo 598 de la L. E. C.; inaplicación de los artículos 1.281, 1.282, 1.283, 1.284 y 1.288 del C. c. y error de derecho en la apreciación de la prueba documental pública.

2.º Fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

3.º Infracción, por inaplicación, del artículo 1.257, párrafo primero, del C. c.

4.º Fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por aplicación indebida del artículo 1.257, párrafo segundo, del C. c. y error de derecho en la apreciación de la prueba documental pública.

5.º Inaplicación del artículo 1.137 del C. c.

6.º Fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por error de derecho en la apreciación de la prueba testifical practicada en el procedimiento y violación de los arts. 1.214 y 1.246 del C. c., 659 de la L. E. C. y reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testifical.

CONSIDERANDO: Que por apreciación de las pruebas documental, confesión y testifical, la Sala sentenciadora estimó que al ser arrendada la mina "S. G.", el 2 de octubre de 1943, al demandado señor R., se obligó éste a pagar todos los impuestos que gravasen la propiedad y el arrendamiento de la mina a partir del 5 de abril anterior, recibiendo en compensación de este deber, de efectos retroactivos, la suma de 200.000 pesetas, que en concepto de garantía del mismo deber habían constituido el actor y su consocio, arrendatarios de la mina desde el 5 de abril hasta que hicieron entrega de ella al nuevo arrendatario señor R. en perfecta marcha de explotación y sin solución de continuidad, y frente a esta posición *de facto* de la sentencia recurrida denuncian errores de hecho y de derecho los motivos primero, segundo, cuarto y sexto, tendentes a demostrar: Primero, que el demandado y recurrente se comprometió a pagar los impuestos que fueran de cargo del arrendador-propietario de la mina, pero no los que fueran de cargo de los arrendatarios; y segundo, que la mina no fué entregada en perfecta marcha y sin solución de continuidad por los antiguos arrendatarios al recurrente, sino que éste recibió la mina directamente del arrendador-propietario.

CONSIDERANDO: Que como fundamento de los errores de hecho y de derecho denunciados, el recurrente se atiene exclusivamente a los términos de la escritura de arrendamiento concertada entre él y el propietario de la mina; pero no se impugnan las restantes pruebas documental, de confesión y testifical que conjuntamente aprecia la Sala sentenciadora, y *no es lícito en casación desarticular la prueba apreciada en la instancia, acogiéndose a alguno de sus elementos y prescindiendo de todos los demás*, sin que, por otra parte, la escritura pública invocada descarte la posibilidad de que los antiguos arrendatarios, a pesar de no figurar como contratantes en el último arriendo, hayan intervenido en su formación entregando la mina en perfecta marcha y la suma de

*doscientas mil pesetas al nuevo arrendatario como compensación de la responsabilidad por impuestos que ésta asumía, según resulta de las restantes pruebas practicadas, al menos por lógica deducción de los hechos que por ellas se acreditan.*

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso denuncia también la errónea interpretación dada por el juzgador de instancia a la escritura en que se pactó la obligación de pago de impuestos a cargo del arrendatario, pretendiendo el recurrente que la obligación que se reducida al pago de impuestos que graven la propiedad de la mina, pero no los que afecten al arrendamiento de la misma, a los que extendió el fallo recurrido la obligación contraída por el nuevo arrendatario; pero *la impugnación del fallo en este aspecto no puede prosperar porque los términos literales de la escritura aluden expresamente a toda clase de impuestos que recaigan tanto sobre la propiedad como sobre el arrendamiento de la mina.*

CONSIDERANDO: Que los hechos procesales, tal como se estiman probados en la sentencia recurrida y se recogen sintéticamente en el primer considerando de esta resolución, ponen de manifiesto que entre los antiguos arrendatarios y el recurrente medió el acuerdo de transferir aquéllos a éste la obligación de pagar los impuestos sobre la mina a partir del 5 de abril hasta el 30 de septiembre de 1943, con la contraprestación de entrega de la mina y de doscientas mil pesetas, lo que jurídicamente conduce a la apreciación de un vínculo contractual de obligatorio acatamiento, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.257 y 1.258 del Código civil, acertadamente citados por la Sala sentenciadora como fundamento por sí solo suficiente para mantener el fallo recurrido, sin necesidad de encauzamiento jurídico de los hechos probados como constitutivos además y en algún aspecto de la estipulación en favor de tercero, a que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 1.257 del Código civil, por lo que tampoco se aprécia la infracción de este precepto legal, denunciado en los motivos tercero y cuarto del recurso.

CONSIDERANDO: Que *el quinto motivo plantea una cuestión nueva en casación sobre concurrencia de titulares de la acción ejercitada en forma mancomunada, ya que, no obstante aludir a esta cuestión la sentencia recurrida, no consta en el apuntamiento que haya sido planteado durante el período oportuno del pleito, y en consecuencia es desestimable el motivo por causa de inadmisibilidad comprendida en el artículo 1.729. número quinto, de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

CONSIDERANDO: Que tampoco es viable el sexto y último de los motivos del recurso, porque *los artículos 1.248 del Código civil y 659 de la Ley procesal, que se citan como infringidos, son más bien admonitivos que preceptivos en punto a valoración de la prueba testifical y no ofrecen materia de casación, según reiterada doctrina jurisprudencial.*

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 8 MARZO 1951

**Obligaciones—incumplimiento: diferencia de la simple demora.**

*Requerido el reo, por providencia dictada en período de ejecución de sentencia, para que en el plazo de tres meses entregara al demandante el resto de la maquinaria contratada, entendiéndose que de no hacerlo así optaba por la indemnización de daños y perjuicios con arreglo a los artículos 924 y ss. de la LEC, se desprende que al no tener lugar dicha entrega en el plazo mencionado, existe verdadero incumplimiento de la obligación, y no retraso o demora.*

**Casación por infracción de ley—error en la apreciación de la prueba: especificación de si el error alegado es de hecho o de derecho—error de hecho: alegación del documento auténtico que lo acredite—error de derecho: alegación del precepto sobre valoración de la prueba infringido.**

*El motivo fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC no puede estimarse, toda vez que no se aduce documento auténtico ni precepto legal relativo a la valoración de la prueba, ni se expresa tampoco si se denuncia error de hecho o de derecho.*

**Casación: contra resoluciones de las Audiencias en período de ejecución de sentencia—causas de recurso reconocidas: carácter taxativo.**

*Fuera de los casos señalados en el artículo 1.695 de la LEC, no hay lugar a recurso de casación.*

## SENTENCIA 8 MARZO 1951

**Enriquecimiento injusto.**

*No merece la calificación de enriquecimiento ilícito el beneficio que a un litigante produzca la desestimación de la demanda contra él deducida.*

**Juicio de desahucio—reclamación de daños y perjuicios.**

*El respeto que se ha de otorgar al fallo firme por el que el recurrente fué desahuciado del local de negocio de que hace referencia en la demanda, no obsta para que en el juicio declarativo pueda usar de su derecho a reclamar los daños y perjuicios que de su lanzamiento se le hubieren seguido.*



**Cosa juzgada.**

*Es efecto principal de la necesaria inmutabilidad de las sentencias firmes el de que sobre lo en ellas resuelto no cabe posterior discusión si no han sido dictadas en alguno de los juicios para los que después de terminados autoriza la Ley procesal la promoción de otro más amplio con la misma finalidad, sin que fuera de estos casos excepcionales pueda crearse de nuevo a vía contenciosa lo definitivamente juzgado, impugnando la virtualidad y eficacia de la sentencia en la que lo fué, por medio distinto del extraordinario recurso de revisión que concede y regula la Ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 1.796 y siguientes.*

*No pudiendo extenderse la excepción de cosa juzgada a peticiones distintas de las que fueron sometidas a la sentencia que la ha de producir, la Sala de instancia incide en infracción del artículo 1.252 del Código civil, al acoger la expresada excepción con efecto absolutorio del pedimento formulado en la demanda.*

**Recurso de casación por infracción de ley—incongruencia—falta de cita de precepto infringido. \***

*Es desestimable el motivo que, hallándose fundado en los números segundo y tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no hace en él cita de su artículo 359, que es el precepto sustantivo cuya infracción, si fuese denunciada, puede dar lugar al recurso al amparo de aquellos números.*

**SENTENCIA 8 MARZO 1951****Contrato de seguro—nulidad por conocimiento del daño.**

*La nulidad del contrato que establece el art. 1.797 en relación con el 1.791 del C. c. se refiere al momento de perfeccionarse el contrato de seguro, cuando recae la voluntad de las partes sobre el riesgo futuro que aseguran o cuando puede hacerse la denuncia para la continuación del contrato, pero nunca cuando se va a hacer el pago de la prima.*

**Recurso de casación por infracción de ley—interpretación de contratos.**

*El Tribunal de casación debe aceptar la interpretación de los contratos dada por el de instancia, a menos que se acredite su clara equivocación.*

**Recurso de casación por infracción de ley—valor del auto de procesamiento como documento auténtico.**

*El auto de procesamiento, aun siendo un documento público, no puede en casación tener el efecto que requiere el núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil al no acreditar ningún suceso, pues es ún-*

*camente una apreciación que hace el Tribunal con carácter provisional y meramente procesal sobre unos indicios que la Ley no exige que constituyan prueba completa y a efectos muy distintos de los que se persiguen en un litigio civil.*

ANTECEDENTES.—En 2 de agosto de 1941 don R. P. y la Compañía de Seguros "F" suscribieron una póliza de contrato de seguro contra la responsabilidad civil de propietarios de automóviles en la que figuraban, entre otras, las siguientes condiciones generales: 8.<sup>a</sup> Quedan excluidos del seguro los daños debidos a funcionamiento defectuoso de frenos y a imprudencias; 10.<sup>a</sup> La Compañía concedía un plazo voluntario de quince días para el pago de la prima, previniéndose para el supuesto de que dicho plazo transcurriera sin haberse pagado, que los efectos del Seguro quedarían en suspenso desde el vencimiento de la prima hasta las doce de la noche del día en que se hubiese satisfecho; 19.<sup>a</sup> y 20.<sup>a</sup> Según las cuales el contrato, que es anual, si no se denuncia con tres meses de anticipación a la fecha de su terminación se entiende renovado por un año más y así en lo sucesivo; y el Seguro toma efecto en la fecha que se indica en la póliza, si se cumplen inexorable y simultáneamente estas dos condiciones: que la firma del asegurado aparezca en el documento y que la prima sea satisfecha el mismo día en que el Seguro toma efecto. El asegurado pagó la prima correspondiente al 27 de diciembre de 1942 el día 29 del mismo mes y año y al día siguiente presentó en Agencia distinta una declaración de accidente ocurrido el día 29 a las dos y diez de la mañana, negándose la Compañía aseguradora al pago que se reclama en la demanda. El demandado se opone alegando el deficiente funcionamiento de los frenos y la imprudencia del conductor que resulta del auto de procesamiento instruido y el haber satisfecho la prima con posterioridad al hecho. El Juzgado absuelve de la demanda y la Audiencia la estima. Se interpone recurso de casación por infracción de Ley.

MOTIVOS.—1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>: Véase el primer considerando.

3.<sup>o</sup>: Véase el segundo considerando.

4.<sup>o</sup>: Véase el tercer considerando.

CONSIDERANDO: Que los motivos primero y segundo del recurso plantean una misma cuestión, aunque dándole diferente aspecto, de interpretación de la póliza de seguro firmada en 2 de agosto de 1941 por las partes contendientes en el pleito, y para resolverla hay que tener ante todo presente que *la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que el Tribunal de casación debe aceptar la interpretación de los contratos dada por el de instancia, a menos que se acredite su clara equivocación, lo que no ocurre en el presente caso, pues está aceptado primero por las partes y después por la Audiencia que el contrato de seguro, que se había pactado por un año que terminaba en 27 de diciembre de 1942, fué prorrogado o renovado; sin entrar a examinar la distinción que establece el recurrente entre prórroga y renovación por no ser necesaria para la interpretación del art. 10 de la póliza, el cual no deja lugar a dudas, que establece un plazo de quince días para el pago de la prima y esta condición lo mismo por su redacción gramatical que habla de prima en singular entre la cuota completa anual y las partes o plazos en que aquella podía fraccionarse por acuerdo de las partes, que por su colocación en la póliza, que tiene la importancia que le da el mismo motivo segundo, a continuación del art. 9, que se refiere a la prima anual y a su pago por*

anticipado en el día señalado en la póliza, se refiere indiscutiblemente a todas las cuotas que debían abonar los asegurados, y la suspensión de los efectos del contrato hasta las doce de la noche del día en que se haga el pago, es únicamente para los realizados fuera de ese término de quince días; y lo establecido por el art. 19 de la póliza de que ésta no tiene efecto sin su firma y pago de la prima, es obvio por exigirse conjuntamente, que se refiere al momento de entrar en vigor ese contrato, pues nadie ha creído con arreglo además a la Orden de 28 de junio de 1935 que, hicieran falta ninguno de esos dos requisitos para la prórroga de su vigencia, por lo cual la póliza está rectamente interpretada por el Tribunal a quo y el asegurado no tenía incumplidas sus obligaciones contractuales al ocurrir el siniestro y no hay las infracciones ni violación que pretenden estos dos motivos de los arts. 1.089, 1.091, 1.281, 1.282 y 1.285 del C. c. y menos aún del 1.581 y Sentencia de 12 de octubre de 1900 y 20 de noviembre de 1909 que se refieren a contratos de arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que no se da en el caso de autos la causa de nulidad que establece el art. 1.797 en relación con el 1.791 del citado Código, porque el conocimiento del daño por los contratantes lo refiere ese artículo a la nulidad "in radice", al momento de perfeccionarse el contrato, cuando recae la voluntad de las partes sobre el riesgo futuro que aseguran que en este caso fué al firmarse en 2 de agosto de 1941 la póliza o si se quiere cuando pudo hacerse y no se hizo la denuncia para la continuación del contrato, pero nunca cuando se fuera a hacer el pago de la prima, por lo que tampoco puede estimarse ese tercer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el último motivo que acusa error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, tiene en cuanto a este el defecto rituario de que no expresa como es preciso, cuáles disposiciones legales de las que regulan la estimación de la prueba reputa infringidas por la Sala sentenciadora y supone que ésta ha incurrido en ambos errores porque no da como probado el defecto en los frenos con la certificación del auto de procesamiento aportado al pleito, pero este documento, aunque sea público, no puede tener en casación el efecto que le atribuye el recurrente, por las múltiples razones de no acreditar un suceso, pues es únicamente una apreciación que hace un Tribunal con carácter provisional y meramente procesal sobre unos indicios que la ley no exige que constituyan prueba completa y a efectos muy distintos de los que se persiguen en un litigio civil, y por ello no aparece demostrado la existencia de los pretendidos errores de hecho ni de derecho.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 8 MARZO 1951

Compraventa a carta de gracia y compraventa con pacto de retracto—diferencias y analogías.

Coinciden esencialmente en su origen y finalidad, pero difieren en su duración, ya que la del retracto convencional es la señalada en el artículo

lo 1.508 C. c., mientras que al derecho de "luir y quitar" se le aplica, según doctrina jurisprudencial la prescripción genérica del *usage* "*Omnes causae*", señalando también los autores otra diferencia más diluida y menos justificada, consistente en que el precio de la venta a carta de gracia suele ser inferior hasta en dos tercios al valor real de lo vendido; aparte de estas diferencias, no constituye norma distintiva la simulación de venta donde realmente sólo hay un préstamo lícito con garantía real, ni la mayor o menor propensión a que la venta encubra un ilícito préstamo usurario.

#### Aplicación del Derecho foral—voluntad de las partes.

*Ha de aplicarse, cuando proceda, si no hay indicio alguno de que los contratantes quisieron sustraerse a la ley de su territorio y acogerse a la legislación castellana.*

#### Plazo de duración del retracto convencional—nulidad parcial.

*Cuando existe pacto, y excede de diez años, no es nulo sino en lo que excede.*

**ANTECEDENTES.**—Los demandados y recurrentes se opusieron a la demanda, que solicitaba el retracto en un caso de compraventa a carta de gracia, alegando que se trataba de compraventa con pacto de retracto, que dicho plazo era nulo por exceder de diez años, y que había transcurrido ya el plazo que señala la ley para el caso de convención.

**CONSIDERANDO:** Que fundamentalmente se discutió en la instancia y se discute ahora en este recurso si el pacto incorporado a la compraventa efectuada el quince de julio de mil novecientos treinta y uno, por virtud del cual el vendedor, don J. T., se reservó el derecho de recuperar en el plazo de quince años la finca vendida, reviste los caracteres de carta de gracia o de *luir y quitar*, regulado en la legislación especial de Cataluña—tesis de la sentencia recurrida—, o es más bien constitutivo de un derecho de retracto convencional sometido a las reglas de los artículos mil quinientos siete y siguientes del Código civil—tesis del recurso.

**CONSIDERANDO:** Que *el retracto convencional castellano y la carta de gracia catalana coinciden esencialmente en su origen y finalidad, pues ambos derivan del pacto romano de "retrovendendo", aunque con características especiales, tanto en Castilla como en Cataluña, y ambos van encaminados a facilitar al vendedor la recuperación de lo vendido, mediante la devolución del precio, gastos y mejoras al comprador, pero se diferencian las dos figuras jurídicas en que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.508 del Código civil, el derecho de retracto convencional durará como máximo diez o cuatro años, según exista o no pacto expreso de duración, mientras que el derecho de luir y quitar, ejercitado primitivamente con gran amplitud en el tiempo, puede mantenerse vivo durante treinta años, según doctrina jurisprudencial que aplica a la acción de retraer la prescripción genérica establecida en el *Usage Omnes Causae*, señalan-*

do también los autores otra diferencia más diluida y menos justificada, consistente en que el precio de la venta a carta de gracia o empenyament suele ser inferior hasta en dos tercios al valor real de lo vendido, circunstancia que ordinariamente no concurre en el retracto convencional; pero, aparte estas diferencias, no constituye norma distintiva la simulación de venta, donde realmente sólo hay un préstamo licito con garantía real, ni la mayor o menor propensión de que la venta encubra un ilícito préstamo usurario, es tampoco nota distintiva, pues una y otra circunstancia se dan igualmente en las dos instituciones, que honestamente vividas llenan una finalidad útil en la esfera de la contratación, y viciadas frecuentemente por la usura son reprobadas y sancionadas por la Ley.

CONSIDERANDO: Que, con estos antecedentes doctrinales, fácil es llegar a la conclusión de que el pacto de retraer discutido encaja perfectamente en el concepto jurídico de la venta a carta de gracia, y no en el de venta revocable por retracto convencional: Primero, porque el contrato se celebró en M., los otorgantes son catalanes y la finca vendida radica en C., según hechos alegados e indiscutidos, y así resulta que todos los elementos reales y personales de la relación jurídica constituida tienen su asiento en C., y la legislación aplicable, estatutaria y preferentemente, es la peculiar o privativa de aquella región, que contiene reglas ordenadoras del pacto de carta de gracia, sin que en el sentido objetivo entre en juego la legislación común, que en el supuesto expresado sólo regirá como supletoria, después del Derecho canónico y del romano, en aquellos aspectos no previstos por el Derecho foral, según mandato del artículo 12 del Código civil; segundo, porque en el aspecto subjetivo *no hay indicio alguno de que los contratantes quisieran sustraerse a la ley de su territorio para acogerse a la legislación castellana; antes por el contrario, el hecho mismo de haber pactado el plazo de quince años para retraer, indica que tuvieron intención de estipular la venta a carta de gracia que consentía dicho plazo, y si acaso no fueren conocedores de la prohibición, en régimen jurídico común, de establecer un plazo superior a diez años, la intervención del Notario en el documento público otorgado se la hubiera hecho saber o hubiera excusado su actuación, en acatamiento al artículo 145 del Reglamento notarial*, siendo así que el pacto de retraer por quince años, no sólo fué autorizado por el Notario, sino que el Registrador lo inscribió como carta de gracia, según se afirmó en réplica sin contradicción en dúplica, lo que revela, siquiera sea de modo indirecto, la intención de otorgar la venta con pacto de retro ajustada a la legislación de C., y tercero, que a *la misma conclusión lleva la concurrencia de la nota distintiva, ya apuntada, sobre fijación de precio muy inferior al valor real de lo vendido*, ya que afirma la Sala de instancia, sin impugnación adecuada en el recurso, a base de actos o documentos auténticos en casación, que la venta se efectuó por 40.000 pesetas, incrementadas con 20.000 pesetas por razón de hipoteca y censo, y la finca vedida fué tasada, con referencia a la fecha del contrato, en 183.000 pesetas por peritos que informaron en la pieza de prueba del demandante y en 129.000 por otro perito en el ramo de prueba de los propios demandados y hoy recurrentes.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, actuó correctamente la Sala sentenciadora, al calificar jurídicamente de venta a carta de gracia el discutido contrato, y, en su virtud procede la desestimación del primer motivo del recurso, que tiende a encuadrarlo en el ámbito de la compraventa con pacto agregado de retroventa, disciplinado en el Código civil, pues ni se aprecia el error de hecho y de derecho que denuncian—más bien constitutivos en su caso de errores de interpretación, que tampoco se aprecia—, ni entra en juego la doctrina jurisprudencial que se cita sobre sentido jurídico del silencio en los términos que el recurrente propugna.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento y por si no fueran suficientes los razonamientos de esta sentencia y los de la recurrida para mantener la procedencia de la acción ejercitada, se podría argüir, de acuerdo con lo alegado en réplica, testimoniado al final del folio 15, vuelto del apuntamiento, y en el siguiente, que el pacto sobre duración del derecho a retraer sería nulo, no totalmente, sino en cuanto excediera de diez años, y por aplicación del artículo 1.º de la Orden de 12 de enero de 1937 y 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, resultaría ejercitado el retracto dentro del plazo de los diez años establecido en el art. 1.508 del Código civil.

FALLA.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 9 MARZO 1951

Competencia objetiva—arrendamiento de local de negocio—acción resolutoria del contrato por negativa del arrendatario a la legítima elevación de rentas.

*La acción resolutoria del contrato fundada en el artículo 131 de la LAU es procesalmente distinta de la resolución por falta de pago de las rentas o de las cantidades a ellas asimiladas, y la competencia para conocer de la demanda corresponde, tratándose de locales de negocio, al juez de primera instancia.*

Recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba: requisito—cauce de impugnación del error de derecho.

*Para estimar el manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, es indispensable, según doctrina de esta Sala, que en el fallo se prescindiera de los documentos invocados, o se contrarie evidentemente su contenido, o se les niegue el valor probatorio que en derecho les corresponde.*

*La doctrina de esta Sala establece la improcedencia de acusar el error de derecho al amparo de la causa 4.ª del artículo 173 de la LAU.*

## SENTENCIA 9 MARZO 1951

**Recurso de injusticia notoria: error en la apreciación de la prueba de la necesidad del arrendador.**

CONSIDERANDO: Que entrando en el examen del motivo en que se invoca error manifiesto en la apreciación de la prueba, evidenciado por la documental que obra en autos, citando a dicho efecto la escritura de constitución de la sociedad actora en cuanto en ella se fijan los complejos fines sociales, y se determina su capital, los libros de actas de la misma donde se reflejan las peticiones de desaloje hechas por el Secretario, en cuyo domicilio se fijó el de la Sociedad a poco de su constitución, en 1931, por las razones que indican y la certificación del Registro de la Propiedad aportada de la que se deduce no tiene aquella otros inmuebles, hay que partir de la base en que la sentencia absolutoria de la demanda de resolución del contrato por necesitar la entidad actora para sí el local a que ésta se refiere, se funda, y la tesis de la Audiencia estriba en que la Sociedad con fecha posterior a las peticiones de su Secretario en el sentido indicado arrendó la totalidad del inmueble a la Congregación de H. M. para Colegio, deduciendo de tal hecho la falta de justificación de la necesidad, pues habiendo podido reservarse la Sociedad parte del local arrendado para su domicilio social no lo hizo, y como contra esta apreciación sólo se levanta la que estableció el Juez en la sentencia de Primera Instancia y sostiene el recurrente de que es lógico suponer que, dada su extensa finalidad y capital la Sociedad necesita del local ocupado por el demandado para desenvolver desembarazadamente su negocio es visto que tal consideración es insuficiente para admitir el error *manifiesto* en la apreciación de la prueba alegado, cuando no existen elementos documentales acerca del volumen de operaciones de la Sociedad que permiten evidenciar el cambio experimentado por ellas de una época a otra en el sentido de considerable aumento y porque además siempre quedaría el hecho del arriendo del Colegio con posterioridad a la reclamación hecha por el Secretario de la Sociedad, que aparece evidenciado por el contrato de arrendamiento presentado por la propia parte demandante, y en el que la Sala se funda para negar por vía de presunción la justificación de la necesidad alegada, por lo que no es posible estimar que la Audiencia, al proceder así, haya obrado con la injusticia notoria que se alega, única, que de existir, podría determinar la procedencia del recurso.

## SENTENCIA 9 MARZO 1951

**Ley de Desbloqueo: no alegación oportuna.**

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no pudo aplicar al caso en cuestión el apartado D del art. 12 de la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939 para reducir, conforme a la escala establecida en di-

cho apartado, la cantidad a cuyo pago condenó al demandado y recurrente, porque éste no dedujo oportunamente petición alguna para someter al conocimiento y decisión de los Tribunales de instancia, la cuestión que extemporáneamente planteó, sobre si era o no procedente tal reducción y faltando, así la base de apreciación de las infracciones alegadas como único motivo del recurso se impone su desestimación.

#### SENTENCIA 10 MARZO 1951

**Casación—resoluciones recurribles—desestimación del recurso: por causas de inadmisión.**

*El auto que rechaza la excepción de falta de personalidad del actor no pone término al pleito y permite su continuación, por lo que no tiene el carácter de resolución definitiva que exigen los artículos 1.689, 1.º, y 1.690, 1.º, de la LEC, y no es, por lo tanto, recurrible en casación, procediendo la inadmisión del recurso con arreglo a los artículos 1.752 y 1.753 de la LEC. Según constante jurisprudencia de esta Sala, una causa de inadmisión del recurso lo es también de desestimación cuando llega el momento de resolverlo.*

#### SENTENCIA 10 MARZO 1951

**Mandato para cobro de créditos—extensión—cancelación de hipoteca.**

*Cuando los términos del mandato representativo son suficientemente claros y expresivos para entender que el mandatario estaba asistido de la plenitud de facultades para recibir las cantidades adeudadas a su mandante, sin distinción alguna por razón de la naturaleza de la deuda, hay que entender incluido el cobro de créditos garantizados con hipoteca, siquiera a efectos de cancelación del gravamen hipotecario, como acto equivalente a una enajenación, no sea suficiente el apoderamiento dado por el acreedor, por ser acto escindible del de efectividad del crédito garantizado.*

**Leyes de desbloqueo y contratación en zona roja—aplicabilidad.**

*No tienen aplicación en un proceso las Leyes de 7 de diciembre de 1939 y 5 de noviembre de 1940, sobre desbloqueo y contratación en zona roja, respectivamente, que se citan como infringidas, ya que no consta que se hayan ejercitado las acciones que dichos preceptos legales amparan, a efectos de desvalorización de pagos hechos bajo dominio marxista, los cuales, en principio y en tanto no sean declarados revisables o anulables en procedimiento adecuado, liberan al deudor plenamente, máxime en casos como el de autos en que la sentencia recurrida afirman, sin impugnación en el recurso por la vía procedente, que el dinero recibido por el mandatario fué aplicado a extinguir deudas contraídas por el mandante acreedor.*



## SENTENCIA 12 MARZO 1951

**Acción reivindicatoria—requisitos: nulidad del título del poseedor—competencia de la jurisdicción ordinaria.**

*Cuando el título del demandante es anterior al título del demandado y la nulidad de éste es consecuencia inseparable de la acción ejercitada, no es preciso solicitar y obtener previamente la declaración de dicha nulidad.*

*La competencia de la Administración activa para conocer de los expedientes de apremio contra los deudores a fondos públicos no excluye la de los Tribunales ordinarios para conocer de las cuestiones civiles, y entre ellas la relativa al dominio de los bienes que hubieran sido objeto de ejecución.*

**Hipoteca legal en favor del Estado—requisitos.**

*La hipoteca legal sobre los bienes de los contribuyentes supone un descubierto efectivo en la contribución y no un simple error en el mecanismo tributario.*

ANTECEDENTES.—(Véanse los Considerandos.)

CONSIDERANDO: Que entre las hipotecas legales y tácitas está la constituida en favor del Estado, que según los términos del artículo 168, número quinto de la Ley Hipotecaria, de 16 de diciembre de 1909, quedaba establecida sobre los bienes de los contribuyentes por el importe de una anualidad vencida y no pagada de los impuestos que gravitasen sobre aquéllos, de cuyos términos resulta que la base de tal hipoteca es la existencia del descubierto en el pago de dichos impuestos y su finalidad asegurar dicho pago, pero como la Sala sentenciadora ha declarado que la demandante, en 1923—año de la adquisición de la finca—, se dió de alta en la Contribución y desde entonces viene satisfaciéndola regularmente, resulta evidente que tal descubierto no ha existido y que el procedimiento administrativo que se siguió para hacerlo efectivo obedeció, según dicha Sala reconoce, a un error o defecto en el mecanismo tributario, que produjo la duplicidad de un asiento y el consiguiente expediente de apremio y las transmisiones que motivaron este litigio, cuyo expediente fué seguido, no contra la actora, sino contra la anterior propietaria de la finca, a quien no se había dado de baja en la Contribución, pero cuya omisión no puede perjudicar a la demandante ni permite hacer efectiva contra la finca de que es propietaria una hipoteca a la que falta el supuesto que justifica su existencia, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que aunque la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado reiteradamente que cuando el poseedor contra quien se dirija la acción reivindicatoria tenga un título más o menos firme se hace preciso

solicitar y obtener previa y concretamente la nulidad de dicho título, tal doctrina no es aplicable cuando el título del demandante es anterior al del demandado, y la nulidad del título en cuya virtud éste posee y funda su derecho, consecuencia implícita e indispensable de la acción ejercitada, lo mismo que cuando los derechos de ambas partes sobre la cosa reclamada derivan de documentos independientes entre sí, y como en el caso presente la declaración de validez del título—escritura de donación de 3 de julio de 1923—en cuya virtud la demandante adquirió el dominio de la finca en cuestión, lleva implícita la de nulidad de la escritura de compraventa otorgada en 29 de agosto de 1940, por el agente ejecutivo en representación de doña N. C., anterior dueña de la finca, pero a quien ya no pertenecía por haberla enajenado a favor de la actora, por la escritura de donación antes citada, nulidad que afecta a las sucesivas transmisiones y, por lo tanto, a la realizada a favor del demandado, es visto que la sentencia recurrida no infringe sino que aplica rectamente la citada jurisprudencia y debe de ser desestimado el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que la competencia de la Administración activa para conocer de los expedientes de apremio contra los deudores a fondos públicos, conforme determinan las disposiciones citadas en el tercer motivo del recurso, no excluye la de los Tribunales ordinarios para conocer de las cuestiones civiles y entre ellas la relativa al dominio de los bienes que hubieran sido objeto de la ejecución, pudiendo el dueño de tales bienes, como lo declaró la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 1948, ejercitar las acciones que le correspondan, ya en forma de tercería, ya en forma ordinaria, con separación del expediente administrativo, forma esta última utilizada por la demandante, quien no fué parte en dicho expediente, ni tuvo conocimiento oficial del mismo, ni le fué notificada la providencia de embargo, ni ninguna otra relacionada con la subasta, según afirma la sentencia recurrida, por lo que la Sala sentenciadora, al declarar competente a la jurisdicción civil para resolver sobre la acción reivindicatoria objeto del litigio no infringió ninguna de las disposiciones que se citan en el expresado motivo.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 15 MARZO 1951

**Contrato de subarriendo: extinción por extinguirse el de arrendamiento: relaciones de dependencia entre ambos contratos.**

*Ningún precepto legal prohíbe al arrendatario subarrendador poner fin a su contrato de arrendamiento que, por su naturaleza, según definición del art. 1.543 del Código civil, es por tiempo determinado, condición que corresponde al subarriendo de la misma naturaleza que el arrendamiento a cuya duración está subordinado por la imposibilidad de subsistir sin aquél.*

*La facultad legal del arrendatario de prorrogar el arrendamiento después del tiempo determinado convenido para su duración, no puede estimarse que le vincula indefinidamente al contrato por la existencia de un subarrendatario.*

**Disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> de la Ley de Arrendamientos urbanos.**

*La Disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la LAU no puede aplicarse por analogía a las relaciones entre subarrendador y subarrendatario.*

*La Disposición transitoria 7.<sup>a</sup> en cuanto regula relaciones entre subarrendador y subarrendatario, implica que aquel conserve su condición de tal, como arrendatario principal.*

*La terminación del contrato de arrendamiento anunciada por carta al arrendador por el arrendatario y subarrendador, siendo un hecho posterior a la vigencia de la nueva Ley arrendaticia, le son aplicables las prescripciones del Capítulo XI de la misma Ley, sin darles efecto retroactivo.*

**ANTECEDENTES.**—Uno de los actores arrendó al otro un local de negocio y el arrendatario cedió una parte del local en subarriendo al hoy demandado. El día 23 de septiembre de 1948, el arrendatario, por medio de una carta, dió por rescindido el contrato de arrendamiento y, entendiendo que al extinguirse éste quedaba extinguido el subarriendo, se requirió amistosamente al demandado para que desocupase la parte de local objeto de la demanda, no habiendo tenido éxito, por lo que se solicita el desalojo de los mismos, judicialmente.

**MOTIVOS.**—1.º Violación del art. 4.º del C. c.

2.º Violación de la Disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos urbanos.

3.º Violación de la Disposición transitoria séptima de la misma Ley.

4.º Infracción de la Disposición transitoria 13, por aplicación indebida de la causa sexta del apartado A) del art. 152, ambos preceptos de la misma Ley.

5.º Violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 9 de enero de 1948, 23 de febrero de 1948, 12 de marzo y 10 de junio del mismo año y 15 de marzo de 1949.

6.º Violación del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

7.º Violación del art. 176 de la Ley de Arrendamientos urbanos.

**CONSIDERANDO:** Que ningún precepto legal prohíbe al arrendatario subarrendador poner fin a su contrato de arrendamiento que, por su naturaleza, según definición del art. 1.543 del C. c., es por tiempo determinado, condición que corresponde al subarriendo, de la misma naturaleza que el arrendamiento, a cuya duración está subordinado, por la imposibilidad de subsistir sin aquél.

**CONSIDERANDO:** Que la facultad legal del arrendatario de prorrogar el arrendamiento después del tiempo determinado convenido para su duración, no puede estimarse que le vincula indefinidamente al contrato por la existencia de un subarrendatario cuya facultad de prorrogar el subarriendo está limitada en el tiempo a la subsistencia del arriendo, porque lo contrario conduciría a la conclusión de que el arrendamiento estaba

*subordinado en el tiempo al subarriendo, conclusión inadmisibile como contraria a la deducida en el párrafo anterior, de la definición legal y naturaleza de ambos contratos, y así resulta improcedente el recurso por su primera causa.*

CONSIDERANDO: *Que en la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos urbanos se establece una limitación a la facultad de resolver el arrendamiento por subarriendo no autorizado, situación que no puede tener analogía en las relaciones entre subarrendador y subarrendatario, dentro de la Ley citada, que, en su art. 25, prohíbe al subarrendador celebrar, a su vez, contrato de subarriendo, lo que impone la desestimación de la segunda causa del recurso.*

CONSIDERANDO: *Que la disposición transitoria séptima de la misma Ley, en cuanto regula relaciones entre subarrendador y subarrendatario, implica que aquél conserve su condición de tal, como arrendatario principal, pero no le obliga, según lo expuesto al considerar la causa primera del recurso, a permanecer indefinidamente en el arrendamiento después del tiempo para él convenido, terminado el cual termina necesariamente, por lo dicho, el subarriendo, y así, no ha infringido la disposición citada la sentencia recurrida.*

CONSIDERANDO: *Que la terminación del contrato de arrendamiento para el 30 de septiembre de 1948 (no su alegada "rescisión", como equivocadamente se dice en el recurso), anunciada al arrendador por el arrendatario y subarrendador, en su carta de 23 del mismo mes, es un hecho posterior a la vigencia de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos, al cual, por lo tanto, son aplicables las prescripciones del Capítulo XI de dicha Ley sin darles efecto retroactivo, y al cual, aun aplicando en otro supuesto las de la legislación anterior, habría de darse la misma solución, en orden a la resolución del subarriendo, al terminar legalmente por expiración del plazo convenido, el arrendamiento principal, lo que obliga a desestimar el recurso por su cuarta causa.*

CONSIDERANDO: *Que también debe desestimarse por las tres últimas alegadas, porque ni las sentencias, cuya doctrina se supone infringida en la quinta, niegan que el subarriendo se resuelva al terminar por causa legal de arrendamiento; ni la sentencia que "teniéndolo por resuelto", condena a desalojar el local subarrendado, es incongruente con la demanda en la que se pide tal condena fundada en causa de resolución, puesto que, conforme disposición del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en las sentencias deben hacerse las declaraciones que exijan las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito; ni en éste ha habido más que una parte demandante, siquiera estuviese constituída por dos personas, parte cuyas pretensiones fueron estimadas frente a las del demandado que en todo se rechazaron.*

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 16 MARZO 1951

**Valor probatorio del documento público—fe pública notarial.**

*La reiterada jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina, tiene establecido que los documentos notariales, que son públicos por excelencia, si contienen declaraciones de voluntad, acreditarán inequívocamente que tales declaraciones se hicieron, pero no bastan, porque no lo ampara la fe notarial, para justificar la veracidad intrínseca de aquéllas, que podrá ponerse en entredicho por otros medios probatorios.*

**Documento auténtico—escrituras públicas controvertidas: acta de protesto.**

*No lo son, a efectos de casación, las primeras, precisamente por ser controvertidas, ni el acta de protesto de letra de cambio que no tachada de falsedad sólo acredita su falta de pago.*

**Letra de cambio—causal—artículo 447 del Código civil.**

*No se viola por inaplicación el citado precepto cuando libramiento y aceptación de la letra tienen carácter causal y no cambiario, de tal modo que las prevenciones de dicho artículo resulten innecesarias, por no trascender de la letra las personas que en ella intervinieren.*

ANTECEDENTES.—Don R. G. y su hermana C. eran dueños de unas fincas, que vendieron mediante dos escrituras públicas a C. M., si bien en las escrituras de compraventa aparece como comprador S. En el acto de la venta C. M. hizo entrega a los vendedores de unos talones contra un Banco, que no representaban la totalidad del precio, y el resto—100.000 ptas.—se comprometió a pagarlo por medio de una letra de cambio, si bien en las escrituras de venta figuraba como entregado el precio y con una cantidad menor que la real. Protestada la letra, C. M. contestó en dicho acto que R. G. no le había hecho provisión de fondos. R. G. presentó demanda, solicitando se condenase a C. M. al pago del resto del precio adeudado y gastos del protesto. Los demandados, C. M. y S., se opusieron a la demanda, y formularon reconvencción. El Juez de primera instancia no dió lugar a pretensión alguna, y la A. T., revocando en parte dicha sentencia, estimó la demanda. C. M. y S. interpusieron recurso de casación, cuyos motivos pueden apreciarse en los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que reducido el objeto de este litigio a determinación de dos cuestiones concretas, esto es: la cantidad o precio real de las compraventas contenidas en las dos escrituras de 26 de febrero de 1943, y si la expresada cantidad real y efectiva fué entregada en su totalidad a los vendedores por el comprador o quedó aplazado un resto de 100.000 pesetas a que se refiere la letra aceptada por el demandado don C. M., el Tribunal *a quo*, por el examen de la prueba efectuada y apreciando en conjunto todos los elementos probatorios, dictó su fallo declarando que el precio real de ambas compraventas no fué el señalado en las escrituras, sino el

de 650.000 pesetas, y que aunque los vendedores, al firmar los citados documentos notariales habían recibido efectivamente 550.000 pesetas, quedó aplazado el pago de 100.000 al demandante señor R. G., mediante la garantía de una letra de cambio que aceptó don C. M. y que entregó en aquel acto el dicho señor R. G., y contra esta resolución de la Sala de instancia, formulan los recurrentes su recurso, en el que los motivos primero, tercero y cuarto pueden reducirse a uno solo, porque están informados por un mismo argumento impugnatorio, que en síntesis se reduce a propugnar la intangibilidad de las declaraciones de voluntad consignadas en documentos notariales, y para ello sostiene que fijado en las aludidas escrituras el precio conjunto de ambas compraventas en la cantidad de 140.000 pesetas y hechas constar las declaraciones de los vendedores de que la totalidad de dicho precio había sido recibido por ellos y de que formalizaban al comprador el resguardo de pago más firme y eficaz, como estas declaraciones en documento público hacen prueba contra los contratantes, conforme al segundo párrafo del artículo 1.218 del C. c., son desde luego inatacables, y es indudable que se ha infringido dicho precepto, como se ha incurrido también por la Sala al declarar que el precio de la compraventa es el de 650.000 pesetas, en error de hecho acreditado por el contenido de aquellas mismas escrituras que reputa documentos auténticos, y en el mismo error por lo que toca al resto de pago aplazado, justificado por el acta de protesto de la letra de cambio aceptada y no pagada, que demuestra por la fecha en que figura expedida que tal documento no tenía existencia jurídica el día en que las respectivas escrituras se otorgaron; pero estos razonamientos de los recurrentes carecen de base, con sólo tener en cuenta que *por lo que toca a la supuesta infracción del segundo párrafo del art. 1.218 del Código civil, la reiterada jurisprudencia de esta Sala, concorde con la doctrina, tiene establecido que los documentos notariales que son públicos por excelencia si contienen declaraciones de voluntad acreditarán inequívocamente que tales declaraciones se hicieron, pero no bastan, porque no lo ampara la fe notarial, para justificar la veracidad intrínseca de aquéllas, que podrá ponerse en entredicho por otros medios probatorios*, que es lo acaecido en el caso presente, en que la apreciación de la prueba, singularmente la testifical, estimada como muy cualificada y conjunta con la de cierto documento privado plenamente averado llevó a la Sala de instancia a la convicción de que el precio consignado en las escrituras no fué el realmente pactado, y de que tampoco se entregó la totalidad del mismo, sino que quedó aplazado el pago de la cantidad de 100.000 pesetas consignada en la letra aceptada, la cual, y también esto lo declara probado la Sala, fué entregada en el acto de la firma de las escrituras por el aceptante y hoy recurrente señor C. M., y estas afirmaciones de hecho deducidas de la valoración de la prueba, no son impugnadas con eficacia, porque aparte de no ser lícito, como se hace en el motivo cuarto, analizar una sola de las pruebas de modo aislado—desentendiéndose de las demás probanzas, *ni las escrituras públicas controvertidas, precisamente por serlo, ni el acta de protesto de la letra, que no tachada de falsedad sólo acredita su falta de pago, son documentos que pueden ser considerados como auténticos a efectos de casación, para demostrar la eviden-*

*cia de la equivocación del juzgador*, cuyo criterio se halla sostenido en otros fundamentos no atacados, por lo que procede desestimar los motivos primero, tercero y cuarto del recurso.

CONSIDERANDO: Que en el motivo segundo denuncia el recurrente la infracción de los artículos 1.625 y 1.627 del Código civil, referentes al mandato, por interpretación errónea y la del 447 del Código de Comercio, por inaplicación, razonando que al estimar la Sala de instancia al demandado don C. M., mandatario del otro demandado señor S., sin que se haya acreditado la existencia del oportuno poder y la extralimitación del mismo que produjera la responsabilidad personal del referido señor C. M., se ha cometido la infracción de los aludidos preceptos que señala, como igualmente, por lo que toca a la aceptación de la letra de cambio, afirma que en todo caso fué un acto personal que podrá producir relación cambiaria directa entre el tenedor librador y aceptante, pero que no podrá vincular al señor C. M. en una obligación del señor S., porque para que así fuese, hubiera debido declarar expresamente que aceptaba la cambial como mandatario de aquél, lo que no aparece consignado en dicho documento y, por tanto, se ha infringido el artículo 447 del Código de Comercio, que debió ser aplicado; pero esta argumentación del recurrente se apoya en un supuesto inexacto, porque la cualidad de mandatario que la Sala de instancia atribuye al señor C. M. en este negocio jurídico no es resultado de una ficción establecida para fundar su razonamiento, sino que la deduce de las alegaciones coincidentes de ambas partes, que manifiestan que en toda la tramitación del mismo actuó dicho señor como si de cosa propia se tratara, hasta el otorgamiento de la escritura, en que como comprador intervino su padre político, señor S., el cual, asimismo, confiesa, al absolver la posición 18, una de las dos únicas que adveró, que si los pagos los efectuó el señor C. M. fué por cuenta del confesante, y con base en tales aseveraciones, toda vez que una de las formas del mandato, según el artículo 1.710 del C. c., puede ser la verbal, bien pudo afirmar la Sala que el referido señor C. M. obró como mandatario y por la forma de su actuación quedó vinculado a la obligación que se reclama, sin que por ello infringiera los preceptos que se citan, ya que en este caso la delimitación de las atribuciones del mandatario y la extralimitación o no en su cargo debió ser acusada por el mandante, lo que no ha ocurrido, y tampoco se violó por inaplicación el artículo 447 del Código de Comercio, porque el libramiento y la aceptación de la tantas veces citada letra de cambio fué un contrato causal, no de índole cambiaria, que al no trascender de las personas del librador tenedor y del aceptante hacía innecesarias las prevenciones que el referido artículo establece, por lo que al no hallarse justificadas las infracciones que se denuncian, procede desestimar también este segundo motivo y con él el recurso.

FALLO.—No há lugar.

## SENTENCIA 17 MARZO 1951

**Anulación de uniones civiles y de divorcios vinculares—causas: valoración e interpretación.**

*Basta sin más requisitos la alegación por el demandante del deseo de tranquilizar su conciencia de creyente, siempre que esta alegación no sea arbitraria o de absurdo fundamento.*

*La interpretación de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 23 de septiembre de 1939 no puede hacerse con criterio restrictivo.*

**Procesos de anulación de uniones civiles y de divorcios vinculares—amplitud del conocimiento judicial—sentencias desestimatorias: facultades de la Audiencia y del Tribunal Supremo.**

*En pleito tramitado con arreglo a las Leyes especiales de 23 de septiembre y 26 de octubre de 1939, no pueden hacerse pronunciamientos sobre cuestiones que exceden de su ámbito, tales como sobre legitimación de los hijos, fuera de lo previsto en la Disposición transitoria cuarta de la primera de dichas leyes.*

*Conforme al artículo 2.º, letra E), párrafos 1.º y 3.º de la Ley de 26 de octubre de 1939, la Audiencia no puede “nunca” declarar la subsistencia del divorcio vincular o unión civil, debiendo, si no declara la nulidad, inhibirse y remitir el expediente al T. S. El párrafo 2.º de dicho artículo no excluye de la casación las sentencias que resuelvan contra la nulidad del divorcio vincular o la disolución del matrimonio civil.*

**Casación por infracción de ley: incongruencia—sentencias absolutorias—cauce de impugnación de la incongruencia.**

*Las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones debatidas.*

*La incongruencia de la sentencia impugnada debe atacarse con invocación del art. 359 de la LEC, y por la vía del art. 1.692, 3.º, de la misma.*

**ANTECEDENTES.**—En 1928, la demandante obtuvo contra su marido, por adulterio de éste, divorcio canónico perpetuo “quoad thorum et habitationem”. En 1932, al amparo de la legislación republicana, el divorcio canónico fué convertido en divorcio vincular, a petición de la actora. El año siguiente, su esposo otorgó testamento, en el cual reconocía como hija natural a una hija adulterina, y la designaba heredera universal; poco después, contraía matrimonio con la madre de su hija y se hacía constar la legitimación de ésta. Derogada la legislación laica, y fallecido el marido, la actora reclama la anulación del divorcio vincular, la consiguiente disolución de la unión civil y la declaración de nulidad de la legitimación de la hija adulterina. Esta última y su madre se oponen, alegando que la actora no pretende, como afirma, “tranquilizar su conciencia de creyente”, sino que persigue una finalidad crematística evidente. La Audiencia desestima la demanda y la actora recurre en casación.

**MOTIVOS.**—Véanse los considerandos, donde se recogen.



CONSIDERANDO: Que la declaración contenida en el segundo párrafo de la letra E) del artículo 2.º de la Ley de 26 de octubre de 1939, al decir: "contra estas sentencias no se dará más recurso que el de súplica ante la misma Sala", se refiere con las palabras "estas sentencias" a aquellas de que habla el párrafo que inmediatamente le precede, e decir, a las en que se declara la nulidad del divorcio vincular o la disolución del matrimonio civil, pero en modo alguno a las sentencias en que se falle en contrario sentido, como ha hecho la recurrida en este caso, por lo que no cabe duda de que contra ella se da recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que, conforme a lo dispuesto en los párrafos primero y tercero de dicha letra B) del mismo artículo, si no se ha causado oposición fundada en simulación de la persona del demandante o en la inexistencia de la unión civil de cuya disolución se trate, es obligatorio para la Audiencia que haya conocido del litigio dictar sentencia declarando la nulidad de la del divorcio o la disolución de la unión civil, y no puede declarar otra cosa, aunque se hubiera alegado alguna de dichas causas, pues entonces debe inhibirse remitiendo el expediente a este Tribunal, preceptos que han sido infringidos por la Sala sentenciadora, puesto que, no habiéndose causado oposición por ninguno de tales motivos, ha dictado sentencia en sentido contrario a lo que la ley ordena.

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero del recurso aprecia interpretación errónea de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 23 de septiembre de 1939, a tenor de la cual serán causas bastantes para fundamentar las peticiones a que se refieren las disposiciones que le preceden el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyentes y, alegada esta segunda causa, y no pudiendo los Tribunales inquirir sobre las reacciones internas del espíritu, salvo en determinados casos en que se manifiestan al exterior de manera sensible, ha de tenerse por bastante tal alegación, siempre que no sea arbitraria o de absurdo fundamento, debiendo además tenerse en cuenta que la mencionada Disposición transitoria tercera no puede interpretarse con un criterio restrictivo que pugne con los preceptos citados de la Ley de 26 de octubre de 1939, la cual no admite en ningún caso otra oposición a estas demandas que las fundadas en las causas de que se ha hecho referencia, por todo lo cual debe ser estimado este tercer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, denuncia infracción por inaplicación de la misma letra E) del artículo 2.º de la repetida Ley de 26 de octubre de 1939, por no hacerse pronunciamiento alguno sobre la petición de disolución de la unión civil celebrada, pero es reiterada jurisprudencia de esta Sala que las sentencias absolutorias de la demanda, como es la recurrida, resuelven todas las cuestiones debatidas y, por otra parte, claramente se ve que la Sala sentenciadora, al entender que negada la nulidad de la sentencia de divorcio vincular no tenía que entrar a resolver las demás cuestiones, por ser consecuencia de la misma, procedía lógicamente, aunque partiera de un supuesto erróneo, todo ello prescindiendo de si en vez de las disposiciones invocadas ha debido invocarse el artículo 359 de la

Ley de Enjuiciamiento civil, al amparo del número 3.º del 1.692 de la misma, para dar el debido encaje procesal a este motivo, que por lo expuesto debe ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que el quinto motivo que, omitiendo asimismo la cita del mencionado art. 359, alega falta de pronunciamiento sobre la petición de nulidad de la legitimación de doña C. P. F., no puede ser tampoco estimado por las mismas razones expuestas en el Considerando anterior, y además y especialmente porque, sustanciado este pleito con arreglo a las Leyes especiales de 23 de septiembre y 26 de octubre de 1939 y no encontrándose en ellas ninguna declaración atinente a la petición que se deduce, puesto que doña C. P., no habiendo nacido de unión civil no se encuentra en el caso previsto en la Disposición transitoria cuarta de la primera de dichas leyes, único precepto de ellas referentes a los hijos, no puede hacerse pronunciamiento sobre su legitimación sin rebasar el ámbito de aplicación de los ordenamientos legales en que el pleito se basa.

FALLO.—Ha lugar. En segunda sentencia, el Tribunal Supremo decreta la nulidad del divorcio vincular y de la unión civil, “no procediendo declarar en estos autos la nulidad de la legitimación de doña... [la hija adulterina], sin perjuicio de que las partes puedan utilizar en otro procedimiento los derechos que crean asistirles”.

#### SENTENCIA 20 MARZO 1951

**Error de derecho: inexcusabilidad.**

*Este error no es siempre y en absoluto inexcusable, por su posible equiparación en algún caso al de hecho.*

**Transacción—nulidad: por error.**

*Las convenciones transaccionales, por su naturaleza y finalidad, definidas en el art. 1.809 del C. c., no pueden ser invalidadas por otro error que el de hecho a que se refiere el art. 1.817 y la regla general de la jurisprudencia, fundada en el 1.266 en relación con el 2.º del Código civil.*

**Recurso de casación—por infracción de ley: requisitos.**

*La técnica procesal exige que el recurrente exprese razonadamente el concepto en que supone cometidas las infracciones que apunta.*

**Recurso de casación—por error de hecho: requisitos.**

*Se requiere la cita de documentos auténticos o de actos que patentecen por sí mismos al valorarse la equivocación padecida por el Juzgador al apreciar o al valorar las pruebas en que el fallo se basa, sin que esta*

*autenticidad demostrativa pueda ser suplida haciendo análisis en el recurso de las pruebas practicadas y razonando comparativamente acerca de su resultancia, para oponer ilícitamente a la apreciación y criterio del Tribunal "a quo" los del recurrente.*

ANTECEDENTES.—Una señora, que enviudó en mayo de 1936, contrajo matrimonio exclusivamente canónico, a los veintisiete días; este matrimonio fué transcrito en el Registro Civil en 1944. Fallecido el segundo marido, sin sucesión, resultó heredera la viuda, según testamento posterior a la citada transcripción. Los hermanos del marido amenazan a la viuda con pedir la nulidad del testamento, apoyándose en el art. 50, y la citan de conciliación; a los pocos días, acuerdan una y otros, una transacción por virtud de la cual la viuda cede las fincas y recibe una cantidad de dinero. Ahora ésta demanda la nulidad de la transacción por error e intimidación, demanda que es desestimada en ambas instancias.

CONSIDERANDO: Que negado por la Sala de instancia, con uso de su facultad de apreciar las pruebas, sobre las que razona, que el consentimiento prestado por doña F. U. L. en el convenio transaccional de 8 de noviembre de 1945 lo fuera por error, intimidación o dolo, impugna aquella recurrente esta apreciación en los dos primeros motivos del recurso, y aunque en ellos se acoge al número 7.º del art. 1.692 de la LEC, en el que está señalada la vía adecuada para combatir en casación los errores de hecho o de derecho que conforme a él pueden dar lugar a la misma, ambos motivos se han de desestimar, porque *requiriéndose según el mencionado precepto procesal para su invocación eficaz la cita de documentos auténticos o de actos que, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, patenticen por sí mismos al valorarse bien la equivocación padecida por el Juzgador al apreciar las pruebas en que su fallo se base, o al valorarlas, en ninguno de los documentos que la recurrente cita concurre esta autenticidad demostrativa que la casación exige y que no puede ser suplida, como en los expresados motivos se pretende, haciendo análisis de las pruebas practicadas y razonando comparativamente acerca de su resultancia, para oponer ilícitamente a la apreciación y criterio del Tribunal "a quo", a éste atribuidos privativamente, los que el recurrente estima más acertados.*

CONSIDERANDO: Que no es más estimable el motivo 3.º, puesto que si en él se alega la infracción de numerosas disposiciones canónicas, cuyo contenido se omite, de sentencias de esta Sala, sin expresión de su doctrina y aun de los artículos 45 y 50 del C. c., cuanto con extensión se razona, tiende en definitiva a sustentar la afirmación, de la recurrente, de que como su segundo matrimonio, contraído a los diecisiete días de haberse producido su viudez, era nulo con arreglo a la legislación laica, entonces vigente, sólo desde que se revalidó civilmente en 1.º de julio de 1944 surtió efectos civiles, sin afectarle las sanciones de los arts. 45 y 50 del Código civil, no establecidas para las uniones sacramentales, y todo lo que en este sentido se argumenta, con apoyo en resoluciones sin paridad con el caso discutido en el pleito, no tiende a combatir el fallo recurrido, contra el que el recurso se da, sino para acusarlo de haber soslayado esta cuestión que la recurrente estima crucial y que no es dable dilucidar, como pretende en este recurso. porque además de no constar en el apun-

tamiento de los autos que la propusiera la demandante como fundamental del error de su consentimiento al contrato que suscribió en 8 de noviembre de 1945, por lo que viene a proponer como nueva, en el contrario supuesto de que la hubiera inducido a prestar aquél una engañosa creencia de que por haber contraído su segundo matrimonio antes de los trescientos un día siguientes a la disolución del primero, la eran aplicables las sanciones que impone el artículo 50 del C. c., *este error sería de derecho, no siempre y en absoluto inexcusable, por su posible equiparación en algún caso al de hecho, pero sin trascendencia anulatoria en las convenciones transaccionales, cuyas naturaleza y finalidad, definidas claramente en el art. 1.809 del C. c., no consienten que el vicio de error en el consentimiento productor para ellas de invalidez sea otro que el hecho al que hacen referencia el art. 1.817 y la regla general que la doctrina de esta Sala funda en el 1.266 en relación con el 2.º del propio Código.*

CONSIDERANDO: Que tampoco pueden prosperar los motivos cuarto y quinto, porque, además, después de acusar en el primero de ellos la infracción de diversos preceptos sustantivos, *apartándose la recurrente de las exigencias de la técnica procesal en la casación, omite todo razonamiento propio en lo relativo al concepto en que supone cometidas las infracciones que apunta, remitiéndose a lo apreciado en una sola sentencia dictada por esta Sala en pleito distinto, en el que fué estimada la concurrencia de sugeriones y dolo grave causantes de un contrato de compraventa, circunstancias que no han concurrido demostradamente en el caso debatido en el pleito; y en cuanto al segundo, porque además de seguirse en él la misma forma inadecuada de impugnación se razona sobre un supuesto inaccesible por su novedad al recurso, cual es el de que el contrato controvertido careció de causa.*

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 27 MARZO 1951

Recurso de casación por quebrantamiento de forma: denegación de diligencia de prueba—incongruencia.

*No se da el recurso cuando lo que se deniega no tiene relación con los hechos anteriores a la demanda, fijados en ella, en cuyo caso tampoco puede decirse que se produzca indefensión.*

*No se produce indefensión cuando se deniega la petición de suspensión del juicio hasta la resolución de la causa criminal por falsedad de una certificación en la que no se fundan las sentencias recurridas.*

*No puede tomarse en cuenta en un recurso de casación por quebrantamiento de forma la supuesta incongruencia de la sentencia impugnada, por encajar este supuesto dentro del recurso de casación por infracción de ley.*

CONSIDERANDO: Que para poder determinar si ha lugar al presente recurso de casación por quebrantamiento de forma hay que examinar si se

dan en el caso presente los dos requisitos del número quinto del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a cuyo amparo se ha interpuesto: primero: que se haya denegado una diligencia de prueba admisible según las leyes, y segundo: que su falta haya producido indefensión y se haya reclamado oportunamente contra ella.

CONSIDERANDO: Que la suspensión pedida por los actores ante la Audiencia y denegada, tenía por objeto esperar a que se conociera el fallo de la causa criminal que se tramitaba por falsedad de una certificación encabezada y firmada por el Arquitecto don G. M. Q., en la que se hacía constar que este había dirigido la reconstrucción de una cubierta en la finca que era objeto de este interdicto, y que esa obra se encontraba terminada en 28 de abril 1949, por lo que no puede referirse a otras obras que las acordadas por el Juzgado en auto de 24 de febrero de 1949 y encomendadas a los actores en 18 de abril siguiente, después de la primera sesión del juicio verbal que tuvo lugar el 4 del mismo mes, por lo que es evidente que *lo denegado no es una diligencia de prueba según doctrina de la Sentencia de 30 de mayo de 1935, y que las obras a que atañe la certificación impugnada no tienen relación con los hechos anteriores a la demanda fijados en ella y en el juicio verbal fundamento del interdicto, y por tanto aunque ese documento fuera pertinente para acreditar algún extremo en relación con lo acordado por el Juzgado para la tramitación del juicio, le faltan las condiciones que taxativamente exigen los artículos 565 y 566 de la Ley de Enjuiciamiento civil para que sean admisibles las diligencias que se propongan como prueba para la resolución del fondo del litigio, y el número quinto del mencionado art. 1.693, para que se dé lugar a la casación.*

CONSIDERANDO: Que *por esa misma causa de no tener relación tal certificación con la cuestión que hay que resolver al fallar el interdicto y además porque las sentencias de primera y segunda instancia, como dicen expresamente, se fundan en los dictámenes del perito designado por el Juzgado y no en los presentados por las partes litigantes por la comparación y contrapeso de unos con otros hecha en uso de su soberana facultad para apreciar las pruebas, es claro y evidente que no produce indefensión de los recurrentes el que no quede acreditado en autos con la resolución de la causa criminal, si es o no falsa esa certificación discutida, lo que constituye otra razón para que no prospere este recurso.*

CONSIDERANDO: Que *no puede tomarse en cuenta en éste por quebrantamiento de forma la supuesta incongruencia de la sentencia impugnada alegada por el recurrente al final de su escrito interponiendo el recurso, entre otras razones, por la que reconocen los mismos recurrentes, de encajar eso en el recurso de casación por infracción de Ley, que ni ha sido interpuesto ni cabe en juicio de la naturaleza del presente, según disposición expresa del número tercero del art. 1.694 de la repetida Ley ritualia.*

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 28 MARZO 1951

**Precario—actos propios—posesión real.**

CONSIDERANDO: Que acogíendose las recurrentes al número séptimo del art. 1.692, que precisa la vía adecuada para denunciar en casación los errores en que haya incurrido el Tribunal *a quo* en el ejercicio de su facultad de apreciar las pruebas, alegan que con error de derecho y de hecho ha estimado la sentencia recurrida la legitimación activa de la demandante S. I., S. L., cuando carecía de título y acción para promover el desahucio por no tener ella la posesión real de los locales objeto del mismo, sino su gerente don S. I., según lo demostraba el contrato de arrendamiento de la finca, cuyo documento citan en calidad de auténtico al que con infracción de los arts. 1.225 y 1.218 del Código civil no se reconoce el valor probatorio y la eficacia que conforme a estos preceptos le corresponde; y cierto es que el documento citado acredita la realidad del arrendamiento que en él conste y que en virtud de él adquirió el don S. I., como arrendatario el disfrute de todas las dependencias de la casa número 22 de la Avenida del Caudillo, pero además de que este hecho no excluye la posibilidad de que su derecho y posesión arrendaticios fueran por él aportados a la Sociedad Limitada de que es Gerente, el haber aceptado de él, en este concepto, el padre de las demandadas, la concesión graciosa del uso de los locales por el tiempo que aquella Sociedad estimara oportuno, implica el reconocimiento a favor de la misma de un estado de posesión real que ni él ni sus causahabientes pueden desconocer por no serles lícito—según el principio de derecho que sancionado por una constante jurisprudencia prohíbe que se vaya contra los actos propios—contradecir la realidad de la posesión de una finca a quien en concepto de poseedor se la tiene concedida por liberalidad aceptada, para su disfrute.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 29 MARZO 1951

**Desahucio de local de negocio por necesidad del propietario—interpretación de la Orden de 8-XI-1944.**

*No puede sostenerse que esta disposición crea una nueva causa de desahucio.*

**Traspaso de establecimiento mercantil o industrial—concepto, a los efectos de la legislación de arrendamientos urbanos.**

*En la cesión verificada por el arrendador, mediante precio y con conocimiento del dueño de la finca de un establecimiento, con o sin existencias, para análogos industria o comercio.*

ANTECEDENTES.—Los propietarios de una finca, que había sido arrendada por su padre y causante al demandado, con venta de enseres y existencias del negocio en ella instalado, negocio que continuó siendo explotado por el demandado, solicitaron el desahucio por necesidad de ampliar un establecimiento de su propiedad. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, fué revocada por la A. T., que dió lugar al desahucio. El demandado interpuso recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—1. Manifiesto error en la apreciación de la prueba (vid. Considerando 1.º)

2.º Infracción de los siguientes preceptos legales: A) Ap. a), Orden 8-XI-1944, en relación con art. 5 C. c. y 7, núm. 1, LOPJ. B) Párr. 1.º, apartado a), art. 5 D.-L. 29-XII-1931, en relación con párr. 1.º, ap. c), artículo 5, D. 21-I-1936. C) Párr. final, ap. c), art. 5, D.-L. 29-XII-1931.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida declara probada la necesidad en que los demandantes se encuentran de ocupar la finca arrendada a los efectos indicados en la demanda y tal apreciación de prueba se impugna invocando, conforme a la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el manifiesto error en que la sentencia incurre, error que se trata de fundar en el resultado que ofrecen los planos y la certificación del Registro de la Propiedad obrantes en los autos y relativos a la finca arrendada y a otra de la que los demandantes podrían disponer para los mismos fines que alegan en su demanda, pero los expresados documentos si bien podrían servir para acreditar la naturaleza de las fincas, sus respectivos emplazamientos, su medida superficial y sus linderos no pueden justificar por sí mismos que las condiciones de tales fincas sean análogas para instalar y desenvolver una industria como la de los demandantes y que, por lo tanto, con la ocupación de la que no está arrendada podría llenarse la necesidad que ha servido de base a la demanda, por lo que procede la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que conforme prevenía el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, el propietario podría ejercitar la acción de desahucio cuando necesitare el local destinado a comercio o industria para establecer en él los propios, ejercidos con dos años de anticipación, y esta misma palabra "establecer" era la que empleaba el Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su artículo 5.º, pero tal expresión hay que considerarla como sinónima de la de instalar un comercio o industria del propietario de la finca en el local arrendado y siempre que la necesidad de tal instalación se justifique, el desahucio procederá, aunque ella obedezca a la necesidad de ampliar el comercio o industria del propietario, *pues no es lícito interpretar de un modo tan restringido la palabra establecer que haya que excluir de la misma toda ampliación del negocio del dueño del local por justificada que esté y por necesaria que sea para el normal desenvolvimiento de aquél, y por ello no puede sostenerse con el recurrente que la Orden de 8 de noviembre de 1944, al exceptuar de los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley de 24 de enero del mismo año y comprender en el artículo 3.º de la misma disposición los mismos casos en que el propietario de un local destinado a comercio o industria precisara ampliar su negocio, contradijera lo dispuesto en el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de*

1936 y creara una causa nueva de desahucio a la que no se pudiera reconocer validez como opuesta a lo prevenido en una disposición de rango superior, por lo que no son de estimar las infracciones denunciadas en los apartados primero y segundo del segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que en el concepto jurídico del traspaso de un establecimiento mercantil o industrial lo industrial lo definía el artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936, diciendo que se entendía por traspaso la cesión mediante precio y con conocimiento del dueño de la finca de un establecimiento, con o sin existencias para análogos industria o comercio, es decir, que solamente cuando la cesión del establecimiento la hiciera el arrendatario podría tal cesión merecer el concepto de traspaso y producir los efectos que el expresado precepto le asignaba, pero en el caso presente no hubo ninguna cesión realizada por ningún arrendatario con conocimiento del dueño de la finca, y lo único que se realizó fué que en la misma fecha, 1.º de enero de 1936, en que el causante de los actores cedió en arrendamiento al demandado la finca denominada "Casa Blanca" se otorgó otro contrato entre las mismas partes por virtud del cual el primero, como dueño del local y del establecimiento de bebidas y merendero en él instalados, declaraba ceder en traspaso al segundo la expresada industria con todas sus existencias, pero esta cesión no constituye un traspaso a los efectos de la legislación de arrendamientos urbanos, por lo que ha quedado expuesto, ya que la cesión del local realizada por el arrendador es lo que forma la esencia del arrendamiento, y la de las existencias no es sino la venta de las mismas, por todo lo que no cabe estimar la infracción del artículo 9.º del Decreto de 25 de enero de 1936, en relación con el 5.º de 29 de diciembre de 1931, que se denuncia en el apartado tercero del expresado segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 30 MARZO 1951

Prueba del dolo—hechos en que se funda.

*La apreciación de los mismos es exclusiva del Tribunal sentenciador.*

Recurso de casación—dolo—error de hecho o de Derecho en la apreciación de la prueba.

*Es doctrina jurisprudencial que para que pueda prosperar la alegación de tal vicio es preciso demostrar el error del juzgador en forma legal.*

Recurso de casación—requisitos de forma—art. 1.720 LEC.

*Como ha dicho la jurisprudencia, los requisitos señalados en dicho artículo son todos esenciales, y la omisión de cualquiera de ellos da lugar a la inadmisión del recurso.*



**Motivos de casación—incongruencia.**

*Es necesario denunciar la infracción del art. 359 de la LEC. para que el recurso pueda prosperar.*

**Incongruencia—excepción desestimada en los considerandos.**

*Ha señalado la jurisprudencia que no se incide en el citado vicio si no se falla sobre una excepción desestimada en los considerandos de la sentencia.*

**Casación—apreciación de la prueba testifical.**

*La libre apreciación de dicha prueba, según las facultades concedidas por la ley al juzgador, no es atacable en casación, según reiterada jurisprudencia.*

ANTECEDENTES.—Se celebró, sometido a la legislación foral catalana, un contrato de compraventa de una finca, por contrato privado, negándose luego los vendedores a otorgar la escritura pública, por estimar que la conducta del comprador fué dolosa, pues no tenía intención de desalojar de dicha finca a los explotadores de un centro de diversiones que la ocupaban, siendo así que ello había sido un motivo esencial del contrato y de sus condiciones, para los vendedores. El comprador solicita que se declare la obligación de aquéllos a otorgar la escritura pública de venta, y otros extremos, y éstos reconviniéron alegando, aparte de la nulidad del contrato por el motivo expuesto, la rescisión del mismo por lesión en el precio.

CONSIDERANDO: Que al amparo de los números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la LEC. formula el recurrente el primer motivo del recurso, en que, con notoria confusión de razonamientos, pretende demostrar la existencia de dolo por parte del comprador, al otorgar el contrato de compraventa de los solares en cuestión, mediante el documento privado de 12 de agosto de 1942, puesto que si no hubiera sido por las insidiosas y luego no cumplidas promesas de que iba a edificar sobre ellos y, por tanto, a desalojar a quienes los ocupaban como arrendatarios explotando un espectáculo que contrariaba las convicciones de orden moral de los vendedores, éstos no hubieran suscrito aquel documento, y la existencia de este dolo es causa de nulidad del contrato, a tenor de los arts. 1.269 y 1.270 del C. c., que estima infringidos por el Tribunal *a quo* al negar la existencia de tal vicio del consentimiento; pero contra esta argumentación ha de oponerse que, *si bien el dolo es un concepto jurídico, impugnabile desde luego al amparo del número 1.º del art. 1.692 de la Ley riuaria civil, la apreciación de los hechos en que se funda es un punto de hecho que es exclusivo del Tribunal sentenciador, por deducirse de la valoración de cualquiera clase de pruebas, directas o indirectas, por lo cual tiene enseñado la jurisprudencia, interpretando los citados artículos 1.269 y 1.270, que para que pueda prosperar la alegación que sostiene*

la existencia de tal vicio, es preciso demostrar el error del juzgador en forma legal, es decir, atacando por el cauce del número 7.º del precepto procesal citado la apreciación de los hechos efectuada por la Sala, con demostración de la evidente equivocación del juzgador, bien por documentos o actos auténticos, si de error de hecho se trata, o por la infracción de las normas legales de valoración de la prueba, si fuera el error de derecho el invocado, y en el caso presente, la afirmación de la existencia de dolo que hizo el Tribunal a quo no ha sido impugnada en la forma dicha, porque aunque se invoca como apoyo del motivo el citado número 7.º, no se alega de modo claro si se denuncia haberse cometido error de hecho o de derecho, ni se cita precepto alguno regulador de la prueba infringido, con lo cual, por no destruirse la afirmación de la Sala, queda aquélla subsistente y hace forzosa la desestimación del motivo formulado, dando lugar, como consecuencia, a considerar inoperantes todas las demás infracciones que se alegan, como las referentes a la interpretación de los contratos, en las que, por cierto, no se expresa el concepto de la infracción, las normas de derecho romano sobre la acción de dolo, citadas al parecer ad exemplum en bloque y con la expresión final de dos etcéteras, y por último, las relativas a la indemnización de daño, definición del contrato, incumplimiento de obligaciones recíprocas y nulidad de los contratos, acerca de las que se acusa su inaplicación, pero que no cabe, por las razones dichas, tenerlas en cuenta, además de que no se individualiza la infracción al alegar, también, de un modo vago, como preceptos infringidos. "los demás concordantes del Código civil", forma de citación que no puede en modo alguno ser consentida.

CONSIDERANDO: Que la sola lectura del motivo segundo induce de modo palmario a rechazarle, porque, en primer lugar, al ampararle conjuntamente en los números 1.º, 2.º, 3.º y 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal civil, descubre un claro motivo de inadmisión, por contravenir lo que previene el segundo párrafo del art. 1.720 de la citada Ley rituaría, acerca de lo cual ha dicho la jurisprudencia que los requisitos de forma prevenidos en dicho artículo 1.720 son todos esenciales y la omisión de cualquiera de ellos da lugar a la inadmisión del recurso, y aun dejándolo a un lado, ésta tacha la alegación de los citados números 2.º y 3.º del artículo 1.692, referentes a la incongruencia, no se halla respaldada con la denuncia de la infracción del art. 359 de la Ley procesal—, que ni siquiera se cita y es requisito obligado en esta específica infracción, aparte de que, según la jurisprudencia—Sentencia de 18 de febrero de 1941—no se incida en la incongruencia del número 3.º del art. 1.692, al no fallar sobre una excepción desestimada en los considerandos, que es lo ocurrido en el caso presente, en que en la vista de la apelación se formuló in voce por el defensor de los apelantes la excepción de derecho al desestimiento de la compraventa a que se creía autorizado por los preceptos de derecho romano que cita; y es rechazada en la sentencia recurrida porque, contra lo que afirma el recurrente, en el suplico de la contestación a la demanda no se manifiesta expresamente tal alegación; además, aunque se cita como apoyo el número 7.º del repetido art. 1.692 de la Ley procesal, no se señala error alguno ni de hecho ni de derecho, y

por lo que hace a la cita del número 1.º, no resulta aplicable sino a la infracción denunciada de los arts. 1.123 y 1.124, cuyo concepto no se expresa, y son además inadecuados al caso, por todo lo cual ha de rechazarse este segundo motivo.

CONSIDERANDO: Que, en el motivo 3.º, pretende el recurrente, también con apoyo en los núms. 1.º y 7.º del art. 1.692 de la Ley procesal, sostener la infracción de los arts. 1.214, 1.215, 1.244 y 1.248 del Código civil y disposiciones del derecho romano que cita, porque la Sala de instancia negó a los demandados su petición de rescisión del contrato de compraventa por lesión en el precio, pero olvida que el Tribunal *a quo* fundó su decisión en que no se había probado de modo eficaz la existencia de la alegada lesión, *ya que la prueba testimonial, solamente aportada para tal extremo, no era suficiente para justificar lo alegado, y esta apreciación del Tribunal, adoptada en uso de la libre facultad que la Ley le otorga, no es atacable en casación, según reiterada jurisprudencia*, de lo cual se deduce que no se han infringido los preceptos de derecho romano citados, porque éstos serán aplicables cuando la lesión en el precio se haya probado, lo que, en el caso presente, no ha ocurrido; tampoco el artículo 1.214, ya que ha sido la parte demandada recurrente la que no consiguió probar la existencia de la lesión en el precio, que a ella solamente incumbía, puesto que la afirmaba; ni los 1.215, 1.244 y 1.248, los dos primeros por ser netamente procesales, y el último, por su carácter de admonitivo, según calificación reiterada de la jurisprudencia, que le sitúa fuera del ámbito de la casación, deduciéndose de todo lo expuesto la improcedencia de este tercero y último motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 30 MARZO 1951

Casación por infracción de ley—valor del documento alegado.

*No es lícito alegar, a los fines de la casación, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el documento que constituye la esencia del pleito.*

#### SENTENCIA 30 MARZO 1951

Renuncia de derechos: No concedidos por la Ley vigente—Concedidos por Ley no vigente.

*La prohibición de traspaso de un local de negocio, concertada en un contrato anteriormente a la promulgación de la Ley de Arrendamientos urbanos vigente, no puede suponer renuncia de derechos alguna, puesto que está de acuerdo con la legislación entonces en vigor.*

*No puede otorgarse virtualidad a la renuncia de un derecho no crea-*

*do todavía por ninguna ley cuando aquella se verificó, y por tanto al derecho de traspaso de local de negocio que regula la Ley de Arrendamientos de 1946.*

**Desalojo de la finca por la excepción segunda a la prórroga obligatoria: plazo—acreditamiento de los requisitos.**

*El plazo de un año para el desalojo de la finca del art. 115 de la Ley de Arrendamientos urbanos está establecido en beneficio del arrendatario para que durante él pueda encontrar lugar en que instalarse y por eso cuando ha sido requerido puede desalojar el local en el momento que le convenga y requerir a los arrendadores a otorgar el documento a que se refiere el art. 104 de dicha ley.*

*Constando notarialmente el desalojo, entrega de las llaves y de la renta correspondiente resulta cumplido el requerimiento hecho por los arrendadores sin que pueda privársele de eficacia por no haberse acreditado judicialmente con los requisitos que para la consignación establece el artículo 1.178 del C. c., pues esta forma judicial obedece a los fines consignados en el art. 1.176 C. c. que no son los de hacer constar el cumplimiento de un requerimiento, que puede acreditarse en cualquier forma.*

**Traspaso de negocio que ha suspendido su actividad por desalojo del local arrendado.**

*Si la existencia de un fondo de comercio o patrimonio mercantil es la base del derecho de traspaso, la liquidación de existencias, baja en la contribución y cese del personal impuesta por la necesidad de desalojar el local, al ser una situación temporal, tiene carácter de suspensión por el tiempo de duración de las obras, y no priva al arrendatario de los derechos que su carácter de tal le confiere en orden al traspaso y recuperación del local*

ANTECEDENTES.—El demandante solicita la declaración de su derecho a traspasar el negocio que desarrolló en el local arrendado a los demandados, el derecho a ocupar este local abandonado a requerimiento de los dueños para reconstruir la finca y el derecho a traspasar este arrendamiento conforme a la Ley de Arrendamientos urbanos, exponiendo entre los hechos los que de interés se exponen en los considerandos. El Juzgado deniega el derecho al traspaso del local declarando el de traspaso del negocio y el de ocupación del local, cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley. La Audiencia estima por completo la demanda. Los arrendadores interponen recurso de casación.

MOTIVOS.—1.º Violación del art. 11 de la Ley de Arrendamientos urbanos en relación con la disposición transitoria primera de la misma.

2.º Violación del art. 104 en relación con el 115, ambos de la Ley Arrendaticia urbana.

3.º Violación del art. 1.178 del C. c.

4.º Error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos.

CONSIDERANDO: Que por la cláusula cuarta y octava del contrato celebrado en 1.º de enero de 1945, entre los recurrentes y el causante de la recurrida, se estipuló que no habiendo pagado el arrendatario ninguna cantidad por traspaso ni por ningún otro concepto no tendrá derecho a traspasar el local arrendado ni a cederlo total o parcialmente, con cuyas estipulaciones los contratantes no hacían otra cosa que dar forma convencional a lo mismo que venía establecido en la legislación entonces vigente, conforme a cuyos términos—art. 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936—fuera del caso del consentimiento expreso del propietario, el comerciante o industrial solamente podría traspasar cuando al comenzar a ejercer su actividad en el local arrendado hubiera pagado cantidades por traspaso hecho con el consentimiento del dueño de la finca, aunque esta hubiera cambiado de propietario, pero no en otro caso y como en el contrato se reconocía que tal pago no había tenido lugar, *resultaba evidente que ningún derecho tenía el arrendatario a traspasar conforme a tal legislación, se hubiera o no se hubiera dicho en el contrato y por lo tanto las citadas cláusulas no pueden interpretarse como la renuncia de un derecho que no pertenecía al arrendatario, pero aunque a pesar de lo expuesto, llegara a admitirse que tal renuncia existiera nunca podría referirse a otros derechos que a los reconocidos por la legislación vigente al tiempo de realizarse aquélla, pero no a los establecidos y regulados en una legislación posterior, con caracteres sustancialmente diferentes y formas de ejercicio también distintas, como sucede con el derecho de traspaso de los locales de negocio, que en la anterior legislación de alquileres estaba regulado por el art. 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y subordinado en uno u otro momento al consentimiento del propietario—apartados A y B de dicha disposición—mientras en la vigente contenida en la Ley de Arrendamientos urbanos el traspaso de los locales de negocio es un derecho que corresponde al arrendatario por su carácter de tal y para cuyo ejercicio no necesita el consentimiento del propietario, bastándole con cumplir los requisitos establecidos por el artículo 45 de la citada Ley, y esto sentado no podría otorgarse virtualidad a la renuncia de un derecho no creado todavía por ninguna Ley cuando aquella se verificó, y sin que el carácter y alcance de tal derecho pudiera ser conocido por el arrendatario en el momento de renunciar a él; y no existiendo por lo expuesto dicha renuncia no es de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con la disposición transitoria primera de dicha Ley, que el recurrente supone infringido en el primer motivo del recurso.*

CONSIDERANDO: Que para que proceda la segunda causa de excepción a la prórroga del contrato de arrendamientos de viviendas o de local de negocio es necesario, conforme al artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que el arrendador haga al Gobernador civil de la provincia y a los arrendatarios las notificaciones que previene el precepto citado, y habiéndose cumplido tales requisitos por la parte arrendadora, el arrendatario, antes de desalojar la finca, requirió a los arrendadores para el otorgamiento del documento a que se refiere el artículo 104 de dicha Ley, requerimiento que no fué atendido por aqué-

llos, por no considerarse obligada a tal otorgamiento antes de que el Gobernador civil concediera la autorización para demoler la finca, conforme al artículo 115 de la Ley repetida; pero esta opinión no puede mantenerse, porque el plazo de un año para el desalojo de la finca está establecido en beneficio del arrendatario para que durante él pueda encontrar local donde instalarse, y por eso, una vez hecho el requerimiento, puede desalojar el local en el momento que le convenga, pero otorgando con el arrendador, antes del desalojo, si quiere conservar su derecho a recuperar el inmueble reedificado, el documento prevenido en el expresado artículo 104, y como el arrendatario hizo cuanto estuvo de su parte para el otorgamiento de tal documento, es evidente que resultó cumplido por él lo dispuesto en el precepto citado, y no resultó infringido lo prevenido en el artículo 115 de la citada Ley, debiendo por ello desestimarse el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que por carta de 12 de julio de 1947, remitida en 19 del mismo mes, los arrendadores requieren al arrendatario para que en el plazo improrrogable de un año desalojara el local arrendado, cuyo requerimiento fué atendido por el arrendatario, quien después de requerir, sin resultado, a los arrendadores para el otorgamiento del documento a que se refiere el considerando anterior, procedió a desalojar el local, haciendo constar notarialmente tal desalojo, así como la entrega de las llaves y la renta correspondiente, y esto establecido resulta, evidentemente, cumplido el requerimiento hecho al arrendatario por los arrendadores, sin que pueda privársele de eficacia por no haberse acreditado judicialmente con los requisitos que para la consignación establece el artículo 1.178 del Código civil, que se supone infringido en el tercer motivo del recurso; porque la consignación judicial responde a los fines que se determinan en el artículo 1.176 del expresado cuerpo legal, y no son los de hacer constar el cumplimiento de un requerimiento que puede ser acreditado en cualquier forma.

CONSIDERANDO: Que si la existencia de un fondo de comercio o patrimonio mercantil es la base del derecho de traspaso y, como consecuencia, la desaparición de tal fondo o patrimonio por voluntad exclusiva del comerciante extinguiría tal derecho, en el caso presente no se han dado tales circunstancias, pues si bien el arrendatario, una vez requerido para el desalojo del local, procedió a verificarlo, a liquidar sus existencias, a despedir al personal y a darse de baja en la contribución, según hizo constar en su carta de 14 de septiembre de 1948, esto no fué obra de su libre voluntad, sino que le vino impuesto por disposiciones legales que le obligaban al desalojo del establecimiento y a la cesación en el mismo de su actividad mercantil, pero esta cesación no tenía el carácter de definitiva, sino temporal, y constituía en realidad una suspensión por el tiempo que durasen las obras de derribo y reconstrucción del local, pero no privaba al arrendatario de los derechos que su carácter de tal le conferían en orden al traspaso y reocupación del local nuevo, y por eso el contenido de la carta aludida no demuestra el manifiesto error en la

apreciación de la prueba documental a que se refiere el cuarto motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

### SENTENCIA 2 ABRIL 1951

**Desahucio—legitimación activa y pasiva.**

*La índole y finalidad marcadamente posesorias de la acción de desahucio del poseedor real de una finca por título que le dé derecho a su disfrute para recobrarla de quien sin este derecho la retenga, imponen la concurrencia en su ejercicio de las legitimaciones activa y pasiva que precisa la Ley de Enjuiciamiento civil en el que promueve el juicio y en el demandado.*

*La posesión que legitima para promover el juicio de desahucio no se tiene, ni, por consiguiente, puede ser invocada para accionar en él, mientras que del inmueble a que se refiera la demanda no se haya posesionado el actor con actos materiales o simbólicos, o mediante las formalidades que por disposición legal a ello equivalgan.*

**Posesión real—necesidad de la ocupación en la expropiación forzosa.**

*El acta extendida para dar cumplimiento en el expediente de expropiación forzosa, a lo que ordena el art. 112 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1942 no acredita la posesión o entrega del inmueble, siendo necesario que la finca sea ocupada, extremo acreditable por un acta de posesión, a la que hace referencia el artículo 124 del mencionado Reglamento para que quepa entender transmitido el dominio de lo expropiado y estimarse tal acta posesoria como documento auténtico para la inscripción en el Registro y para presumir en la Corporación ocupante la posesión real.*

**ANTECEDENTES.**—El Ayuntamiento demanda de desahucio por precario fundándose en que fué expropiada la finca que ocupa el demandante en 1942 y convino con él en acta suscrita por ambas partes el precio, que le fué abonado, y demás condiciones, entre las que figuraba el compromiso del demandado de desalojar la finca en el plazo de un año. El demandado opone que el acta de convenio no implica escritura pública, que en tal acta no figura la conformidad de entrega de dichos bienes y que, no habiéndose tomado posesión de ellos, carece el Ayuntamiento de la posesión real. El Juzgado y la Audiencia estiman la demanda.

**MOTIVOS.**—El que interesa a la resolución es el de interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.216 y 1.462 C. c., 1.564 y 1.565 de la L.E.C, 112 y 124 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 14 de julio de 1924 y violación de los arts. 438 y 445 del Código civil y la Jurisprudencia del T. S., que fija los requisitos del precario.

CONSIDERANDO: Que la índole y finalidad, marcadamente posesorias, de la acción de desahucio al poseedor real de una finca por título que le dé derecho a sus disfrute, para recobrarla de quien sin este derecho la retenga, imponen la concurrencia en su ejercicio de las legitimaciones activa y pasiva que precisa la LEC en sus artículos 1.564 y 1.565.

CONSIDERANDO: Que la posesión que según el primero de estos artículos legitima para promover el juicio de la clase indicada no se tiene, ni, por consiguiente, puede ser invocada para accionar en él, mientras que del inmueble a que se refiera la demanda no se haya posesionado el actor con actos materiales o simbólicos, o mediante las formalidades que por disposición legal a ello equivalgan.

CONSIDERANDO: Que funda la Sala sentenciadora de instancia su apreciación de que el Ayuntamiento de V. era poseedor real de los bienes objeto de su demanda de desahucio mediante la formalización del acto de transmisión de su dominio y consentimiento del demandado al acuerdo de entrega de los mismos, hechos constar en acta a efectos del expediente de expropiación forzosa, equivalente a la escritura pública a que se refiere el artículo 1.462 del Código civil; pero este documento, que no es más que un acta extendida, sin asistencia del demandado, para dar cumplimiento en el expediente aludido a lo que ordena el artículo 112 del Reglamento de Obras, Servicios y Bienes municipales, de 14 de julio de 1924, no acredita la posesión o entrega del inmueble, sino lo que según el claro sentido de aquel precepto había de preceder a su ocupación, previo consentimiento del interesado y pago de la valoración, por lo que sólo cuando la finca fuera ocupada, extremo acreditable por un acta de posesión, a la que hace indudable referencia el artículo 124 del mencionado Reglamento, cabría entender transmitido el dominio de lo expropiado y estimarse tal acta posesoria como documento auténtico para la inscripción en el artículo 44 del Reglamento de la Ley Hipotecaria con vigencia anterior a la actual y, por el artículo 32 de ésta, y para que pudiera presumirse que el Ayuntamiento expropiante, que no ocupó materialmente la finca, era su poseedor real.

CONSIDERANDO: Que lo que antecede pone de manifiesto que al estimar la sentencia recurrida, como fundamento para el fallo en el que dió lugar el desahucio instado por el Ayuntamiento de V., que éste era poseedor real de la finca objeto del expediente de expropiación forzosa, porque el acta de 15 de junio de 1942 se la había transmitido con la misma eficacia que una escritura pública de venta, con la que no cabe entender que guarde equivalencia alguna, infringió por aplicación indebida el artículo 1.462 del Código civil y violó los artículos 438 del mismo Cuerpo sustantivo y 1.564 de la Ley procesal, que citados en el primero de los motivos del recurso hacen procedente su estimación e innecesario el examen de las demás infracciones que en él y en el segundo motivo se acusan.

FALLO.—Ha lugar.



## SENTENCIA 3 ABRIL 1951

**Ley de Usura: ámbito: contratos de compraventa.**

*El art. 9.º de la Ley de Usura no ampara la impugnación de un contrato de compraventa pura y simple.*

**Ley de Usura: libertad de apreciación judicial: amplitud.**

*Los Tribunales, según la Ley de Usura, tienen amplitud de criterio para formar libremente su convicción en cada caso sin sujetarse al rigorismo de la prueba tasada, pero esto no quiere decir que puedan resolver sin ningún fundamento probatorio, pues siempre será necesario que existan elementos de juicio suficientes para formar dicha convicción racionalmente, sacando a luz la realidad taimadamente oculta bajo formas aparentemente legales.*

ANTECEDENTES.—Véanse los Considerandos, de los cuales se desprenden.

CONSIDERANDO: Que la actora reclama dos jarrones o ánforas obrantes en poder del demandado, invocando al efecto la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura, por entender que dichos jarrones no fueron en realidad vendidos a dicho demandado, sino entregados para evitar el riesgo que corrían por los registros que entonces (1) se verificaban y como depósito y garantía de la cantidad de 4.500 pesetas que tenía recibidas, mientras que la parte demandada sostiene la realidad de tal venta por precio de dicha cantidad, según expresa el documento correspondiente (2) aportado a los autos, discutiéndose además si es aplicable el artículo 9.º de la ley mencionada, que extiende los efectos de ella a toda operación equivalente a un préstamo de dinero.

CONSIDERANDO: A los efectos de las apreciaciones de los hechos y calificación del contrato discutido, que es cierto que en los juicios entablados al amparo de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura; tienen los Tribunales amplitud de criterio para formar libremente su convicción en cada caso en vista de las alegaciones de las partes, sin sujetarse al rigorismo de la prueba tasada, pero esto no quiere decir que puedan resolver sin ningún fundamento probatorio, pues siempre será necesario que existan elementos de juicio suficientes para formar dicha convicción racionalmente, sacando a luz, si procediese, la realidad taimadamente oculta bajo formas aparentemente legales, y en este caso no existen pruebas ni indicios que sean de apreciar como reveladores de una realidad distinta de la claramente expresada en los documentos firmados y reconocidos por la actora, por lo que a éstos hay que atenerse y pasar por su declaración, calificando el contrato de compraventa

(1) En zona roja, el año 1937

(2) Contrato de compraventa.

con todos los requisitos necesarios para que produzca efecto, no siendo de estimar como prueba eficaz del valor de los jarrones el dictamen pericial aportado, puesto que se refiere al momento en que se ha emitido y no al tiempo en que por la anormalidad de las circunstancias y la consiguiente inseguridad de la propiedad, que había de alcanzar también al adquirente, pudieran desmerecer considerablemente en su valor en cambio.

CONSIDERANDO: Que el documento de 1.º de febrero de 1940, firmado y reconocido por la actora, no puede interpretarse, dados sus términos amplios y claros, como mera liquidación por depresión de moneda, sino como una confirmación del contrato de 1937, que expresamente se califica de venta, pues en él claramente manifiesta la actora que, recibidas 1.800 pesetas en concepto de depreciación de moneda, no tiene nada más que reclamar del demandado por ningún concepto relativo a las operaciones de venta verificadas con el mismo, ya que en otro caso no se daría por liquidada y totalmente satisfecha, como lo hace sin reservarse acción ni derecho alguno en que pudiera fundar ulteriores reclamaciones.

CONSIDERANDO: Que el motivo más o menos fundado que se alega para explicar que la actora consintiera en entregar los jarrones en 1937, es decir, el peligro, que le hizo ver el demandado, de que desapareciesen en los registros que entonces se verificaban, no puede explicar la confirmación de la venta, que se hizo en 1940, cuando ya no había registros ni corrían por tanto riesgo alguno los referidos jarrones, y era hora de recamarlos si se creía con derecho a ellos, por lo cual hay que entender que la voluntad o consentimiento que se formalizó en dicha declaración no aparecen viciados por defecto alguno que impida su validez y eficacia en derecho, sin que pueda tacharse tampoco de vaguedad o indeterminación el documento repetido, toda vez que en él se hace expresa referencia al mes de enero de 1937, en el cual no aparece que la actora hiciera al demandado otras ventas que las de los objetos que en este pleito se reclaman.

CONSIDERANDO: Que, dada la existencia de una compraventa, es de observar que no se trata de un contrato de los que siendo en sí lícitos y útiles pueden fácilmente sufrir el acecho de torcidos propósitos que los conviertan en instrumentos de logros ilícitos de fondo usurario, y que en tales casos se ofrecen a la consideración del Juzgador como equivalente a un préstamo de los comprendidos en la Ley represiva de la usura, como puede suceder, por ejemplo, en las retroventas o en los pactos anticréticos, sino de un contrato como es la compraventa pura y simple de contornos bien definidos por la ley, que no puede confundirse con ningún otro, salvo circunstancias o modalidades especiales que, en este caso, no se dan, por lo que hay que estimar que la pretensión de la actora no puede ampararse en dicho artículo 9.º de la ley mencionada.

CONSIDERANDO: Que las razones expuestas obligan a desestimar el recurso interpuesto a nombre de la actora.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 5 ABRIL 1951

**Competencia: compraventa mercantil.**

*A falta de sumisión expresa o tácita, realizada la entrega en el domicilio del vendedor, es Juez competente el de este lugar para entender de la demanda sobre la obligación pactada.*

## SENTENCIA 7 ABRIL 1951

**Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio—nulidad de notificaciones.**

*Hechas a unos demandados todas las notificaciones de un proceso en domicilio que no era el suyo, adolece la diligencia de nulidad, lo que constituye el defecto esencial de forma que comprende el número 1.º del artículo 1.693 de la LEC.*

## SENTENCIA 10 ABRIL 1951

**Pertinencia prueba pericial.**

*La prueba pericial es la suministrada por declaraciones de personas expertas que intervienen, por sus especiales conocimientos, para apreciar o conocer hechos de influencia en el pleito, exigiendo, además, la intervención de la parte contraria, con la tramitación y requisitos del procedimiento, que se contienen en el apartado 5.º de la Sección 5.ª del Capítulo 2.º del Libro 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

**Pertinencia prueba documental.**

*La prueba documental no puede versar sobre informes, dictámenes, criterios o juicios del que la expide, sino sobre una realidad objetiva que el documento acredite por su propio contenido.*

**Pertinencia prueba reconocimiento judicial.**

*No se puede considerar como sitio alguno o cosa litigiosa el reconocimiento judicial de una película extranjera, que se dice fué proyectada en España en fecha no determinada.*

**Consignación—recurso.**

*No es necesario el depósito "ad cautelam" a que se refiere el párrafo primero del art. 1.698 de la LEC en aquellos procedimientos en los que no hay más que una sola instancia.*

ANTECEDENTES.—(Se desprende de los considerandos.)

MOTIVO.—Único.—Infracción de la regla 5.<sup>a</sup> del art. 270 del Estatuto de la Propiedad Industrial y art. 567, párrafo 2.<sup>o</sup> y 859 de la LEC, por falta de recibimiento a prueba y denegación de diligencia de prueba, que producen indefensión al recurrente.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso se ha interpuesto por quebrantamiento de forma contra la sentencia dictada por la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de M., que declaró no haber lugar a la nulidad de la patente ..., solicitada por el recurrente, que invoca los números 3.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> del artículo 1.623 de la Ley procesal, entendiéndose haberse producido indebidamente denegación de prueba por la providencia del Juzgado de 8 de abril de 1948, mantenida en recurso de reposición por auto de 26 del mismo mes, en la que se declararon pertinentes los medios de prueba articulados por el actor, exceptuando la relativa al informe de la Sección de Arquitectos de la Dirección General de Seguridad, propuesta como documental, la pericial y la testifical, así como la de reconocimiento judicial, que se declararon impertinentes.

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso, motivo único, se combate la declaración de la sentencia recurrida de no ser el acto de la vista momento oportuno para reproducir la petición de la práctica de la prueba denegada por el Juzgado, cuestión intrascendente para la resolución del recurso, porque en todo caso es indudable que la falta que se alega fué reclamada a tiempo en la única instancia del procedimiento especial seguido, lo que no resuelve, sin embargo, la cuestión fundamental debatida sobre la pertinencia de la prueba denegada.

CONSIDERANDO: Que la prueba documental es una prueba preconstituída, que tiene por objeto mostrar en juicio la constancia de un hecho o declaración anterior, carácter que no se da en la prueba propuesta como documental por el actor en la parte no admitida por el Juzgado, en la que se expresa que se debería pedir por la Sección de Arquitectura de la Dirección General de Seguridad que se informase conjuntamente acerca de las características del aparato que fué objeto de la licencia concedida a la parte demandada, requiriendo al efecto al Arquitecto que se designa y en su defecto a cualquier otro autorizado, sin que obste la explicación dada por el actor, en escrito de súplica, de no haberse interpretado con exactitud su petición, porque no se trataba más que de facilitar datos para que la certificación pudiera tener eficacia, y que toda licencia de esta clase requería el examen previo por los arquitectos de dicha Dirección, al solo efecto de determinar si los aparatos reunían las debidas condiciones de seguridad para el público, con lo cual se suscita una cuestión, la de seguridad, ajena a lo que en este pleito se demanda y que hubo que quedar resuelta en su día, ni tampoco obsta la otra explicación, diferente de la anterior, que se alega en el recurso, pretendiendo que sólo se había de pedir al Arquitecto que informase de las características externas, a efectos de reconocer si se trataba o no del mismo aparato amparado por la patente, interpretación que tampoco se deduce de los términos en que la prueba se propuso, pues, en todo caso y cualesquiera que sean las expli-

caciones que se añadan a lo propuesto como prueba, siempre resultará que lo que se pide en este extremo no es una certificación, sino una apreciación de persona técnica, lo que pugna con la naturaleza de la prueba documental, que no puede versar sobre informes, dictámenes, criterios o juicios del que la expide, sino sobre una realidad objetiva que el documento acredite por su propio contenido.

CONSIDERANDO: Que la prueba pericial es la suministrada por declaraciones de personas expertas, que intervienen por sus especiales conocimientos, para conocer o apreciar hechos de influencia en el pleito, y tal es, en realidad, la naturaleza de la que el actor ha propuesto como documental en el extremo referido, pero exigiendo esta prueba la intervención de la parte contraria, con la tramitación y requisitos del procedimiento, que se contiene en el apartado 5.º, de la Sección 5.ª, del Capítulo 2.º del Libro 2.º de la LEC, y no habiendo pedido ni intentado esta vía procesal, es ineludible declarar que el Juzgador ha obrado con arreglo a derecho al no estimarla pertinente.

CONSIDERANDO: Que la prueba pericial, igualmente denegada por el Juzgado como no pertinente, había de versar, según los propios términos en que se propone, "sobre la patente número ..., y, especialmente, acerca del punto concreto de insuficiencia de la Memoria descriptiva", con inobservancia de lo dispuesto en el art. 611 de la LEC, aplicable como supletoria en materia de procedimiento, por virtud de lo dispuesto en la regla 13 del artículo 270 del Estatuto de la Propiedad Industrial, toda vez que no se propone tal prueba con la precisión que exige el párrafo primero de dicho artículo 611, ni tampoco se manifiesta si han de ser uno o tres los peritos que se nombren, como preceptúa el párrafo segundo del mismo, punto e te que es presupuesto para lo que se dispone en los artículos siguientes y que el Juez ha de resolver, pero no de oficio, sino en vista de las alegaciones de las partes, pero además, es indudable que la calificación de la Memoria descriptiva como suficiente o insuficiente es función de la Administración, que resuelve en atención al informe a que se refieren los artículos 62, párrafo 1.º, 63 y 64 del mencionado Estatuto.

CONSIDERANDO: Que por lo que afecta a la prueba testifical, hay que atenerse a la Disposición terminante y específica del art. 638 de la mencionada Ley procesal, que dispone que al escrito solicitando esta clase de prueba se acompañará el interrogatorio de preguntas, lo que no se ha hecho en este caso, y por lo que respecta al Estatuto de la Propiedad, claramente se ve, por lo dispuesto en la regla 5.ª de su artículo 270, que después del recibimiento a prueba por el Juez no se admite más propuesta que la que se haga sobre hechos nuevos alegados en la contestación, y esto solamente durante los cinco primeros días de los treinta del término señalado, por lo que no habiendo acompañado el actor a su demanda dicho interrogatorio, no pudo declararse pertinente la prueba propuesta.

CONSIDERANDO: Que la prueba llamada de reconocimiento judicial se propone por el actor en los siguientes términos: "Reconocimiento judicial, si procede y es habida la película a que se hace referencia en el cuerpo de este escrito, o subsidiariamente documental fotográfica que pueda ser hallada", refiriéndose con estas palabras a una película ex-

tranjera que en el hecho octavo de la demanda se dice fué proyectada en España en fecha aun no determinada, pero muy anterior a la solicitud de la patente discutida, y dada la forma indeterminada dubitativa y condicional en que esta prueba se propone, no es posible apreciarla como prueba real y practicable, pero además, no puede olvidarse que, según el artículo 633 de la mencionada Ley procesal, la prueba de reconocimiento judicial ha de consistir en el examen que haga el Juez por sí mismo de algún sitio o de la cosa litigiosa, cuando sea necesario para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, y no es sitio alguno ni cosa litigiosa el objeto de lo que como tal prueba propone el actor.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, procede desestimar el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto y devolver el depósito *ad cautelam*, puesto que habiendo una sola instancia en este procedimiento, no puede darse el caso de conformidad a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.698 de la repetida Ley rituaría.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 11 ABRIL 1951

**Desahucio: por infracción de las condiciones estipuladas—requisitos.**

*Para que el incumplimiento constituya la causa de desahucio tercera del artículo 1.569 del C. c., es preciso que pueda tildarse de arbitrario o debido a proceder doloso, culposo o negligente, según sentencias de 7 enero 1902, 8 julio 1903, 19 mayo 1925, 26 octubre 1925 y 5 julio 1929.*

#### SENTENCIA 11 ABRIL 1951

**Error en la apreciación de la prueba—criterio del recurrente—pruebas testifical y de confesión.**

*Contra el razonado criterio del juzgador de instancia en el análisis conjunto de las pruebas, no puede prevalecer el que la parte oponga; para la justificación del error alegado hay que prescindir de la prueba de confesión y de la testifical.*

#### SENTENCIA 12 ABRIL 1951

**Acción de petición de herencia—usucapión de los bienes que comprende.**

*La acción de petición de herencia no es una reclamación de bienes individualizados, sino de un "universum ius" constituido por bienes cuya distinta condición es extraña a los efectos de la prescripción, para la que sólo hay que tener en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada,*

y por tanto, no pueden invocarse diversos plazos para usucapir unos y otros bienes.

#### Usucapión de bienes hereditarios—cómputo del tiempo—posesión.

*No puede computarse para la usucapión de los bienes hereditarios el tiempo transcurrido desde la fecha del fallecimiento del causante hasta su entrega al heredero, porque durante él no se tiene la posesión real y efectiva de los bienes, no pudiendo oponerse a este razonamiento el artículo 440 del Código civil, que se refiere exclusivamente a la llamada posesión civilísima que se transmite como disfrutada ya por el causante, pero no a los derechos que personalmente ejerce el causahabiente sobre la herencia.*

*La acción de petición de herencia es por naturaleza universal y puede ejercitarse durante treinta años, no pudiéndosele oponer una usucapión por plazo más corto.*

ANTECEDENTES.—En 25 de enero de 1943, el demandante ejercita la acción de reconocimiento de hijo natural y de petición de herencia del causante, fallecido en 19 de julio de 1932, de cuyos bienes fué declarado heredero el Estado en 27 de febrero de 1933, tomando posesión de la herencia en 8 de mayo del mismo año. Se opuso a la declaración de hijo natural el Ministerio fiscal y a ambas pretensiones el Abogado del Estado, negando la precedencia de la primera y la usucapión a favor del Estado de los bienes comprendidos en la herencia litigiosa. El Juzgado y la Audiencia admiten la demanda. La representación del Estado interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero.—Fundado en el primero y séptimo del artículo 1.692 de la LEC, por inaplicación de los artículos 1.952, 1.953, 1.955, 1.957 del C. c. y los 609, 657, 658, 956 y 958 en relación con los 433 al 436 del mismo cuerpo legal.

Segundo.—Fundado en el número primero del artículo 1.692, por inaplicación de los artículos 1.955, 1.957 y 1.960 del C. c., así como los 440, 659, 661 y 989 del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que de todas las cuestiones planteadas en el litigio en que se ha interpuesto el presente recurso de casación, la única que es objeto de éste es si la acción de petición de herencia que se ejercita en el pleito contra el Estado, como consecuencia de las declaraciones hechas por el Tribunal *a quo*, y aceptadas por las partes al no recurrir contra ellas, de ser el actor hijo natural y heredero único de don M. A., puede o no prosperar, por haber el Estado adquirido por usucapión los bienes objeto de esa herencia, y para ello sostiene el recurso en uno de sus motivos que el demandado está asistido de justo título para prescribir y en el otro que ha transcurrido el tiempo necesario para tal prescripción

CONSIDERANDO: Que debe, ante todo, quedar bien sentado que *esta reclamación de entrega de bienes no es una petición que se haga a título singular de bienes individualizados y aislados, sino que por reclamarse toda una masa hereditaria con todo su activo y todo su pasivo, sin concretar no-*

*minimalmente sus componentes, hacerse a título de heredero universal en el preciso momento en que se declara tal derecho y dirigirse contra la entidad que venía reputándose heredero en virtud de título universal, como es la declaración judicial de heredero, que no deja sin eficacia por el Tribunal de instancia en este mismo litigio, acatada por el recurrente, al no tratarla en el recurso de casación, constituye el ejercicio de una acción de petición de herencia, de un "universum ius", que aunque constituido por bienes de distinta condición, ésta es extraña a los efectos de la prescripción, para la que sólo hay que tener en cuenta la naturaleza de la acción ejercitada, según las Sentencias de este Tribunal de 26 de junio de 1928 y 15 de abril de 1932, y, por tanto, no puede invocarse distintos plazos para la usucapión de unos o de otros bienes.*

CONSIDERANDO: Que esa acción de petición de herencia por su naturaleza, como la del derecho de donde nace es universal, y puede ejercitarse durante treinta años, como sienta la Sentencia de 18 de mayo de 1932, tiempo que evidentemente no ha transcurrido, ni aun en el supuesto más favorable para el recurrente de contarse ese tiempo en la forma que él pretende desde el fallecimiento del *de cuius*, 19 de julio de 1932, hasta que el actor entabló su reclamación ante la Administración en 28 de julio de 1942, ni la judicial en 28 de enero de 1943, y contra tal acción no puede oponerse una usucapión por plazo más corto.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento que no puede computarse para la usucapión alegada por el recurrente el tiempo transcurrido desde esa fecha del fallecimiento del causante hasta que se entregaron al Estado mediante acta fecha 8 mayo 1933 los bienes que constituían la herencia discutida, porque durante él no tuvo el recurrente la posesión real y efectiva, el "corpus" elemento físico que es uno de los integrantes de la posesión en nuestro Derecho desde la Ley primera, título Tercero de la Partida Tercera, pues no es suficiente como base de la usucapión, la posesión civil, según se desprende de los artículos 1.941 y 1.942 del C. c., y no puede oponerse a esto lo dispuesto en el artículo 440 del mismo Código, porque se refiere exclusivamente a la posesión calificada de civilísima y que se transmite como disfrutada ya por el causante, pero no a los derechos que personalmente ejerce el causahabiente sobre la herencia, que por ser exclusivamente suyos no le pueden ser transmitidos y los adquiera a título personal.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede contarse para la usucapión invocada por el Estado recurrente, el tiempo transcurrido desde el 17 de julio de 1936 hasta la terminación de la guerra, en que quedó C. liberada, porque según afirma el considerando noveno *in fine* del Juzgado aceptado por la Audiencia, como cuestión de hecho que no ha sido impugnada, se dan en este caso las circunstancias que requiere el artículo primero de la Ley de 1 de abril de 1939 para la suspensión de plazos de la prescripción adquisitiva que la misma dispone.

CONSIDERANDO: Que faltando para usucapión el transcurso del tiempo preciso, y al que se refiere el motivo segundo del recurso, sería inútil



entrar a examinar la naturaleza y eficacia del título que para la misma invoca el motivo primero.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 13 ABRIL 1951

**Civil: alimentos provisionales: determinación de su cuantía: a quién corresponde su fijación.**

*Con arreglo a reiterada jurisprudencia, la determinación de la cuantía de los alimentos provisionales corresponde al prudente arbitrio del Tribunal de instancia, cuyo criterio no pueden sustituir eficazmente las partes con el suyo propio mientras no conste demostrada en la sentencia una infracción legal, o se desconozcan la naturaleza y alcance de la obligación, según la define el art. 142 del C. c., o para fijar dicha cuantía se prescindiera de los elementos de juicio y de las bases de proporcionalidad que establece el artículo 146 del mismo Código.*

**Proce:al: casación: por error de hecho.**

*Cuando se pretenda demostrar el error de hecho, es preciso determinar concretamente el extremo de los documentos invocados a tal efecto que acrediten la existencia de aquél, señalando los particulares que en cada uno lo pongan de manifiesto.*

#### SENTENCIA 13 ABRIL 1951

**Contrato de sociedad—elementos—ánimo de lucro.**

*Las ganancias no son elementos necesarios para la existencia de la sociedad más que en el deseo de los contratantes.*

#### SENTENCIA 14 ABRIL 1951

**Configuración de local—obras que la modifican—resolución del arrendamiento.**

*La configuración de las habitaciones y de los locales es generalmente la de un prisma rectangular, y al referirse la ley a su modificación ha de entenderse a toda alteración que en sentido vertical u horizontal se produzca mediante obras realizadas por el inquilino sin consentimiento del arrendador.*

*La modificación en la configuración del local arrendado es causa de resolución del contrato, aunque con ella no desmerezca.*

ANTECEDENTES.—El demandante solicita la resolución del contrato de arrendamiento celebrado con el demandado de un local de negocio por haber realizado éste obras sin su consentimiento y estimar que alteran la “configuración” del local arrendado.

MOTIVOS.—El que interesa a la resolución es el de violación del artículo 149, quinto de la LAU, en sus dos párrafos.

CONSIDERANDO: Que la configuración de las habitaciones y de los locales es generalmente la de un prisma rectangular, y así, al referirse la Ley a modificar la configuración de una habitación o de un local de negocio, debe entenderse referida, si algún sentido, en lo corriente, ha de atribuirse, como es obligado, a la disposición legal, a la modificación que, en sentido horizontal o vertical, se produzca mediante obras realizadas por el inquilino o arrendatario sin consentimiento del arrendador.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia del Juez se estima probado que el arrendatario, don A. G. R., sin consentimiento de los arrendadores, modificó la configuración del local arrendado, que era una gran nave, construyendo un tabique que lo dividía en dos, y un techo más bajo que el de la nave, hechos cuya realidad acepta implícitamente la sentencia recurrida al referirse a “las obras ejecutadas en el interior del local”, según el informe pericial y “la inspección practicada por el Juzgado”.

CONSIDERANDO: *Que la modificación indicada, tanto en el sentido horizontal como en el vertical, es, según lo expuesto, causa de resolución del contrato, quinta del artículo 149 de la LAU, que así lo dispone, sin atención a si, con las modificaciones, desmerece o no el local arrendado, precepto infringido en las sentencias recurridas por interpretación errónea, suponiendo que las obras modificativas de la configuración del local no son causa de resolución si no le hacen desmerecer, conclusión a la que se llega mediante la conjugación de la disposición citada con el artículo 1.569 del C. c., que no se refiere a obras como causa de desahucio, sino al “destino” de la cosa arrendada a “usos y servicios” no pactados que la hagan desmerecer.*

CONSIDERANDO: Que la infracción apreciada, alegada como primera causa del recurso, debe dar lugar a él, conforme al número tercero del artículo 173 de la LAU, con lo que resulta inútil la consideración de las demás causas alegadas.

FALLO.—Ha lugar.

## 2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT,  
con la colaboración de José María DESAN-  
TES, Manuel GONZALEZ, José Antonio  
PRIETO y Luis Sancho MENDIZABAL.

### SENTENCIA 20 FEBRERO 1951

#### Novación—prueba.

*No son prueba de novación unos recibos que acreditan haberse admitido el pago en forma distinta de la contratada.*

#### Revisión: error en la apreciación de la prueba.

*No puede apoyarse en la declaración de nulidad contenida en la sentencia recaída en el asunto principal que aun no es firme.*

#### Juicio de resolución: preceptos aplicables.

*Los arts. 1.566 y 1.567 de la LEC, referentes al juicio de desahucio.*

#### Desahucio—apelación: consignación.

*El art. 1.566 de la LEC es preceptivo y de orden público y obliga a la Sala, aun después de admitido erróneamente el recurso.*

ANTECEDENTES.—En 1944 se prorrogó en documento privado un contrato de arrendamiento rústico que llegaba a su término. El nuevo término se fijó en 29-IX-1949, acordándose además que el pago se hiciera por semestres, en lugar de anualmente, como hasta entonces. En diciembre de 1948, la propietaria inicia un juicio ordinario para que se declarase la terminación del contrato, la obligación de desalojo en la citada fecha y la de abono de ciertos daños. El 8-IV-1949, el Juez dictó sentencia por la que se declaraba que el contrato de 1949 era nulo (la renta estaba pactada en dinero) y que la última prórroga legal terminaba en 29-IX-1949. El demandado interpuso apelación el 13-IV-1949 y el Juzgado la admite por providencia de 20-IV. En escrito de 7-V, el demandado consignó el precio del plazo que, con arreglo al contrato anulado, vencía en 30-III; el demandante admitió el pago y se presentó en autos solicitando que se declarase ineficaz la consignación y desierto el recurso. La Sala decidió el incidente en auto que declaró mal admitido el recurso y firme la sentencia de primera instancia. Se interpone recurso de reposición y, desestimado, de revisión.

CONSIDERANDO: Que se ampara el primer motivo del recurso de revisión en la causa cuarta de la norma séptima de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, por estimar que existe manifiesto error en la apreciación de la prueba en la resolución recurrida, error que se trata de demostrar por la prueba documental obrante en autos y que consiste en haber estimado la existencia de dos plazos para el pago de la renta contractual, según establece el contrato de 3 de octubre de 1944, cuando no debía computarse más que un solo plazo anual para el pago de dicha renta, fundando el recurrente su apreciación del error que se atribuyó a la Sala "a quo", en haber sido declarado nulo el contrato referido de 1944, en la sentencia de la primera instancia, a causa de estar pactada la renta en dinero, y en haberse pagado en un solo plazo anual la renta correspondiente a los años 1947 y 1948 lo que, en todo caso, supondría una novación del contrato del año 1944, extremo este último que se acredita con los recibos obrantes a los folios 31 y 61 de los autos; mas tal argumentación es equivocada, porque *siendo uno de los puntos de discusión en el juicio el referente a la nulidad del repetido contrato de 1944, la resolución del Juzgador de primera instancia declarando su nulidad, no puede producir efecto mientras no sea firme*, y mucho menos puede serlo cuando al dictarse el auto recurrido en 24 de septiembre de 1949, estaba ya en vigor el Decreto-Ley de 15 de julio de 1949, en el que se dispuso no era causa de nulidad el haberse pactado la renta en numerario, estableciéndose en la primera Disposición transitoria, la aplicación de los preceptos de dicho Decreto-Ley a los juicios que se hallasen en tramitación, mientras no hubiese recaído sentencia firme declaratoria de la nulidad de dicha disposición legal al caso objeto de este pleito, precepto que ha sido aplicado por la Sala de instancia con acierto.

CONSIDERANDO: Que tampoco los recibos a que se alude por el recurrente demuestran el manifiesto error que se atribuye a la Sala "a quo"; en primer término, porque como acertadamente dice ésta en el auto resolutorio del recurso de súplica que entabló el recurrente, *la novación tiene que manifestarse con evidencia indiscutible, y nunca sería bastante para demostrarla la mera tolerancia del arrendador en aceptar el pago de la renta hecho con retraso* y en un solo plazo, cuando debía haberse hecho en dos, y además, porque en dichos recibos no se hace manifestación alguna referente a que el pago de la renta deba hacerse en uno o dos plazos, y por una y otra causa no pueden estimarse estos recibos documentos bastantes a justificar el error manifiesto que a la Sala se atribuye en este motivo.

CONSIDERANDO: Que, asimismo, debe desestimarse el motivo segundo apoyado en la causa tercera de la norma, Disposición transitoria y Ley citados, toda vez que no se acreditan las infracciones de preceptos legales, por la resolución recurrida que se indican en el segundo motivo del recurso, ya que, por las razones anteriormente expuestas, ni puede sostenerse la nulidad del contrato de 3 de octubre de 1944, ni pretender la aplicación de tal declaración de nulidad, sin ser ésta firme, ni estimar novado dicho contrato por el solo hecho de haber admitido el pago de la

renta en un solo plazo en los años 1947 y 1948; ni puede apreciarse incongruencia en el auto recurrido al acordarse por éste mal admitida la apelación, en lugar de declarar desierto el recurso, como había solicitado el demandante, ya que dicha declaración pudo y debió hacerla la Sala, aun sin haberla solicitado el actor; ni se aplicaron indebidamente los artículos 1.566 y 1.567 de la LEC, pues, aun cuando los mismos figuran consignados para los juicios de desahucio, ellos son aplicables también a aquellos otros en los que, como en el a que se refiere este recurso, se pretende la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de la posesión de la cosa arrendada por la arrendadora, por perseguirse en éstos la misma finalidad que en aquéllos, y haberse establecido por la jurisprudencia de este Supremo Tribunal la extensión a estos otros juicios de aludidos preceptos, que no sólo no infringen el apartado B) de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 23 de junio de 1940, sino que la confirman y completan, y por último, sin que pueda afirmarse, como lo hace el último apartado del segundo motivo de que nos ocupamos, que el auto recurrido viole el principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, pues, aparte, como hemos dicho, que el artículo 1.566 es preceptivo y como de orden público, cual es todo lo que al procedimiento se refiere, está por encima de la voluntad de las partes y de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación, la admisión de la apelación no impide que cuando la Sala se ha apercebido de la falta de cumplimiento del requisito exigido por el artículo citado, acate su contenido y decrete la firmeza de la resolución que había sido objeto de la apelación, por lo que no sólo no puede sostenerse que hayan infringido preceptos legales con injusticia notoria, sino que, al contrario, la injusticia la constituiría el sostener lo que el recurrente solicita.

CONSIDERANDO: Que la claridad manifiesta de los fundamentos del auto recurrido hace que deba reputarse temeraria la conducta del recurrente a los efectos de imposición de las costas de este recurso.

FALLO.—No ha lugar.

### SENTENCIA 3 MARZO 1951

#### Compromiso de cultivo directo—forma de contraerlo.

*Ha de estimarse contraído el compromiso si se expresó al notificar fehacientemente al arrendatario la voluntad de recuperar el predio arrendado, sin que sea necesario que el compromiso se consigne en la demanda, si ya se había contraído antes.*

#### Compromiso de cultivo directo—repercusión de la ulterior transmisión de la finca.

*Aun probadas las gestiones de venta de la finca y aun la consumación de ésta, no por ello quedaría exento el dueño de realizar el cultivo*

*directo por el plazo legal ya fuera el que ejercitó la acción o ya el adquirente del predio.*

#### Citación—de testigo clérigo.

ANTECEDENTES.—Se pidió la resolución de un contrato de arrendamiento rústico por incumplimiento y, en su defecto, por expiración del plazo. En ambas instancias se estimó la demanda por el segundo motivo. El caso quedaba incluido en la disposición adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942. El demandado intentó probar que el actor había vendido o intentaba vender la finca, lo que era incompatible con la obligación de cultivo directo, obligación que se había contraído en el acto conciliatorio previo, aunque sin aludir a ella en la demanda. El demandado propuso entre los testigos a dos clérigos, cuyas vicisitudes de citación recogen los dos primeros Considerandos del Tribunal Supremo. Se interpuso recurso de revisión.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero.—Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, con infracción del art. 273 de la LEC, en cuanto a la citación de los clérigos.

Segundo.—Infracción de la disposición adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942, al no contraerse el compromiso de cultivo directo.

CONSIDERANDO: Que por no estar dentro de las atribuciones peculiares de esta Sala, no se entra a interpretar el canon 120 del Código Canónico, distinguiendo la comparecencia de los clérigos ante los Tribunales civiles, ya que reos o sujetos pasivos de la relación procesal, ya como testigos extraños a ella, debiéndose limitar la consideración que se haga, al respecto que interesa al primer motivo del recurso—fundado en la causa segunda, norma séptima, disposición transitoria tercera b) de la Ley de 28 de junio de 1940—a las prescripciones de las Leyes civiles, cuya inobservancia casa este motivo como constitutiva de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que ha producido indefensión. Consiste el quebrantamiento, según el recurso, en la infracción del artículo 273 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse practicado la citación de dos testigos clérigos en forma que el recurrente considera obligadas; mas al razonar cómo debió, a su juicio, practicarse la citación, resulta que en un aspecto de su razonamiento excluye la aplicación de la forma prescrita por el art. 273 para la citación de los testigos, y en otro estima que es aplicable y que así fué como se hizo la citación, si bien al conocer la incomparecencia de los clérigos citados y que el motivo de ella era el haberles denegado autorización su prelado, la misma parte (folio 43 vuelto de los autos de la Audiencia) solicitó que se “citen por el conducto reglamentario”, sin expresar cuál fuera éste, por lo que al acordar el Juzgado, en quien se había delegado la práctica de la prueba, la citación en la forma pedida (folio 47, providencia de 7-4-1948), expidió al efecto un despacho que se entregó al Procurador, y como no se ha reportado a los autos, se desconoce el uso que de él hiciera, así como cuál fuere el “conducto reglamentario” elegido: posteriormente, la misma parte solicitó de la Audiencia que interesara del Excmo. Sr. Nuncio de S. S. en España deje sin efecto lo acordado por el Ordinario en cuanto a la prohibi-

ción de comparecer ante el Juzgado los mencionados sacerdotes—a lo que la Sala no accedió, con evidente acierto.

CONSIDERANDO: Que según el artículo 643 de la Ley de Enjuiciamiento, cuando los testigos citados dejaron de comparecer sin alegación de justa causa, la parte que les propuso pudo solicitar que el Juez acordase los apremios conducentes, y como se ha dicho, no solicitó el apremio, y al pedir que se les citase “por el conducto reglamentario” parece dió por supuesto que la citación efectuada no tenía eficacia y, por tanto, la que nuevamente solicitaba no podía tener el carácter de apremio, y cuando después señaló escrito dirigido a la Audiencia, folio 21, al que sin duda estimó “conducto reglamentario”, su petición no fué de apremio, ni aun de citación, sino que se solicitase del Nuncio que desautorizase al Prelado propio de los Clérigos, cuyo testimonio deseaba aportar, de donde se sigue que si no se aportaron sus testimonios no fué por denegación del Juzgado, sino porque, reservado a la iniciativa de la parte solicitar los apremios conducentes para exigir la comparecencia, no ejercitó esa facultad, lo que impone la desestimación de este primer motivo, aparte de que la falta de esa prueba no pudo producir indefensión, puesto que *aun probadas las gestiones de venta de la finca y aun la consumación de ésta, no por ello quedaría exento el dueño de realizar el cultivo directo por el plazo legal, ya fuera el que ejercitó la acción o ya al adquirente del predio*, como ha resuelto esta Sala en anteriores sentencias, conforme al artículo quinto de la Ley de 1940.

CONSIDERANDO: Que, entre otras resoluciones de esta Sala, las Sentencias de 16 de diciembre de 1943, 27 de noviembre de 1945 y 11 de abril de 1947, precisan la *necesidad de que el compromiso de explotación directa por el arrendador es cierto y conocido por el arrendatario para que aquél pueda eludir la prórroga contractual conforme a la disposición primera adicional de la Ley de 1942, pero el precepto no determina forma ni tiempo en que ese compromiso se ha de contraer y aun va implícito en el hecho de exigir la terminación del contrato, por lo que ha de estimarse contraído si no expresó, al notificar fehaciente, al arrendatario la voluntad de recuperar el predio arrendado*, como ha ocurrido en el presente caso, puesto que así se expresó en el acto de conciliación solicitado con más de un año de antelación al término convencional del arrendamiento, *sin que sea necesario que el compromiso se consigne en la demanda, si ya se había contraído antes, ni impide la transmisión del dominio, no habiendo incongruencia en la sentencia, que consigna la obligación de respetar ese compromiso, aunque no se expresa en la demanda, ni se menoscaban los derechos del arrendatario, ni, omitida la obligación en la sentencia, la incumple el arrendador después de recuperar la finca*, lo que hace innecesario modificar la recurrida, para establecer expresamente la obligación, y, además, no se pide por el recurrente, por todo lo que se desestima igualmente el segundo motivo.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 6 MARZO 1951

**Derecho de opción del aparcerero para continuar como arrendatario—ulterior desahucio del dueño.**

*Ejercitado por el cultivador el derecho de opción que le concede el artículo séptimo de la Ley de 28 de junio de 1940, en tiempo y forma, la demanda de desahucio del propietario que posteriormente solicita el lanzamiento del cultivador, fundándose en la terminación del plazo del contrato, no puede legalmente prosperar.*

**Juicio de desahucio—cuestiones extrañas—alegación de título.**

*Si bien es cierto que en el juicio de desahucio, por su especial naturaleza, no pueden alegarse ni discutirse cuestiones que le sean extrañas, no puede estimarse como tal la alegación del demandado de estar en posesión real de la finca objeto del pretendido desahucio, a virtud de un derecho reconocido y declarado en sentencia de un Tribunal.*

**ANTECEDENTES.**—El dueño de una finca requirió al aparcerero para que la abandonara. El aparcerero ejercitó judicialmente el derecho de continuar como arrendatario, estimándose la sentencia en primera instancia. Pendiente de apelación, el dueño interpuso contra él demanda de desahucio por expiración del plazo, que fué desestimada en ambas instancias. Se interpuso recurso de casación.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero.—Inaplicación de los arts. 44 y 47 de la Ley de 15 de marzo de 1935, por no dar lugar al desahucio.

Segundo.—Interpretación errónea del art. séptimo de la Ley de 28 de junio de 1940: la cuestión derivada del derecho concedido por este artículo excede del marco de un juicio de desahucio.

**CONSIDERANDO:** Que el artículo séptimo de la Ley de 28 de junio de 1940, si bien conserva la libertad del aparcerero propietario para no continuar su aparcería, creó, en tal caso, a favor del cultivador un nuevo derecho de opción entre el abandono al propietario del cultivo de la finca o continuar en ella como arrendatario de la parte proporcional a su participación, estando tan íntima y sustancialmente unidos y relacionados ambos derechos, que el del cultivador no es más que una consecuencia y derivación del del propietario, hasta el punto de que sólo al expresar éste de un modo formal y eficaz su voluntad de terminar la aparcería, es cuando nace el derecho del cultivador a seguir en la finca como arrendatario, y, por ello, *ejercitado por el cultivador este derecho de opción "en tiempo y forma", como declara el fallo de la Sentencia de 7 de marzo de 1949, que se le reconoció en pleito aparte, anterior al actual, la demanda de desahucio del propietario, que posteriormente solicita el lanzamiento del cultivador, fundándose en la terminación del plazo del contrato, no puede legalmente prosperar, porque ello sería hacer ilusorio aquel derecho de opción, cuya finalidad es evitar tal lanzamiento por la sola voluntad del propietario en la aparcería.*



CONSIDERANDO: Que tal es el primordial fundamento del fallo recurrido, por lo que todo lo que no sea combatir el hecho de una sentencia anterior al desahucio pretendido y la única y decisiva relación de este fallo anterior, a favor del cultivador, con el desahucio posteriormente solicitado por el propietario, se sale de lo que es objeto del pleito y de la sentencia, que al no estimar de aplicación, ni hacer alusión alguna a los artículos 44 y 47 de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuya violación por inaplicación se invoca en el primer motivo del recurso, obra acertadamente, ya que el previo reconocimiento del derecho de opción ejercitado por el cultivador para continuar en la finca, excusa todo posterior examen sobre el régimen de la aparcería a que se refiere el artículo 44 y sobre la terminación del plazo del artículo 47, materias que en todo caso podrían tener eficacia para resolver el derecho de opción.

CONSIDERANDO: Que no existe la interpretación errónea del artículo séptimo mencionado de la Ley de 1940, que en el segundo motivo del recurso se alega, porque *si bien es cierto que en el juicio de desahucio, por su excepcional naturaleza, no pueden alegarse ni discutirse cuestiones que le sean extrañas, no puede estimarse como tal la alegación del demandado de estar en posesión real de la finca objeto del pretendido desahucio, a virtud de un derecho reconocido y declarado en sentencia de un Tribunal, título eficaz, a efectos del desahucio solicitado.*

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 15 MARZO 1951

**Arrendamientos con renta pactada en metálico—ámbito convalidatorio del Decreto-ley de 15 de julio de 1949.**

*La nulidad del contrato de arrendamiento cuya renta se ha señalado en metálico entra dentro del ámbito convalidatorio del Decreto-ley de 15 de julio de 1949, cuando ha sido declarada por sentencia dictada en juicio de desahucio, dada su naturaleza sumaria.*

#### SENTENCIA 26 MARZO 1951

**Reintegro posesorio de combatientes: supuesto de aplicación—plazo.**

*El reintegro posesorio que autoriza la disposición adicional 6.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, requiere la relación de causa a efecto entre la estancia del hijo del arrendatario en el frente de guerra y el impago y tal relación no se advierte cuando dos de las tres rentas impagadas corresponden a fechas anteriores a la movilización.*

*La acción establecida en la disposición adicional 6.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 no tiene establecido plazo de prescripción, por lo que debe entenderse aplicable el del art. 1.968 del C. c., que se refiere a las acciones de recobrar la posesión.*

**ANTECEDENTES.**—Don A. era arrendatario de unas fincas de las que fué desahuciado el año 1938 por impago. Entró en el arrendamiento don B, y, constante éste, las fincas fueron vendidas a don C. En el proceso que motiva el recurso, se acumulan los siguientes autos: x) De don A. contra don B. sobre reintegro de posesión arrendaticia por motivar el desahucio la estancia en filas de sus hijos. y) De don A. contra don C. sobre retracto arrendaticio. z) De don B. contra don C., también sobre retracto arrendaticio de las mismas fincas. El Juzgado y la Audiencia estiman las acciones x) e y). Don B. interpone recurso de revisión por injusticia notoria.

**MOTIVOS.**—Respecto al fallo estimatorio de la acción x).—Primero.—Infracción de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup> de la Ley de 28 de junio de 1940 por aplicación indebida.

Segundo.—Violación del artículo 359 del Código civil.

Tercero.—Violación del art. 1.968 del Código civil.

Cuarto.—Error en la apreciación de la prueba.

Respecto al fallo estimatorio de la acción y).—Quinto.—Aplicación indebida del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Sexto.—Violación de este mismo precepto legal.

**CONSIDERANDO:** Que es cuestión, la más interesante del caso, y primera que en el recurso se expone, determinar si, por ser procedente en Derecho el reintegro en la posesión arrendaticia de las fincas a que se refiere el retracto a don A., que fué muchos años arrendatario de ellas hasta que en 24 de diciembre de 1937, demandado de desahucio por falta de pago las dejó, había de considerarse a dicho señor, con los derechos de arrendatario de ellas, cuando en escritura de 18 de marzo de 1946, fueron vendidas, o por no darse las circunstancias que la Ley exige para traer dicho reintegro posesorio carecía el propio sujeto de la facultad de retraer que ejercitaba; y el dilema ha de solucionarse en este último sentido, porque el reintegro posesorio que autoriza la adicional 6.<sup>a</sup> de la Ley de 28 de junio de 1940, requiere la relación de causa a efecto entre la estancia del hijo en el frente de guerra y el impago, y tal relación no se advierte cuando dos de las tres rentas impagadas fueron las de 1935 y 1936, en que no se había movilizad, ni tampoco consta acreditado que la falta de ayuda de ese hijo incorporado a filas en marzo de 1937 fuere eficiente motivo de tal impago de lo ya debido antes.

**CONSIDERANDO:** Que ciertamente no contiene la citada adicional 6.<sup>a</sup> plazo de prescripción de la acción que allí establece, pero como sin duda es de carácter posesorio y como las situaciones inestables no deben perdurar demasiado tiempo, debe entenderse aplicable un plazo cual el determinado en el artículo 1.968 del C. c., que se refiere a las acciones de recobrar la posesión.

**CONSIDERANDO:** Que, pues la sentencia impugnada aplica la sentada adicional, sin darse las circunstancias que su texto requiere y después de haber pasado su tiempo vital incidió en el motivo primero de revisión, que por lo dicho debe prosperar.

**CONSIDERANDO:** Que en efecto, elementos documentales de eficiencia, cual los apuntados en el segundo motivo del recurso, acreditan originarse el débito de renta en la del año 1935, y la movilización de un hijo en marzo de 1937, que se han desconocido por la sentencia al decidir con

error en la apreciación de la prueba que el motivo del impago fuere la falta de ayuda del hijo, se ha incurrido en el defecto que este motivo enuncia.

CONSIDERANDO: Que naturalmente al no tener la condición de arrendatario de las fincas en que pretende retraer don A., ni ser posible equipararle a aquel carácter, en la fecha de la venta de las fincas, según queda razonado, al otorgarle la sentencia el retracto que pretendía, infringió el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que condiciona ese derecho a tener la calidad de arrendatario; y acusada esta particularidad en el motivo tercero por el recurrente, tiene que aceptarse.

CONSIDERANDO: Que reconocido por el mismo demandado don C. ser en la fecha de su compraventa arrendatario efectivo de las fincas don B., desaparecida la circunstancia que permitió eliminarlos por la mediación de tercero, y dándose además todas las características exigidas por el artículo 16 de la dicha Ley de 15 de marzo de 1935, ya que la fecha de que ha de partirse es la de la escritura, porque hasta ella fué inconsistente lo convenido en el documento privado, ya que se alteraron algunas particularidades, y no hubo notificación en forma antes, no hay duda corresponderles el retracto que pretenden; habiéndose infringido el dicho artículo 16 al no dárselo, siendo procedente por lo dicho el cuarto motivo recurrente.

FALLO.—Ha lugar. Se revisa la sentencia recurrida, desestimando las acciones x) e y) y estimando la acción z).

#### SENTENCIA 6 ABRIL 1951

**Expropiación de finca rústica por el Instituto Nacional de Colonización.**

CONSIDERANDO: Que declarada la finca de "Q. de S." de interés social, a los efectos de su expropiación forzosa, se procedió a su valoración, cumpliéndose los trámites determinados en la Ley de 27 de abril de 1946 y existiendo una diferencia superior al 5 por 100 entre las valoraciones fijadas por el Perito de la Administración y el designado por el propietario, se nombró un tercer Perito por el Juzgado de Primera Instancia, y previos los trámites legales, el Consejo Nacional de Colonización, en 16 de junio de 1948, acordó fijar en 4.750.000 el justiprecio de la finca indicada, cantidad que supera solamente en 27.733,35 pesetas al valor señalado por el Perito de la Administración, acuerdo que se impugna en el recurso, fundando éste en la causa cuarta del artículo 7.º de la Ley de 27 de abril de 1946, por estimar existe injusticia en la valoración dada a la finca, a efectos de su justiprecio.

CONSIDERANDO: Que son elementos de juicio para la Sala, a los efectos de fijar la valoración definitiva de la finca expropiada, el contenido del expediente y los dictámenes periciales, siendo de observar la diferencia grande existente en la valoración que se da a la finca en los distintos dictámenes emitidos por los diversos Peritos que han interve-

nido en el expediente, todos ellos Ingenieros Agrónomos, pues mientras el Perito de la Administración valora la finca en 4.722.266,75 pesetas, el Perito designado por la propiedad la asigna un valor de 7.437.276, y el tercer Perito designado por el Juzgado de Primera Instancia, la valora en 6.774.483,59, y ante diferencia tan notable de valor, exige hacer un detenido examen para, libremente y en conciencia, determinar esta Sala el que estime justo dentro de los límites que la ley señala.

CONSIDERANDO: Que de los tres factores que la ley señala, han de tenerse en cuenta para la valoración de las fincas, el valor catastral, el valor en renta y el valor en venta, hemos de prescindir del primero, con respecto al que no existen diferencias apreciables en los dictámenes de los tres Peritos; en cuanto al valor en renta, si bien se reconoce que el contrato de aparcería es más beneficioso para los aparceros cultivadores que lo que suelen ser dichos contratos en aquella comarca, ya que el cultivo suele ser al tercio, correspondiendo, por tanto, al propietario una participación en los productos del 33,33 por 100, y el resto para los cultivadores, aumentado el beneficio para éstos con el pacto arrendaticio de ser de cuenta del propietario todos los abonos, cuando lo corriente es que contribuyan aparceros y propietario en la misma proporción en que se distribuyen los productos, tampoco tendremos en cuenta este factor de valoración, porque, con arreglo al precepto legal, es de tenerse en cuenta la renta producida en los cinco últimos años, y beneficiosa o perjudicial para el propietario, el contrato concertado es el que se ha tenido en cuenta.

CONSIDERANDO: Que el factor tercero, el valor en venta, es el que presenta mayores diferencias y el que el Perito de la Administración estima como más justo y más digno de atención, cuya apreciación es compartida por los otros Peritos, asignándose por el Perito de la Administración un precio unitario de 3.422 pesetas a la hectárea, el de la propiedad 5.232 pesetas, y el Perito tercero, 4.842 pesetas, que hacen un promedio de 4.498 pesetas la hectárea, que por estimar igualmente veraces unas afirmaciones y en razón a la honorabilidad de los técnicos que las hacen, estimamos el criterio más justo para valorar la finca: precio unitario por hectárea, que se aproxima al que se aceptó en la valoración hecha por esta Sala en su Sentencia de 24 de mayo de 1950, que era superior al que ahora se establece, si bien la calidad de la finca "Q. de S." es algo inferior a la de aquellas, aunque análoga en situación y clima y vendida con una diferencia de poco más de ocho días con la que es objeto de este expediente, circunstancia muy digna de tenerse en cuenta, por el aumento considerable de precio que con el transcurso del tiempo ha tenido la propiedad rústica, siendo de hacer resaltar que el informe de la Sección del Instituto de Colonización que figura en el expediente, reconoce la coincidencia de los tres Peritos en utilizar los precios unitarios como hace para la valoración, aun cuando no existe esa coincidencia en la determinación de ese precio por unidad, según hemos expuesto.

CONSIDERANDO: Que es de destacar también, a los efectos de la menor valoración por unidad que el Perito de la Administración asigna

a la hectárea, que las fincas que sirven de término de comparación con la de "Q. de S.", son de peor calidad que ésta, como reconoce el mismo Perito, al afirmar en su dictamen que las primeras se cultivaron al cuarto y la de "Q. de S." al tercio, y si a ello se añade que aquéllas fueron adquiridas con bastante anterioridad a la última, lo que supone un aumento de valor en la fecha de enajenación de ésta, hay que afirmar que es bajo el precio unitario de la hectárea que por el Perito de la Administración se señala, apreciación que confirma el hecho de no haber contado, dicho Perito, el precio de afección que corresponde al propietario en toda expropiación forzosa.

CONSIDERANDO: Que es de estimar la injusticia en la valoración en que el recurso se apoya, por los fundamentos anotados, y se fija definitivamente dicha valoración, como justiprecio de la finca expropiada, en la cantidad de 6.400.000 pesetas, que es el que ha de abonarse a los propietarios de la misma, en el que va incluido el precio de afección, que corresponde a todo propietario a quien se expropiare una finca, valor concedido dentro de los límites que exige el párrafo último del artículo 7.º de la Ley de 27 de abril de 1946.

FALLO.—Ha lugar.

#### SENTENCIA 21 ABRIL 1951

##### Precio de fincas expropiadas por el Instituto Nacional de Colonización.

*La valoración por comparación con los precios en que se hayan vendido otras fincas de la comarca resulta más adecuada que ninguna otra para que se cumpla la posibilidad de que el propietario pueda adquirir otra análoga.*

ANTECEDENTES.—Se trataba de un recurso de revisión interpuesto por la dueña de una finca expropiada por el Instituto Nacional de Colonización contra la valoración asignada por el Instituto. Discordantes los peritos de las partes, se había nombrado un tercero, que asignó un valor intermedio. La valoración del Instituto se atuvo sólo a la de su propio perito, basada en una anterior oferta de la dueña, no aceptada por el Instituto, y que no se refería a la misma extensión de finca. El T. S. hace prevalecer la valoración del tercer perito, sobre la base de la doctrina arriba recogida y sin hacer otras consideraciones de interés jurídico.

#### SENTENCIA 26 ABRIL 1951

**Aparcería: resolución del contrato y de la opción de prórroga por incumplimiento de obligaciones del aparcerero.**

CONSIDERANDO: Que en el contrato de aparcería, base de la acción ejercitada en la demanda por el aparcerero cultivador, se establece expresamente en el apartado a) de su 1.ª cláusula "que el demandante

se compromete a dejar los barbechos de tres vueltas por lo menos", y en el apartado b) de la misma cláusula "que todos los trabajos han de ser de la exclusiva cuenta del mismo, y en las certificaciones del Secretario de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de A. de 12 de octubre de 1947 y 17 de febrero de 1948, previo reconocimiento de la finca objeto de la aparcería por dos peritos y dos guardas, se hace constar que de las diversas parcelas o parajes examinados sólo uno se encuentra con tres vueltas de reja ordinaria y los demás con una o dos vueltas de la misma reja, apreciándose en el terreno de regadío dos parcelas sin sembrar", y rigiéndose la aparcería en primer término, por los pactos y condiciones que libremente estipulan las partes, según el artículo 44 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, pactos que tienen fuerza de ley entre los contratantes, conforme al artículo 1.091 del C. c., es visto que el demandante incumplió una de las obligaciones más esenciales en la aparcería, cual es la concerniente a la producción y rendimiento de la finca, por cuyo incumplimiento quedó privado del derecho de opción a continuar como arrendatario que le concede el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, ya que integrado el contrato de aparcería fundamento de la demanda, por un conjunto de obligaciones recíprocas y correlativas, y naciendo de él aquel derecho de opción, sólo cuando el aparcerero cultivador cumplió el contrato con la fidelidad y lealtad que la aparcería necesita para su justo y eficaz desenvolvimiento, podrá ejercitar con éxito el repetido derecho, porque sin desnaturalizar el fundamento social y primordial de la aparcería, cual es la mutua confianza e interés, no puede concebirse el derecho de opción a seguir como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación en la aparcería, el cultivador que previamente faltó a lo estipulado en el contrato, ya que el principio general del artículo 1.124 del Código civil, referente a la resolución de obligaciones recíprocas, principio confirmado para los arrendamientos en el artículo 1.556 del mismo Código y en el 26 de la Ley de 15 de marzo de 1935, es de aplicación al presente caso, en el que además, el cultivador fué condenado por sentencia firme de 12 de mayo de 1947—días antes de la presentación de la demanda—por el Juzgado Comarcal de A. a abonar al propietario "225 pesetas por aprovechamiento de pastos de la finca en aparcería", procediendo por ello la estimación del primer motivo del recurso, por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental, causa de injusticia notoria en la sentencia recurrida, que asimismo aplica indebidamente los artículos 44 y 47 en sus párrafos primeros de la mencionada ley, que también se citan en este primer motivo.

CONSIDERANDO: Que estimados motivos de casación que enervan la sentencia recurrida, no debe esta Sala examinar otros alegados para pretender también que fuera revisada, porque las sentencias de este Tribunal, siguiendo los principios científicos, debe simplificar el derecho, no haciendo otras declaraciones que las precisas, para resolver la colisión jurídica planteada, y por ello no es necesario resolver o decidir sobre los demás motivos del recurso, en el que, además, los motivos segundo y tercero, aunque fundados en la causa tercera de la norma séptima de la

Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, son esencial y jurídicamente análogos al primero.

FALLO.—Ha lugar.

### SENTENCIA 1 MAYO 1951

#### Novación o prórroga del contrato de arrendamiento rústico.

*La consignación de las rentas vencidas, atendiendo a exigencias de orden procesal, durante la tramitación del juicio de desahucio por expiración del contrato y la aceptación de las mismas efectuada en forma condicional por el arrendador no pueden derivar novación o prórroga del contrato.*

#### Costumbre agrícola: valor probatorio—pacto en contrario.

*La costumbre de efectuar los aprovechamientos agrícolas de un modo determinado en un lugar no vincula a los contratantes ni impide que éstos convengan lo que estimen oportuno en cuanto a esos aprovechamientos.*

#### Recurso de revisión: error aritmético.

*Los meros errores aritméticos en la valoración de la indemnización pueden ser subsanados en cualquier momento procesal y, por tanto, en el de ejecución de la sentencia, pero no constituyen materia de revisión.*

ANTECEDENTES.—El demandante solicita indemnización de perjuicios, fundándose en los presupuestos de hecho que se exponen en los considerandos. El Juzgado y la Audiencia conceden la indemnización en menor cantidad que la pedida, por lo que ambas partes interponen recurso de revisión.

MOTIVOS.—*Del demandante.*—Primero.—Error en la apreciación de la prueba documental.

Segundo.—Error en la prueba pericial obrante en autos.

*Del demandado.*—Primero.—Violación del art. 1.101 del C. c. en relación con los arts. 1.204, 1.255 y 1.258 del mismo cuerpo legal.

Segundo.—Aplicación indebida del art. 1.101 del C. c. y violación de los arts. 433 y 455 del C. c., interpretados por las Sentencias de 19 de mayo de 1943 de la Sala 5.ª y las de 23 de mayo de 1946 y 9 de abril de 1947 de la Sala de lo Civil.

Tercero.—Error en la apreciación de la prueba documental y pericial obrante en autos.

CONSIDERANDO: Que como básicos para la resolución del recurso hay que dejar sentados los siguientes hechos, que aparecen probados documentalmente y reconocidos, asimismo, por las partes: 1.º Que por documento privado fechado el día 15 de junio de 1940, la demandante, representada por su administrador, dió en arrendamiento al demandado

los aprovechamientos de bellotas, hierbas, pastos y rastrojeras de unas fincas de la propiedad de aquélla, durante tres años, que habian de comenzar el 30 de septiembre de dicho año y terminar el 29 del mismo de 1943, estipulándose como renta la de 31.500 pesetas anuales; y 2.º Que transcurrido el indicado plazo contractual, el mencionado arrendatario continuó en el disfrute de los expresados aprovechamientos, lo que motivó el que la propietaria de los predios promoviera contra el mismo el procedimiento de desahucio, alegando como preferente la causa primera del artículo 28 de la Ley de 1935, causa que al ser apreciada por el correspondiente Juez de Primera Instancia, dió lugar a que en su sentencia dictada el 22 de noviembre de 1944 fuese decretado el desahucio solicitado, resolución que fué confirmada por la Audiencia Territorial en sentencia fechada el 5 de diciembre de 1945, siendo desestimado por esta Sala por resolución de 28 de junio de 1946 el recurso de revisión que contra la sentencia de instancia formuló el demandado, el que dejó la finca en el mes de noviembre de este último año.

CONSIDERANDO: Que partiendo de lo anteriormente expuesto, las sentencias de instancia fundan el fallo condenatorio "en estimar qué desde la fecha en que con arreglo al contrato terminaba el arriendo había de cesar la relación arrendaticia existente entre las partes, y al prolongarla el demandado, disfrutó indebidamente de los frutos de la finca, con menoscabo de los derechos de la propietaria, dando ello origen a la indemnización declarada en la sentencia, tesis que debe prevalecer, por ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1.101 y 1.106 del C. c., en relación con el 13, número sexto de la Ley de 15 de marzo de 1935, no pudiendo, por tanto, prosperar los dos primeros motivos de revisión, que al amparo de la causa tercera de la norma séptima de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 formula la representación del demandado, toda vez que sosteniéndose en dichos motivos la irresponsabilidad de aquél por razón de los daños y perjuicios objeto de la condena, se funda esta aseveración en la subsistencia de la relación arrendaticia, que había que terminar, conforme al contrato, el 29 de septiembre del año 1943, durante el tiempo que se divirtió en la tramitación del proceso de desahucio, y que, por tanto, la ocupación de la finca en ese tiempo lo fué por título legítimo, conclusiones que carecen de base legal, ya que el recurrente las apoya, bien en una novación del contrato de arrendamiento, o modificación del mismo en cuanto al plazo, o bien en su prórroga por el lapso de tiempo antes expresado, lo que pretende deducir de la circunstancia de haber consignado, atendiendo a exigencias de orden procesal, las rentas vencidas durante la tramitación del juicio de desahucio y de la aceptación de las mismas efectuadas en forma condicional, por la actora, según se desprende del escrito testimoniado al folio 67 del pleito, actos de los que en ningún caso podía derivarse la novación o prórroga invocadas, tanto más si se tiene en cuenta la conducta de la actora, que en todo momento pugna con el consentimiento de la misma en la continuación arrendaticia, como se hace resaltar en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; de todo lo que se infiere, que ante la existencia de un hecho originario



de la indemnización de daños y perjuicios, cual es la permanencia abusiva del demandado en la finca durante determinado tiempo, la declaración por la sentencia recurrida de tal responsabilidad, se ajusta a lo prevenido en el citado artículo 1.101 del C. c., por tratarse, sin duda, de un caso de culpa contractual, que supone siempre la existencia de un contrato válido anterior, y en tal sentido, no puede estimarse que el fallo haya incidido en la infracción de dicho precepto ni en la de los artículos 1.204, 1.254 y 1.258 del mismo Código, de que se acusa en el primer motivo, ni tampoco en la vulneración de los artículos 433 y 455 del propio Código sustantivo, como se afirma en el segundo.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo del recurso interpuesto por el demandado se combate por éste, apoyado en la causa 4.<sup>a</sup> de la norma 7.<sup>a</sup> de la Disposición transitoria de la Ley de 1940 antes citada, el fallo recurrido, en cuanto en el mismo se incluyen como partidas integrantes de la total indemnización objeto de la condena las correspondientes a espigaderos durante las campañas de 1944 y 1946, con un beneficio de 15.152,80 pesetas, y 28.451,70 pesetas, impugnación que no puede prosperar, ya que para ello era preciso, conforme a la causa invocada, que se acreditare por el resultado de la prueba documental y pericial obrante en autos que el juzgador de instancia hubiera incurrido en manifiesto error al incluir la indicada partida en la cuenta indemnizatoria, y con ello se hubiera producido injusticia notoria, lo que no parece desprenderse del motivo, pues invocados a tal fin un informe expedido por la Hermandad Sindical Mixta de H. del D. y una comunicación de la Delegación Local de Sindicatos de V. P., no puede darse a dichos documentos el valor documental que para justificar la equivocación del Juzgador requiere el indicado precepto, pero aunque se admita como cierta la costumbre a que los mismos se refiere, según la que es corriente en la localidad, el que los labradores recojan casi la totalidad de las espigas caídas durante la siega, y que igualmente existe la costumbre del respiego, después de haber efectuado las operaciones, ello no implica que en el presente caso, se vieran obligados los contratantes por tal costumbre, y que, por tanto, el que no pudieran convenir lo que estimaron conveniente sobre dichos aprovechamientos, lo que haría ineficaz la invocación de tal costumbre, frente a la declaración del Juzgador de Instancia afirmativa de los expresados beneficios, por lo que, el motivo no puede prosperar.

CONSIDERANDO: Que los dos motivos de revisión que integran el recurso entablado por la representación de la parte actora, y que aparecen basados en la causa 4.<sup>a</sup> de la norma 7.<sup>a</sup> de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940, van encaminados a impugnar la sentencia recurrida, en cuanto en la misma, al fijar el importe a que asciende la indemnización de perjuicios, prescinde de las siguientes partidas, incluidas en el dictamen pericial: la de 14.814,50 pesetas, correspondiente a la montanera de 1946; la de 22.265,75 pesetas, que se asigna en dicho dictamen como rendimiento del ganado lanar en la anualidad de 1944 al 1945; y la de 2.220 pesetas, correspondiente a los beneficios reputados por este último ganado en los meses de octubre y noviembre de 1946; no pudiendo prevalecer

dichos motivos, toda vez que en las bases 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> de los contenidos en el considerando 5.<sup>o</sup> y en el apartado D), inciso b), en relación con la montanera, y en el apartado B), respecto al ganado lanar del considerando 6.<sup>o</sup>—ambos de la sentencia recurrida—se fundamenta por el Juzgador de Primera Instancia—con el ascenso del Tribunal de apelación—la exclusión de las indicadas partidas, sentando al efecto como resultado de su apreciación de los elementos probatorios: “que el demandado no pudo aprovechar la montanera correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 1946 por haber salido de la finca antes de que hubiera podido utilizarse; que tampoco pudo haber en los meses de octubre a noviembre del expresado año cabezas de ganado lanar en los aprovechamientos de la finca”, y que en la anualidad de 1944 a 1945, debido al rigor del tiempo, a la falta de adecuados albergues, y a los escasos pastos, el ganado lanar sólo permaneció en la finca en los meses de noviembre, diciembre y enero, siendo preciso darles piensos y otras alimentaciones totalmente ajenos a la explotación, por lo que su valor positivo fué nulo; y si bien se pretende por la recurrente desvirtuar dichas conclusiones, alegando al efecto haber incurrido el Juzgador en manifiesto error al apreciar las pruebas, los medios propuestos a tal fin carecen de eficacia, pues a las manifestaciones que las partes hicieron en relación al tiempo en que el demandado permaneciera en la finca después del 30 de septiembre de 1943, aunque se consignasen por escrito, no puede dárseles el carácter de prueba documental a los efectos de la pretendida revisión; y en cuanto *al dictamen pericial, también invocado, no puede olvidarse que la indicada prueba, por su naturaleza, es de libre apreciación del Juzgador de Instancia, el que, para llegar a la convicción que implica el fallo, no ha de constreñirse a dicho medio probatorio, sino que ha de conjugarlo con los demás que obran en autos, y en el presente caso no se prescindió por el Juzgador del dictamen pericial practicado, ya que lo aceptó en la mayoría de sus extremos, y si no lo fué en aquellos a que se contrae el recurso, fué debido a estimar el Juzgador como resultado de la apreciación conjunta de la prueba, el que concurrían las circunstancias antes mencionadas, que se oponían a aceptar las referidas partidas, todo lo que excluye la existencia del manifiesto error en la apreciación de la prueba que, como producto de injusticia notoria, caracteriza a la causa en que se apoyan los motivos objeto de examen.*

CONSIDERANDO: Que si bien se aprecian en la sentencia recurrida los errores aritméticos que se acusan por la parte actora en el segundo de los motivos, pudiendo los mismos ser subsanados—según ha declarado la jurisprudencia—en cualquier momento procesal y, por tanto, en ejecución de sentencia, no constituyen materia de revisión.

CONSIDERANDO: Que rechazados todos los motivos que integran los recursos promovidos por ambas partes, debe serlo igualmente éste, sin que existan méritos para hacer expresa condena de las costas causadas por los mismos.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 8 MAYO 1951

**Subrogación del subarrendatario en el pago de la merced arrendaticia.**

*El hecho de satisfacer el subarrendatario al arrendador la merced que tuviera convenida con el arrendatario en fecha anterior a la extinción del arrendamiento, no puede ser causa de constitución de una nueva relación arrendaticia, porque la subrogación prevista en los artículos 1.203, tercero, 1.204, 1.209, 1.210, primero y segundo y 1.212 del Código civil, origina derecho en favor del que paga contra el deudor por quien paga, pero no contra el acreedor.*

**Nulidad y sanación de subarriendo rústico.**

*La sanación que de la nulidad de los subarriendos rústicos declarada en la ley de 1935 regula la disposición adicional 3.ª de la Ley de 23 de julio de 1942, por establecerse en régimen transitorio, dejando subsistente la prohibición legal, se refiere a los subarriendos ya existentes al comienzo de vigencia de la ley, en cuya fecha se habían de cumplir las circunstancias requeridas en la citada disposición adicional para que se produjera el efecto previsto en la misma, persistiendo la sanción de nulidad en otro caso.*

## SENTENCIA 9 MAYO 1951

**Revisión por injusticia notoria: apreciación de la prueba.**

CONSIDERANDO: Que teniendo por fundamento el fallo recurrido la afirmación que hace la Sala sentenciadora de no haberse probado los hechos capitales en que se basa la acción ejercitada, tales como la enagenación de una parcela de la finca cuya explotación se intenta recobrar, la simulación del cultivo directo y personal por parte del demandado, así como la falta de capacidad de ésta para esa clase de cultivo y el empleo de trabajadores en proporción mayor de la establecida, es evidente que mientras esa apreciación de la prueba no se combata al amparo de la causa 4.ª de la norma 7.ª de la Disposición transitoria 3.ª d) de la Ley de 28 de junio de 1940 y no se hace así, puesto que el único motivo de revisión sólo se ampara en la causa 3.ª de dicha disposición, ha de rechazarse el recurso, por no existir las infracciones que se acusan de los preceptos citados, los cuales, para que puedan ser aplicados, necesitan la previa demostración de los supuestos de hecho cuya existencia niega el fallo recurrido.

## SENTENCIA 17 MAYO 1951

**Revisión de renta—fijada en trigo.**

*La fijación de la renta en trigo, prescrita por el art. 3.º de la Ley de 28-VI-1942, no impide el ejercicio de la acción revisoria del art. 7.º de la Ley de 15-III-1935.*

**Revisión de renta—fijada en trigo.**

*Las alteraciones en el precio del trigo no fundamentan la revisión de las rentas fijadas en tal especie.*

**Recurso de revisión—por error.**

*La causa 4.ª de la norma 7.ª de la Disposición transitoria 3.ª, A) de la Ley de 28-VII-1940 exige, además de la notoriedad de la injusticia, que el error de que deriva sea manifiesto, o lo que es igual, patente, apreciable con evidencia por la mera contemplación de los medios aptos con que se intenta demostrar.*

ANTECEDENTES.—En noviembre de 1946, se arrendó una finca, cuya explotación predominante era la pecuaria, pactándose la renta en trigo, a pagar en dinero. Habiendo aumentado el precio del trigo y disminuido el del ganado, el arrendatario intenta la revisión. Su demanda es desestimada en ambas instancias; e interpone recurso de revisión por los motivos que recogen los considerandos.

CONSIDERANDO: Que fundado el presente recurso en las causas 3.ª y 4.ª de la norma séptima, Disposición transitoria tercera, A), de la Ley de 28 de junio de 1940, acusa la falta de aplicación de los arts. 7.º de la Ley de 1935 y 5.º de la de 1942, y errónea interpretación del art. 3.º de esta última ley, bajo el supuesto de que la sentencia recurrida estimó que la fijación de la renta en trigo, prescrita en el artículo 3.º citado, si no anula por completo, reduce considerablemente la facultad que, para obtener la revisión, otorga el artículo 7.º de la Ley de 1935, confirmada por el 5.º de la de 1942, cuya inaplicación denuncia el recurso, pero el supuesto es erróneo, puesto que la sentencia, ateniéndose a la pretensión concreta del actor, no niega su facultad de instar la revisión, sino que la desestima por no considerar injusta la renta pactada ni aun siquiera impugnada como tal, y, en efecto, el principal fundamento de la pretensión es que por la eventual elevación del precio oficial de la especie que sirve de módulo valoratorio de la merced arrendaticia, resulta muy elevada la cuantía dineraria en que se ha pagar, lo que, ciertamente, no afecta a la justa regulación de aquélla base, ni puede motivar su revisión instada por el arrendatario si el precio del trigo aumenta o por el arrendador si disminuye.

CONSIDERANDO: Que si la sentencia se refiere a la expresada elevación del precio del trigo, es precisamente porque, como antes se dice, es fundamento de la pretensión, y acertadamente lo rechaza, porque para estimar o no justa la renta se debe tener en cuenta la cantidad de trigo en que consiste, no su traducción en dinero, que será la determinada por disposiciones administrativas extrañas al interés privado de los contratantes y conforme a éstas, los otros posibles fundamentos de la pretendida revisión quedan igualmente sin base... de donde se sigue que si en lugar de las 70.000 pesetas que pagó el arrendatario en el primer año ha tenido que pagar en el tercero mayor cantidad, ello se debe a circunstancias económicas, harto conocidas, que el Poder Público ha tenido en cuenta y no pueden motivar que se estime excesivamente onerosa la merced arrendaticia, que no se ha modificado en su esencia, aunque sí en su traducción dineraria, sujeta a fluctuaciones que sólo la autoridad competente puede establecer y no alteran la justa compensación de las recíprocas prestaciones de las partes.

CONSIDERANDO: Que el recurso se funda también en la causa cuarta, según la cual se puede impugnar el fallo cuando incurra en injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba, y si el precepto exige, en todo caso, además de la notoriedad, que equivale a común convencimiento, de la injusticia, que el error del que deriva sea manifiesto, o lo que es igual, patente, apreciable con evidencia por la mera contemplación de los medios aptos con que se intenta demostrar, mayor razón tendrá la exigencia cuando se trata de alterar en beneficio de una parte el contenido obligacional, de un contrato creado legítimamente por el libre consentimiento... aparte de que, como antes se dice, el mismo demandante acepta como buena la renta que dice haber pactado verbalmente en metálico, y no tiene, en consecuencia, razón legítima para pretender que la cantidad de quintales métricos de trigo en que se convirtió al decidirla por el precio vigente del trigo a la sazón se reduce ahora porque este precio ha aumentado, con lo que precisamente se cumple la previsión del legislador.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 MAYO 1951

Ley de 16-VII-1949—derecho transitorio.

En los procedimientos que se encuentran pendientes de revisión no es aplicable esta ley, de acuerdo con la regla tercera de la Disposición adicional séptima de la Ley de 23-VII-1942, a que remite la Disposición transitoria 2.ª de la de 1949.

**Retracto arrendaticio—carácter del plazo.**

*El plazo para ejercitar el retracto no es procesal, sino que afecta y condiciona sustantivamente la vida del derecho del cual emana y por tanto ni la autoridad judicial ni los interesados pueden válidamente modificarlo.*

ANTECEDENTES.—En 1935 la propietaria de unas fincas rústicas acordó con sus arrendatarios, en documento privado, la venta de las mismas, venta que no se consumó. En 24-I-1944, un nuevo comprador cita de conciliación a aquéllas para notificarles la adquisición a efectos del retracto; el precio era tres veces mayor que el acordado en 1935. Los arrendatarios inician juicio ordinario pidiendo la nulidad de la venta de 1944, por simulación, la elevación a escritura pública de la de 1935, o subsidiariamente, la interrupción del plazo para retraer. La sentencia del Juzgado daba lugar a la demanda principal y la Audiencia, revocándola, con fecha 10-XII-1947, declara interrumpido el plazo de prescripción, absorbiendo al demandado de la principal. El 20-XII-1947, los arrendatarios presentan demanda de retracto, acompañada de copia simple de la sentencia de la Audiencia, aun no firme; el Juzgado declara en suspenso el procedimiento. Firme la sentencia citada en 23-IV-1948, por caducidad del recurso, se presenta en 31-V-1948, con certificación de tal firmeza, escrito solicitando del Juzgado la prosecución del procedimiento, en el que recayó sentencia desestimatoria y, apelada ésta, fué confirmada por la Audiencia, fundándose en la caducidad de la acción de retracto por haber excedido del plazo el tiempo transcurrido desde la firmeza de la Sentencia de 10-XII-1947 hasta el escrito de 31-V-1948, interpretando que hasta aquel momento no se ejerció el retracto. En revisión, el Supremo, variando los fundamentos, no da lugar al recurso.

CONSIDERANDO: Que la revisión del fallo recurrido que se propugna en el único motivo de este recurso, amparado en la causa tercera de la norma séptima de la Disposición transitoria tercera a) de la Ley de 28 de junio de 1940, con invocación de la infracción causante de injusticia notoria por errónea interpretación del art. 16 de la LAR, de 15 de marzo de 1935, en el extremo referente al modo de computar el plazo de un mes, que tal artículo establece, para el ejercicio de la acción de retracto arrendaticio, y con alegación también de la aplicación al caso de lo ordenado en la Ley de 16 de julio de 1949, ampliando a tres meses el citado plazo de uno para el ejercicio de dicha acción, resulta del todo *improcedente, en cuanto al último supuesto, porque siendo un hecho evidente que en la fecha de la publicación de la ley citada se hallaba este pleito en tramitación ante esta Sala, sin haberse dictado aun sentencia, ha de seguir el recurso su tramitación normal y dictarse el fallo de acuerdo con la legislación que regia cuando se estableció en el litigio el cuasi contrato de "litis-contestatio", según expresa y claramente establece la Disposición transitoria segunda de la repetida Ley de 16 de julio de 1949, que manda se atemperen los Jueces y Tribunales para la aplicación de lo dispuesto en su artículo 1.º a las normas procesales contenidas en la Disposición adicional séptima de la de 23 de julio de 1942, entre las cuales figura la tercera a que antes se hace referencia, que impide la aplicación de la reforma en razón del trámite procesal en que el pleito se encuentra.*

CONSIDERANDO: Que desechada la tesis recurrente que antecede, y sien-

do un hecho probado que el comprador de las fincas que se intentan retraer citó de conciliación a todos los arrendatarios de las mismas, acto que se celebró en 29 de enero de 1944, en el que les hizo saber que por escritura pública de 15 de dicho mes y año, otorgada ante el Notario de Madrid, don T. G., había comprado a doña M. M. V. las 58 fincas que componen la recurrida denominada de "S. T." del término de V., llevadas en arriendo por las demandadas, con expresión del precio de la compra y modalidades de pago del mismo, todo ello a fines de que pudieran ejercitar si les convenía la acción de retracto que le otorgaban el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, según todo ello resulta de la certificación del folio 131 vuelto y 132 de los autos de primera instancia, no puede ponerse en duda que por parte del comprador se cumplió en este caso la obligación que dicho artículo 16, párrafo 3.º le imponía de notificar a los arrendatarios la compra de las fincas arrendadas, y como esa notificación, hecha con referencia exacta al contenido de la escritura pública aludida, aparece bastante y completa, conforme a la doctrina de esta Sala, para poder ejercitar con conocimiento de causa la acción después ejercitada y marcaba el inicio para el cómputo de plazo de un mes dentro del cual, a contar de la fecha de la notificación del comprador, debió ejercitarse la acción y no se ejercitó hasta cerca de cuatro años después, es visto que la acción de retracto cuando se puso en acción había caducado, sin que a ello pueda oponerse el hecho también cierto de que los arrendatarios, ahora retrayentes, en vez de hacer uso del derecho de retracto a partir de la citada notificación entablaran pleito ordinario de mayor cuantía, entre otras cosas sobre *simulación de escritura pública de compraventa*, con referencia a la de 15 de enero de 1944, generadora del derecho de retracto, y *petición de suspensión del término o plazo* para ejercitarlo, único extremo, éste último, que fué objeto del fallo recaído en la apelación de la sentencia dictada por el Juzgado de V. de don J., al declarar la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de V., en la suya de 10 de diciembre de 1947, según aparece del testimonio del folio 88 vuelto de los autos de primera instancia "*interrumpido el plazo de un mes para el ejercicio de la acción de retracto de los demandantes, nacido del otorgamiento de la escritura de compraventa otorgada por señora M. a favor del señor P., en 15 de enero de 1944*", absolviendo de las demás peticiones de la demanda, porque la eficacia de esta declaración no tiene aplicación al caso debatido, conforme a la doctrina de esta Sala que debe reiterarse, contenida en Sentencia de 18 de noviembre de 1946, según la cual *el plazo para ejercitar el retracto, no es procesal, sino que afecta y condiciona sustantivamente la vida del derecho del cual emana y, por tanto, ni la autoridad judicial ni los interesados pueden válidamente modificarlo*, pues de otra suerte, el arbitrio de aquélla o la pasividad de éstos bastaría para que la inestabilidad de determinada situación jurídica, se prolongara indefinidamente y con duración distinta en cada caso, olvidando que sobre aquél y ésta se halla la autoridad del precepto legal, que como todos los reguladores del derecho de propiedad, ha buscado los medios adecuados para evitar en él situaciones ambiguas.

CONSIDERANDO: Que no obstante la conformidad de las sentencias de instancia y en atención al tema materia de revisión, no se aprecia temeridad

en ninguna de las partes litigantes a efectos de una expresa condena en las costas de este recurso.

FALLO.—No ha lugar.

### SENTENCIA 22 MAYO 1951

**Rescisión del contrato: ejercicio de la acción rescisoria.**

*La acción rescisoria que regula el artículo 26 de la Ley de 15 de marzo de 1935 puede ser ejercitada con independencia de la de desahucio que establece el artículo 28 de la propia ley.*

*Aunque los árboles cortados y arrancados estuviesen secos al efectuarse la tala, por tratarse de un aprovechamiento de productos maderables y leñosos no permitido por pacto alguno ni autorizado por la propiedad de la finca, integra una infracción contractual que por su naturaleza da lugar a la rescisión del contrato de arrendamiento.*

ANTECEDENTES.—Véanse en el segundo considerando.

MOTIVOS.—Primero.—Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditada por el dictamen pericial obrante en autos.

Segundo.—El mismo que el anterior.

Tercero.—Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.556 y 1.561 del C. c. y los 24, 26 y apartado 5.º del 28 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

CONSIDERANDO: Que las sentencias de instancia fundan principalmente los pronunciamientos que contiene el fallo recurrido en el hecho de que el demandado arrendatario de la finca ha aprovechado productos maderables y leñosos de la misma sin la autorización de la propietaria, la actora, ni la del Distrito Forestal, cortando al efecto 174 álamos, extrayendo 60 más, que unidos a los 86 que se mantienen en pie completamente secos hacen un total de 320 árboles, cuyos daños valoran en 8.000 pesetas, declaración que si bien no aparece contradicha en el recurso por lo que respecta a la realidad de la indicada tala, es combatida en el primer motivo de revisión—apoyado en la causa 4.ª de la norma 7.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940—en cuanto se incluye en la valoración de los supuestos daños los 86 árboles que se mantiene de pie en la finca; siendo asimismo impugnada la sentencia recurrida en los motivos segundo y tercero—tasados ambos también en la indicada causa, y el último, además, en la tercera—, al calificar como daños causados a la finca la corta de árboles efectuada por el demandado, por entender que los Juzgadores de Instancia con tales conclusiones han incidido en injusticia notoria, por manifiesto error en la apreciación de la prueba y han valorado por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 1.556 y 1.561 del C. c., y 24, 25 y 28 de la Ley arrendaticia de 15 de marzo de 1935.



CONSIDERANDO: Que como precisa de influencia notoria para la resolución del recurso hay que dejar sentados los antecedentes que a continuación se exponen, cuya realidad se deriva de las alegaciones de las partes y de los elementos documentales y periciales obrantes en los autos: primero, que la finca cultivada por el arrendatario demandado desde el mes de septiembre de 1935, está poblada de olivos, castaños, avellanos, álamos negros, algunos frutales con monte bajo, pinos y alcornoques, sin que conste que el convenio arrendaticio contuviese pacto alguno por el que se autorizase al arrendatario para efectuar la tala y aprovechamiento del arbolado; segundo, que en el mes de septiembre de 1947 la actora y propietaria de la expresada finca dirigió a la Jefatura del Distrito Forestal una solicitud de aprovechamiento del inmueble rústico, consistente en la limpia de 400 satones de castaños y corta de 500 álamos negros, alegando al efecto que estos álamos se encontraban secos, cuya solicitud fué archivada debido a que la peticionaria no dió su conformidad al presupuesto de gastos formulado para el reconocimiento de la finca; tercero, que en virtud de expediente instruído por la mencionada Jefatura, en el mes de diciembre de dicho año, ésta apreció que por el demandado se había efectuado, sin la debida autorización un aprovechamiento forestal de la indicada finca, consistente en una corta por entresaca de 320 álamos negros secos y semisecos, con diámetros de 8 a 10 y de 10 a 16, lo que motivó el que le fuera impuesta como sanción una multa de 1.500 pesetas.

CONSIDERANDO: Que conforme a la doctrina sentada por esta Sala, *la acción rescisoria que regula el artículo 25 de la Ley de 15 de marzo de 1395 puede ser ejercitada con independencia de las de desahucio que establece el artículo 28 de la propia ley, por lo que, habiéndose hecho uso por la actora de la primera—según se infiere del contenido de los fundamentos de la demanda—, hay que determinar, a los efectos del recurso, si las sentencias de instancia, al estimar la indicada acción, han incurrido en injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, como se contiene en el segundo y tercero de los motivos revisorios.*

CONSIDERANDO: Que en los indicados motivos, partiendo del hecho indiscutido de la corta y extracción por el arrendatario de un determinado número de álamos de la finca, se mantiene la tesis, invocando al efecto el dictamen pericial practicado, que del expresado aprovechamiento no puede derivarse la penalidad que establecen los artículos 1.556 del Código civil y 26 de la Ley de Arrendamientos Rústicos antes citada, habida cuenta de que la tala del arbolado objeto del mismo no podía influir en el rendimiento de la finca, por hallarse sin vida, debido a la enfermedad padecida por la alameda, tesis que no puede prevalecer, pues *aun admitiendo—como lo hacen las sentencia de instancia—que los árboles cortados y arrancados estuviesen secos al efectuarse la tala, es lo cierto que por tratarse de un aprovechamiento de productos maderables y leñosos no permitido por pacto alguno ni autorizado por la propiedad de la finca, integraba una infracción contractual que por su naturaleza daba lugar a la aplicación del expresado artículo 26, por lo*

que al decretar el Tribunal *a quo* la rescisión del contrato de arrendamiento, por estimar grava el incumplimiento del convenio arrendaticio—apreciación esta no combatible por causa revisoria—no incidió en injusticia notoria, ni por manifiesto error en la apreciación de la prueba pericial, ni por vulneración de los preceptos legales citados, como se pretende en los mencionados motivos, que por ello han de ser rechazados.

CONSIDERANDO: Que respecto al primer motivo del recurso, infiérese de la declaración sentada como base del fallo recurrido—reproducción del correspondiente extremo del dictamen pericial—que el aprovechamiento de los productos maderables y leñosos de la finca afectada indebidamente por el arrendatario demandado, lo fué únicamente en cuanto a 234 árboles, el importe de los mismos, debía de haberse limitado la cuantía de la indemnización, por lo que al extenderse además la condena al valor de los 86 árboles que, como se declara asimismo en las sentencias y se expresa en dicho dictamen, “se mantenían en pie completamente secos”, es indudable que el fallo incide en injusticia notoria al apreciar con error el indicado extremo del dictamen pericial, por lo que el motivo debe prosperar, y en tal sentido, partiendo de la realidad de aquel aprovechamiento ilícito efectuado en perjuicio de la actora, ha de determinarse el importe de la indemnización, atendiendo al número de árboles a que se redujo dicho aprovechamiento, y a su valor en aquel momento en que se realizó, teniendo en cuenta asimismo el que se hallaban secos y sólo eran utilizables como madera o leños; valoración que se efectuará en periodo de ejecución de sentencia, según previene el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que no existen méritos para hacer expresa condena de las costas del recurso.

FALLO.—Se revisa la sentencia de instancia en el sentido de los considerandos.

#### SENTENCIA 23 MAYO 1951

#### Determinación del valor de las fincas expropiadas por el I. N. de Colonización.

NOTA: Esta sentencia resuelve un recurso de injusticia notoria, interpuesto contra un acuerdo del Consejo del Instituto Nacional de Colonización, y da lugar a él, atendiendo a que el precio fijado por dicho organismo para la expropiación de una finca era igual al de adquisición de dicha finca por el actual propietario recurrente, no teniéndose en cuenta, de este modo, el aumento de valor que ha experimentado la tierra y los gastos que la compra trae aparejados (liquidación de derechos reales, etc.).

## SENTENCIA 28 MAYO 1951

**Determinación del precio de finca expropiada por el Instituto Nacional de Colonización—métodos de valoración.**

*No son solamente los indicados en el art. 5 de la Ley de 27-IV-1946, sino todo otro adecuado para determinar el justiprecio, que es la finalidad que la ley persigue.*

**Determinación del precio en el caso de finca en período de transformación de secano en regadío.**

*No puede en este caso prescindirse de los métodos que analizan los gastos y productos que esa transformación ha originado, ya que ese conocimiento ha de contribuir a averiguar el verdadero valor de la finca expropiada.*

## SENTENCIA 30 MAYO 1951

**Expropiación por el Instituto Nacional de Colonización.**

CONSIDERANDO: Que conformes los tres peritos que en el expediente informaron respecto a los elementos de estudio, valor catastral y valor en renta de la finca de que se trata, ha de reducirse el análisis al contraste de las opiniones disconformes de quienes técnicamente no han podido coincidir; tal es la valoración según el tipo de venta de fundos de iguales o parecidas características; mas aquella conformidad primero y discordancia después, no dejan de tener significación positiva para afirmar que catastro y valor o renta no son datos inútiles, porque, relacionándolos con la proposición valoratoria que para el caso en discusión propone hoy cada cual de los tres peritos, se deduce: 1.º Que la finca ha adquirido después de catastrada y tiene, según renta, supensión propone hoy cada cual de los tres peritos, se deduce: 1.º Que la cantidad, según catastro y renta, afirma un límite mínimo que en ningún caso pudiera descenderse de él ni aun en vía de comparación con valores en venta.

CONSIDERANDO: Que dicha supervalía, en relación a catastro y renta, puesto que la calidad intrínseca y consiguiente fertilidad del terreno no ha variado, se justifica fundamentalmente por dos hechos: uno, labor agrícola de los propietarios que sucesivamente lo fueron, merced a la cual y mediante "cortes, descuajes y roturaciones" transformaron la heredad en tierra de clase primera, dedicada a labor de cereales en extensión de 264 hectáreas, 82 áreas y 62 centiáreas; otra porción de tierra de segunda clase, dedicada a igual cultivo, en extensión de 14 hectáreas, 6 áreas y 65 centiáreas; quedando, además, un terreno erial de 2,8173 hectáreas, destinadas a pastos y perdurando de la antigua mon-

tanera 250 pinos; como segundo hecho, ha de afirmarse que el precio en mercado de las producciones de la finca en sus tres modalidades, se elevó considerablemente. Aparte de estos hechos coexisten a modo circunstancial otros que justifican revalorización, tales son: la próxima conclusión de una carretera que acerca la distancia a G. en 30 kilómetros; la existencia de vías que facilitan el transporte de productos agrícolas al pueblo de P. M. y a los de A. y V. de las T., circunstancias que favorecen la concurrencia a los mercados de aquella capital y estas poblaciones, y por ello, la facilidad de mayor rendimiento en la venta de productos agrícolas.

CONSIDERANDO: Que si hubiera de aceptarse como precio de expropiación aquel que propone el perito que lo valoró en nombre de la Administración, la justicia evidentemente padecería, porque—aparte de las observaciones antedichas—destaca el hecho de que el recurrente, sin que su afirmación mereciera ni aun oposición como dudoso, pagó como precio de compra 1.110.000 pesetas; por tanto, si esta cantidad hubiera de ser la que ahora percibiera, sufriría como pérdida indiscutible, cuanto tuvo que abonar por gastos de escritura, de pago de impuestos de timbre, de Derecho Reales, de Registro, y veríase también privado del beneficio que en el momento de la expropiación pudiera rendir en favor del capital invertido el mayor valor de los productos agrícolas.

CONSIDERANDO: Que si la finca de que se trata se halla en las antedichas circunstancias; si los peritos que han informado coinciden diciendo de ella que su tierra es fácil de labrar y fértil, puede ya establecerse comparación entre su valor intrínseco y circunstancial con el de otras tierras de iguales o análogas características, sitas en el mismo término o comarca, como dispone el artículo 5.º de la Ley de 27 de abril de 1946.

CONSIDERANDO: Que en dicho aspecto la información pericial ofrece vacilaciones, nacidas para unos de ser pocas las transmisiones recientes, conocimiento imperfecto de la extensión de los terrenos vendidos, fijándose otros en la valía circunstancial de tierras por su proximidad a poblados, deseo en los compradores de invertir capitales improductivos, pero coincidiendo en la supervalía de los productos del campo.

CONSIDERANDO: Que los respectivos peritos citan casos de venta de fincas, y al hacerlo, ofrecen en vía de ejemplo, escala de valores vendidos que oscila de 3.000 a 10.000 pesetas fanega (este último en un solo caso), si bien uno de tales informantes ya precisa que el valor normal y más frecuente en tierras de secano y buena calidad es el de 5.750 y 6.390 pesetas por hectárea; es de notar que en su trabajo de perito de la Administración, después de valorar el secano primero y segundo de la finca con el erial de la misma y sus 250 pinos, en 1.338.000 pesetas, entendió que debía proponer como valor en venta el de 1.110.000 pesetas, contrastado el que corresponde a la heredad, según catastro y renta, con aquel a que llegó según ventas, creyendo justo, sin razonarlo, señalar cantidad que se distancia entre uno y otros términos de la comparación. También se observa que los tres peritos fijan el valor por hectárea en cifra que, para el de la Administración es de 4.898,31 pesetas; de 7.240,97 pesetas para el que informó en nombre del propietario, y en 5.750 pesetas,

el tercero, demostrando tan distinta estimación que tales opiniones en vía comparativa deben someterse por esta Sala a contraste influido, ya que las circunstancias de localización y demás accidentales que se han expuesto, ya singularmente por las notas de extensión, calidad de sus modalidades parcelarias y labor a la que respectivamente están destinadas, así esta del pleito y aquellas otras con las cuales su valor en venta han servido de términos de comparación, sin olvidar, para ponderarla adecuadamente, la relativa influencia que en la tasación ha de tener el tiempo transcurrido desde la fecha de compra por el recurrente hasta aquella en que por expropiación pierde la suerte de "F. C.", materia de este recurso objeto.

CONSIDERANDO: Que paralelamente a las expuestas circunstancias, ha de notarse que cuando pericialmente se informa por comparación de valores en venta de fincas análogas, se observa que éstas, generalmente son, o de superior calidad o, teniéndola análoga, concurren en ellas circunstancias especiales, tales como arrendamientos pendientes cuando la transmisión, falta de ellos en otras, edificaciones en algunas, cabida de extensión desproporcionada, como la del caso del pleito. Todas estas modalidades, unidas a las antes expresadas, todas ellas merecedoras de ser tenidas en cuenta, obligan a formar juicio por su conjunto, y atendido a él, estima la Sala que debe fijarse con justo valor de la finca expropiada al recurrente don J. M. C. en la fecha de expropiación la cantidad de pesetas 1.400.00.

FALLO.—Ha lugar.

## SENTENCIA 12 JUNIO 1951

**Arrendamientos rústicos—juicio de retracto—ámbito.**

*No es procesalmente adecuado para solicitar en él una discutida división de terrenos.*

**Determinación de la cosa en el retracto—analogía con la reivindicación.**

*La naturaleza real del derecho y acción de retracto impone la determinación de la cosa, y lo mismo se deduce de la pronunciada analogía que existe entre retracto y reivindicación, requisito de la cual es, según reiterada jurisprudencia, la determinación de la cosa objeto de la demanda.*

**Ejecución de sentencia—ámbito.**

*No cabe remitir a este momento la determinación de hechos que constituyen la razón de ser del fallo que hubiere de cumplirse.*

**Requisitos de la consignación en el retracto.**

*Es necesaria su individualización, determinación y suficiencia.*

CONSIDERANDO: Que la demanda inicial de este pleito ofrece por sí un obstáculo a la finalidad a que aspira. Según aquélla, se desconoce la suerte de la tierra que cada demandado compró, porque se pide que en ejecución de sentencia de este pleito, se divida y destine la heredad descrita en el primero de los hechos de tal demanda entre los demandados, para que a consecuencia de esa división se conozca y declare qué parcelas hayan de ser las retraídas por los demandantes, ya por su personal colonato, ya por el de aquellos que teniéndolo parcelariamente en la misma finca no han querido retraer sus cuotas, ofreciendo como alternativa de esa pretensión la de que, si fuere imposible la división material de la finca se dé lugar al retracto en junto contra ambos demandados.

CONSIDERANDO: Que a tales pretensiones se oponen: 1.° *La naturaleza del juicio de retracto, que no es el procesalmente adecuado para solicitar en él división discutida de terrenos.* 2.° *La índole real del derecho y acción a retraer, índole que por su propia naturaleza exige actuar sobre cosa cierta, perfectamente identificada en razón a derivar de derecho legalmente preestablecido en sustancia y forma.* 3.° *Si no sustancialmente idénticos, retracto y reivindicación guardan pronunciada analogía, y de la segunda, muy reiteradamente tiene declarado este Supremo Tribunal, entre otras en Sentencias de 27 de marzo de 1905, 13 de abril de 1911, 29 de octubre de 1919, 7 de julio de 1924, que es requisito indispensable determinar cuál sea la cosa objeto de demanda, precisando situación, cabida y linderos (Sentencias de 24 de marzo de 1911, 30 de enero de 1915).* 4.° *No es posible remitir a ejecución de sentencia la precisa determinación de hechos que forman la sustancia y razón de ser del fallo que hubiere de cumplirse.* Como en la precedente consideración se expuso la demanda del caso de este pleito, ofrece todas las dificultades anotadas, y, por tanto, hállase privada de viabilidad.

CONSIDERANDO: Que si esto sucede en el aspecto hasta ahora estudiado, surge nuevo impedimento observando la radical omisión del requisito exigido en el número 2.° del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dícese radical, porque en este pleito *ninguna consignación en calidad de precio a entregar se ha verificado; y si se dijo que a modo de cumplimiento de esa obligación se tuvieran por asignadas a este litigio las cantidades depositadas para responder de precio en otros dos pleitos de retracto, separadamente tramitados a instancia de los mismos actores contra los mismos demandados, pero separadamente con cada cual de éstos y sin acción conjunta,* tal sustitución, ni se admitió como eficaz por los Tribunales de instancia, ni por los aquí demandados, quienes, tras negarle valimiento, la alegaron como excepción, excepción que necesariamente debe tener éxito, porque las consignaciones a las que pretendió dárseles la condición de sustitutorias, estaban afectas en la medida que estimó precisa a resultados de los derechos discutidos en procedimientos distintos, y, por tanto, interin en éstos no quedaban liberadas, **no podían**

*ser adscritas al servicio de garantía que en los presentes autos pudieran prestar; ello además de que si se quisiera—contra derecho, porque éste exige individualización—que esta función de aseguramiento se entendiera prestada simultáneamente en los tres pleitos por la cantidad ofrecida en dos de ellos, la cuantía de lo consignado resultaría deficiente en los tres, respecto a los cuales no cabe olvidar que ejecutoriamente han sido declarados de imposible acumulación por falta de las identidades indispensables.*

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 14 JUNIO 1951

**Arrendamientos rústicos—fincas sometidas a la legislación especial.**

*Están excluidas de la aplicación de los especiales preceptos de la LAR las tierras, aunque estén dedicadas al cultivo, que dentro o fuera de las zonas y planos de ensanche de las poblaciones, tengan por su proximidad a éstas, carreteras, estaciones ferroviarias, puertos o playas, un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo.*

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

PRIETO CASTRO, Leonardo: *El Derecho en Peligro*.

NART, Ignacio: *Ex-arrendamientos*.

FORNS, José: *Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura*.

DIEGO LORA, Carmelo de: *Soluciones extrajudiciales de conflictos intersubjetivos*.

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FERRÁN POCH, Ramón: *La "declaración de aprovechamiento más beneficioso para la economía nacional" en la legislación de arrendamientos rústicos*.

## 3. VIDA JURÍDICA

## 4. BIBLIOGRAFÍA

## 5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 6. JURISPRUDENCIA.