

**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 III
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCML

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil ⁽¹⁾

ADOLF SCHONKE

Freiburg i. Br.

El Prof. Schönke ha tenido la gentileza de remitirnos expresamente este valioso trabajo para el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, justamente cuando está a punto de ver la luz pública la traducción de su *Zivilprozessrecht* en lengua española.

Es demasiado conocida la personalidad y obra del ilustre Profesor de Friburgo para que sea menester su presentación en estas páginas. Baste decir que, con el Prof. Leo Rosenberg, es en la actualidad uno de los directores de la escuela procesal alemana.

La traducción directa del alemán ha sido llevada a cabo por el Prof. Fairén, que también ha intervenido en la del *Derecho procesal civil*.

Con relación al proceso penal, tanto la jurisprudencia como la doctrina científica han desarrollado principios muy detallados con referencia al alcance de la práctica de la prueba; también el legislador se preocupó de asentar determinadas líneas directrices en los §§ 244 y 245 de la StPO. En materia procesal civil, la jurisprudencia se ha ocupado en muchas ocasiones de los problemas a que da lugar la extensión de la práctica de la prueba; pero no así la doctrina, que se ha cuidado poco de tal punto. Debe intentarse la sistematización de estas cuestiones también con referencia al proceso civil.

La exposición que sigue no podrá ocuparse, por razones de espa-

(1) Siglas utilizadas: ArbRSamml = Colección de Derecho del Trabajo; GVG = Ley de Organización de los Tribunales; HRR = Jurisprudencia de los Altos Tribunales; JW = Juristische Wochenschrift; KG = Tribunal General; OLG = Tribunal de Apelación; RGZ = Resoluciones civiles del Tribunal Supremo; RVO = Ordenanza de Seguros; SchlHA = Avisos de Schleswig-Holstein; SeuffArch = Archivo Seuffert de Jurisprudencia de los Altos Tribunales; StPO = Ordenanza procesal penal; Warn. = Jurisprudencia en materia civil; ZPO = Ordenanza procesal civil.

cio, de los diversos problemas específicos que surgen con ocasión de los varios medios de prueba, sino que se refiere de manera predominante a la prueba testifical.

I. La ZPO alemana no contiene ningún principio general sobre el alcance y extensión de la práctica de la prueba; no obstante, tanto del principio dispositivo como del deber del Tribunal de investigar la verdad se induce la máxima directriz de que *el Tribunal debe agotar las pruebas propuestas*. Pero una aplicación rígida, sin excepciones, de dicho principio podría provocar dilaciones en el proceso; sería incompatible con la economía procesal. Existen excepciones legales al mismo, las cuales resultan de las normas que prevén la posibilidad de repulsa de los medios de prueba en caso de vulneración por las partes de su deber de concentración (§§ 279, 283-2, ZPO); y cfr. infra, III, 4.

Pero aun con independencia de tal posibilidad que la Ley prevé expresamente, también pueden ser repelidas las pruebas que hayan sido propuestas. Ahora bien, los principios aplicables al caso y sus límites de aplicación deben ser examinados cuidadosamente, pues la jurisprudencia tiene reconocido que es un grave error procesal el que un Tribunal considere a una de las partes como convicta en la prueba sin haber agotado los medios por ella propuestos en forma admisible que fueren de relevancia para la resolución del asunto.

II. También hay que distinguir, con respecto al proceso civil, entre *proposición de prueba* y *petición inquisitiva de prueba* (2). Lo primero es una declaración de voluntad de una de las partes dirigida a que el Tribunal determine la existencia de hechos concretos a través de determinados medios de prueba específicos; y lo segundo consiste en una petición que no hace referencia a la averiguación de hechos concretos, o que no determina exactamente el medio o medios de prueba a poner en práctica, o bien en ambas cosas a la vez. Es, por ejemplo, una petición inquisitiva de prueba la de que se interroge testificalmente a una persona porque sabe algo muy importante sobre el tema probatorio. Pues bien, los principios que rigen en materia de repulsa de peticiones de prueba no se aplican cuando se trata de las de carácter inquisitivo citadas; sobre ellas resuelve el Tribunal según su arbitrio. Por la jurisprudencia se ha declarado, por ejemplo, que no cae bajo los principios que rigen la repulsa de las peticiones de prueba la de un reconocimiento judicial en el que no se han de comprobar hechos por el Tribunal, sino que solamente se trata de inspeccionar las circunstancias del lugar (RGZ, 170, página 264).

Por lo tanto, es inadmisibile una petición de prueba cuando faltan bases fácticas para la afirmación, y lo que se trata de conseguir mediante su práctica es el fundamento de nuevas afirmaciones (prueba pesquisitoria) (RGHRR, 1940, núm. 619). La petición de que se

(2) Cfr. SCHÖNKE: *Zivilprozessrecht*, 6.ª ed., 1949, pág. 224.

interrogue a la madre del hijo sobre otras relaciones sexuales sólo es admisible cuando existen motivos determinados (por ejemplo, sobre la base de su género de vida) (RGZ, núm. 162, pág. 320; OLG Jena HRR, 1940, núm. 443; OLG Munich HRR, 1941, núm. 49).

III. No es posible desarrollar aquí todo un sistema sobre los fundamentos adecuados para dar lugar a la *repulsa de peticiones de prueba*; solamente habrán de ser tomados en consideración los más importantes.

1. Una petición de prueba a practicar debe ser rechazada cuando existen impedimentos probatorios (3), los cuales pueden producirse tanto con relación a determinados medios de prueba como con respecto a determinados hechos probatorios.

a) Puede surgir un impedimento referente a *determinados medios de prueba*, de tal modo que impida en absoluto la utilización de dicho medio. Nos ofrece un ejemplo el caso de que un testigo haya hecho uso de su derecho a negarse a declarar aun antes de fijarse el término para recibirle declaración (§§ 383 y ss. de la ZPO). Por lo demás, el impedimento probatorio puede aparecer con un ámbito más restringido, de modo que solamente impida utilizar determinados medios de prueba para probar hechos también determinados. El ejemplo más claro lo brinda la exclusión de la prueba testimonial en el proceso documental, de acuerdo con lo previsto en los §§ 592 y 595 de la ZPO; otros pueden verse en la petición de que se interrogue a un funcionario como testigo sobre cuestiones en que le obliga el secreto por razón de su oficio, o en la petición referida con respecto a un médico, como testigo de hechos que caen bajo el secreto profesional (RG Warn., 1935, núm. 182); y en la que se interpone con referencia a persona que, de acuerdo con el § 174 de la Ley orgánica de Tribunales, tenga deber de guardar silencio sobre hechos que caigan bajo tal deber.

b) Forman el segundo grupo de impedimentos probatorios los que se producen con respecto a *determinados hechos* (concretos). El Juez civil, en determinados casos, no está en situación de poder esclarecer independientemente ciertos hechos: las peticiones de prueba que se refieran al esclarecimiento de los mismos deben ser repelidas por él.

a) Resulta el grupo de casos de mayor importancia en la práctica de la vinculación del Juez civil a las resoluciones de otras autoridades. Los hechos que han pasado a estar protegidos por la cosa juzgada, con efecto vinculante para los Tribunales civiles, no pueden ser objeto de nueva prueba. Puede acudirse, como ejemplo, al que

(3) Expresión de GOLDSCHMIDT, en su *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, página 450. En contra la doctrina penal, adhiriéndose a BELING (*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, 1903), construye los casos que aquí se tratan como prohibiciones de pruebas. También puede verse, p. ej., en idéntico sentido, ALSBERG: *Der Beweis Antrag im Strafprozess*, 1930, pág. 69.

suministra el de las relaciones de dichos Tribunales con las autoridades de los Seguros sociales. De acuerdo con el § 901 de la Ordenanza de Seguros, están los Tribunales vinculados a las resoluciones que recaigan en el procedimiento de la misma sobre si existe un accidente con deber de indemnización y en qué medida y por qué asegurador debe ser satisfecha la misma; de acuerdo con el § 907-2 de dicha Ordenanza, rige también esta vinculación a los efectos de las pretensiones previstas en el § 903. También se extiende (RGZ., 92, página 296; 93, pág. 323; 97, pág. 206; III, pág. 159) la referida vinculación a la declaración de la empresa en que el lesionado trabajaba a tiempo de producirse el accidente, pues la determinación del asegurador responsable presupone regularmente la del empresario en cuya explotación se produjo el accidente. Si en un proceso civil posterior al procedimiento, tramitado por las autoridades de los Seguros sociales, se pide la práctica de prueba sobre la empresa en que el lesionado trabajaba al producirse el accidente, tal petición se opone a la fuerza vinculante de cosa juzgada de tal declaración.

β) Surge, por ejemplo, un impedimento probatorio con referencia a hechos determinados en los casos en que es improcedente todo recibimiento a prueba que consista en el interrogatorio de los participantes sobre lo sucedido en la deliberación y votación judiciales.

2. Es admisible la repulsa de una petición de prueba cuando la que se solicita no puede conducir a ningún resultado, o sea cuando carece de objeto el practicarla. Tal es el caso cuando el medio es inaccesible o inadecuado.

a) La falta de objetivo de la práctica de la prueba propuesta, cuando el medio es inaccesible, tiene importancia con respecto a la documental y testifical. Un testigo es inaccesible cuando su citación para que declare fracasa por causa de no conocerse ni ser averiguada su personalidad o residencia. Y si el testigo y su residencia son conocidos, residiendo en un lugar determinado en el extranjero, también puede producirse la inaccesibilidad cuando su comparecencia ante un Tribunal alemán sea imprescindible, a fin de enfrentarlo con las partes u otros testigos, pero no puede acudir por circunstancias especiales.

Por aceptarse idéntico principio, también puede ser rechazada la práctica de una prueba de reconocimiento judicial; lo cual tiene importancia especial con respecto a la investigación de los grupos sanguíneos y de la semejanza física en los casos en que resulten inaccesibles las personas necesarias para la práctica de las citadas investigaciones. Si mediante aquella última se pretende conseguir un resultado por medio de la edad del investigado después del transcurso de un lapso de tiempo, el procedimiento puede ser suspendido por aplicación del § 148 de la ZPO (KG, JW, 1939, pág. 116). En todos aquellos casos en que los obstáculos para la práctica de la prueba sean superables, la petición correspondiente es admisible.

b) La falta de finalidad de la prueba también puede resultar de

la *inadecuación del medio señalado*. Pero es preciso tener precaución al rechazar una petición por tal causa, pues existe el peligro de valorar anticipadamente una prueba aún no celebrada.

La falta de adecuación de un testigo puede provenir de una enfermedad o perturbación mental, por ejemplo, por encontrarse en estado de embriaguez en el momento de producirse el hecho. También es admisible la repulsa de la petición de que se interroge a un testigo, por ejemplo, cuando la experiencia común considera como excluido el que un acontecimiento remoto y sin interés para el testigo permanezca fijo en su memoria. Este punto de vista tiene importancia, por ejemplo, con respecto a la resolución a adoptar sobre peticiones de que se interroge a los niños en procesos de divorcio. La falta de adecuación de dicho medio de prueba ha sido declarada por la jurisprudencia, por ejemplo, por la consideración de que "según indica la experiencia, las declaraciones hechas por los niños sobre acontecimientos o circunstancias referentes a la situación y orden de la casa antes de la separación, no son útiles cuando ha transcurrido un largo lapso de tiempo, por causa de la corta edad que entonces tenían" (RG Warn., 1940, núm. 116). Pero es inadmisibles la negación de trascendencia a futuras declaraciones de testigos porque en otras ya aportadas hubieran expresado solamente "suposiciones" (RGZ, 98, pág. 30).

No está excluida la repulsa de una petición de prueba por incredibilidad del medio probatorio; pero no es suficiente una indicación general o sospecha grave de la falta de credibilidad (RG Warn., 1921, número 79), sino que precisa una exposición concreta sobre la base de cuyos hechos específicos se considere al citado medio de prueba como falto de aquélla y, por lo tanto, inútil. Pueden resultar estos casos de una violación punible del juramento o de una declaración no jurada que también lo sea o de un falso testimonio, y también como consecuencia de intentos del testigo de influir sobre otros. También se han de tener en cuenta a tal efecto determinadas relaciones con el asunto, como la responsabilidad o indicios de que el testigo ha tomado parte en la actividad prohibida de que se trate.

Ninguno de tales hechos es suficiente por sí solo para poner de manifiesto la falta absoluta de valor del medio probatorio; deben reunirse varios de ellos, o bien concurrir en uno circunstancias aún más específicas. Es inadmisibles, por ejemplo, considerar en un proceso sobre marcas comerciales como faltos de credibilidad a los representantes y encargados de una parte por el hecho de que estén interesados en la extinción de la marca (RGZ., 98, pág. 30); no se puede repeler como inadmisibles un interrogatorio testifical con el fundamento de que solamente podría ser valorado como una simple afirmación de la parte (RGZ, pág. 262). Tampoco se puede rechazar una petición de prueba solamente porque parezca que la práctica de la misma ha de resultar infructuosa según verosimilitud; tal valoración de una prueba aún no aportada es siempre inadmi-

ble. En contra, la jurisprudencia se ha equivocado en reiteradas ocasiones (cfr., p. ej., RG Warn., 1920, núm. 124).

3. Una petición de prueba puede ser repelida también por *superfluidad*. Ello se hace posible cuando los hechos que se trata de probar son notorios o faltos de trascendencia o han sido ya comprobados o bien admitidos como ciertos.

a) Dice la Ley que los *hechos notorios* para el Tribunal no precisan ser probados (§ 292 de la ZPO). Tal principio requiere un estudio más extenso. La norma legal se refiere a hechos y no a las máximas generales de la experiencia, de las que únicamente se deducen consecuencias para el caso concreto. Pero tampoco estas máximas generales de la experiencia necesitan prueba si el Juez las conoce (RG Seuff. Arch., 81. núm. 136). y las peticiones de prueba que se refieran a las mismas pueden ser repelidas.

Los hechos notorios pueden serlo de notoriedad general o solamente para el Tribunal.

α) Hechos de notoriedad general son los conocidos con seguridad por todos, o al menos por un extenso círculo de personas. A ellos pertenecen, por ejemplo, los grandes acontecimientos de la Historia, la importancia de las ciudades y asimismo los hechos de actualidad dados a conocer de modo uniforme por todos los periódicos (RGZ, 102, pág. 344). Es indiferente que tales hechos los conozca el Juez en el momento o que los determine con ayuda de los medios al alcance de todo el mundo, como, por ejemplo, un precio o una cotización determinados, que se obtienen de los boletines generales de cotización.

β) Notorios para el Tribunal son los hechos de que el Juez tiene conocimiento por razón de su propia actividad profesional. El Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo (JW, 1922, pág. 707), que tenía conocimiento, por razón de su actividad en asuntos arbitrales, "que muy frecuentemente los comerciantes se someten a las Ordenanzas de mercados y bolsas de determinadas plazas, sin conocerlas en detalle, y que después, si resulta que la Ordenanza contiene una cláusula arbitral, se sienten también ligados por ella". El Juez puede igualmente valorar conocimientos técnicos que haya adquirido por medio de dictamen pericial en un procedimiento anterior semejante.

γ) Los hechos notorios no precisan prueba, y las peticiones referentes a la misma deben ser rechazadas.

No está excluida la idea de una prueba de la parte contraria de que el hecho tenido como notorio no es cierto. Pero las peticiones que en tal sentido se dirijan deben ser repelidas, y no solamente porque el hecho se haya comprobado de modo suficiente, sino también sobre la base de los demás principios.

b) También es admisible la repulsa de una petición de prueba cuando el hecho a probar *carezca de trascendencia* probatoria; se trata aquí de un presupuesto esencial para el éxito de una petición

de prueba (cfr., p. ej., RArbG ArbRSamml., 45, pág. 23), el cual alcanza a todos los hechos que, en caso de resultar probados, son apropiados para ejercer influencia en la formación de la convicción judicial. La resolución sobre si un hecho es trascendente resulta de las normas jurídicas, cuando se trata de los de importancia inmediata; con respecto a los de importancia mediata, debe resolver el Juez sobre la base de las normas de la experiencia.

Una petición de prueba sobre un hecho intrascendente puede ser repelida; en tales casos, no se trata de una resolución anticipada inadmisibles de una prueba a aportar (RG Warn., 1920, núm. 179). El Tribunal debe poner de manifiesto inmediatamente la falta de trascendencia. Si se trata de la declaración de un testigo "solamente prescindirá de ella fundamentando detalladamente su total falta de trascendencia, a efectos de la formación de su convicción" (RG Warn., 137, núm. 140); siendo insuficiente que se considere a la prueba propuesta como verosimilmente infructuosa (RG Warn., 1920; número 124).

Es inadmisibles que se suponga falta de trascendencia por considerarse que un antecedente no es susceptible de ser esclarecido. Hay, por ejemplo, dudas sobre si un accidente ocurrido en una escalera puede ser atribuido al incumplimiento de la obligación de limpieza, y en tal caso no puede repelerse una prueba dirigida a demostrar que también otras personas sufrieron caídas anteriormente en la misma escalera sobre la base del de que no consta cuál fué en aquellos casos la causa del accidente. Si, como queda sujeto a ser probado, también resbalaron otras personas en la escalera, no puede decirse antes del recibimiento a prueba que la misma no hubiese estado limpia, pues ello constituiría una repulsa anticipada e inadmisibles de la apreciación de la prueba (RG Warn., 1938, núm. 5).

Así, pues, la falta de trascendencia puede conducir a la repulsa de una petición probatoria; pero no así la simple inverosimilitud de una afirmación con respecto a la prueba propuesta sobre la misma (RG Warn., 1922, núm. 73).

c) También puede ser rechazada una petición de prueba cuando el hecho sujeto a la misma está ya comprobado. E igualmente aquí hay que evitar de no anticipar la apreciación definitiva de la prueba, pues solamente es admisible dicha repulsa cuando en la resolución correspondiente a la petición quede excluida la posibilidad de que se produzcan dudas sobre el hecho en cuestión, después de haber precluido la fase probatoria. Por ello, tales repulsas deben ser minuciosamente fundamentadas por el Tribunal (RG JW., 1910, pág. 68). También es inadmisibles una contraprueba dirigida frente a los hechos que se tienen como constatados (así, por ejemplo, RGZ, 24, pág. 336), siempre que no concurren razones especiales con referencia a la falta de adecuación del medio de prueba (TS, JW, 1931, pág. 1061). Y aunque una afirmación aparezca claramente como inverosimil, se debe contar con la posibilidad de que, a través de la práctica de la prueba

ofrecida, se obtenga un esclarecimiento apropiado para desvirtuar la coetánea convicción del Tribunal (TS, JW, 1910, pág. 68).

d) También es admisible una repulsa de petición probatoria cuando el hecho a que se refiere haya sido *aceptado como cierto*; este motivo de repulsa, especialmente considerado con respecto al proceso penal (4), tiene también importancia en relación con el civil. La admisión de certeza se ha desarrollado partiendo de los principios de la economía procesal, y por ello surge su relevancia para este proceso, pues también existe en lo procesal civil "un extenso campo en el cual aparece como justificada la admisión de certeza, de acuerdo con los principios generales del Derecho procesal, y especialmente con el de concentración" (5). No hay que echar en olvido que la admisión de certeza puede tener un amplio campo de aplicación por consideraciones de comodidad; por ello se deben determinar con exactitud sus límites.

α). Sólo puede tener cabida cuando se trata de un hecho de trascendencia probatoria, ya que si carece de ella la petición habrá de ser rechazada por tal causa (supra, b). También debe de eliminarse cuando el hecho no precisa ser probado (por ejemplo, cuando ya ha sido constatado); en este caso, es igualmente esta causa de repulsa la que debe aplicarse (supra, c).

β) La admisión de certeza debe de referirse siempre a los hechos a probar, y el Tribunal los debe dar como probados, no siendo suficiente la admisión de que un testigo suministrará los datos que deben formar el objeto de la prueba solicitada. Si se pide el interrogatorio de un testigo sobre si el actor regaló un objeto al demandado, y la manifestación del testigo se admite como cierta, no arguye, sin embargo, admisión de tal hecho si se la niega importancia decisiva para la prueba del mismo por causa de una posible confusión del testigo (6).

γ) La admisión de certeza se remite solamente a los hechos a probar, pero no a las consecuencias que la parte probable quiere extraer de ellos.

4. Deben ser rechazadas las peticiones de prueba *faltas de seriedad*.

a) El más importante grupo de casos a considerar es el de las peticiones formuladas con miras dilatorias (§§ 279, 283-2 de la ZPO). Para que puedan ser repelidas precisa la concurrencia de dos presupuestos. En primer lugar, es necesario que la práctica de la prueba que se pide haya de tener como consecuencia una dilación grave del procedimiento; tal dilación debe tener, pues, un carácter considerable RG, HRR, 1931, núm. 877). Por lo demás, el objetivo de la petición

(4) Cfr. LOEWE-ROSENBERG: *Die Strafprozessordnung für das deutsche Reich*, 19 ed., 1934, 254, comentario 14 b; ALSBERG, ob cit., págs. 110 y siguientes. *Grundsätzliche Bedenken gegen die Wahrunterstellung bei Radbruch in der Reichsgerichtsfestgabe*, vol V (1929), pág. 202.

(5) Así, ALSBERG, ob. cit., págs. 110 y ss., para el proceso penal.

(6) Cfr. ALSBERG, ob. cit., pág. 121.

no ha de ser el de constatar intereses en pugna, sino el de conseguir un retraso del procedimiento. Este propósito presupone mala voluntad, un ataque contra la buena fe en el modo de conducir el proceso (un ejemplo, en RG, HRR, 1934, núm. 1.554). Se ha de considerar que existe tal requisito subjetivo cuando es evidente que la designación de una persona como testigo está destinada sencillamente a excluirla de la actividad en el procedimiento.

b) Se entiende que carecen de seriedad las peticiones de prueba (y, por lo tanto, han de ser rechazadas) cuando de sus circunstancias surgen indicios de que se persigue con ellas un objetivo en cualquier modo extraño al procedimiento. Tal es el caso cuando se ve claramente que la petición ni va a proporcionar ninguna aclaración sobre cuestiones de importancia para la resolución, sino que, por ejemplo, el testigo se verá en la necesidad de hacer una declaración comprometedora o negocialmente perjudicial para él.

IV. Todavía precisa prestar atención especial a dos cuestiones referentes a la repulsa de peticiones de prueba; esto es, de un lado, a la relación entre prueba directa o indiciaria, y de otro, a la que existe entre la prueba documental y la testifical.

1. Es dudoso determinar en qué medida influye el diferente valor probatorio de los hechos de *trascendencia inmediata* o solamente *mediata* sobre la posibilidad de repulsa de las peticiones de prueba.

Podría asegurarse que la que se refiera a un hecho de trascendencia inmediata no puede ser rechazada porque resulte inverosímil o falta de credibilidad por obra de determinados indicios; pero, a la inversa, ¿debe ser repelida como carente de trascendencia una petición de prueba basada en indicios, frente a otra prueba directa, ya practicada o inminente? Así se afirmó y demostró por BELING (7): para él, según el principio de inmediación, la prueba directa precede a la indiciaria, de tal modo que sólo cuando aquélla faltase o fuese ineficaz podría acudir a la indiciaria para colocarse a su lado, en el último caso. Pero esta construcción no nos parece muy acertada. El principio de inmediación no se opone a la valoración de indicios (8), y por ello la prueba indiciaria no debe ceder a la directa; las peticiones dirigidas a conseguir la constatación de indicios han de ser resueltas, por el contrario, de acuerdo con los principios generales.

2. La problemática de la *relación entre prueba documental y testifical* tiene importancia con respecto al ámbito de la práctica de la prueba en caso de que se pida el interrogatorio de un testigo con referencia a un tema probatorio sobre el que ya fué interrogado en otro procedimiento, y se presente el acta de su declaración. Es admisible la valoración de ésta, pues las normas restrictivas de la StPO no afectan al proceso civil; pero entonces no se trata de una prueba

(7) Cfr. BENNECKE - BELING: *Lehrbuch des deutschen Rechtsstrafprozesses*, 1900, pág. 319.

(8) Cfr. ALSBERG, ob. cit., pág. 55.

testifical, sino documental. Las múltiples posibilidades de averiguación de la verdad que ofrece el interrogatorio de un testigo faltan en la valoración del acta por vía de prueba documental; en especial, desaparecen las de hacer advertencias al testigo, formular ulteriores preguntas, enfrentarle con las partes u otros testigos, valorar sus impresiones personales, etc. Con referencia a tales garantías específicas, la jurisprudencia estima inadmisibile la valoración del acta de la anterior declaración como prueba documental, en lugar de la práctica de otro interrogatorio, cuando la parte la solicita (así, por ejemplo, RG, Warn., 137, núm. 140; OLG Kial, SchlHA, 1947, pág. 292). La petición de que se interrogue a un testigo que ya lo fué en otro procedimiento anterior equivale a la proposición de la prueba testifical sobre todos los hechos que constituyeron el objeto del recibimiento a prueba en el precedente proceso (RGZ, 46, pág. 414). Sobre dicha petición se ha de resolver de acuerdo con los principios generales; sólo con arreglo a su tenor se la puede rechazar. Hay que tener también en cuenta la repulsa por haber sido comprobado ya el hecho; e igualmente, aun cuando las partes soliciten un nuevo interrogatorio del testigo, la petición es susceptible de ser rechazada si el Tribunal no habría de llegar en ningún caso a una convicción diferente por causa de dicha prueba y así lo expone en su resolución (RG, Warn., 1937, núm. 140).

Herederro testamentario y heredero forzoso

GREGORIO ORTEGA PARDO

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Concepto de heredero*: 1. *Presupuestos*; 2. *Los conceptos de heredero y legatario*; 3. *Criterio práctico de distinción*; 4. *Excepciones*.—III. *División del testador*: 5. *Fórmula del nuevo Código civil italiano*; 6. *El artículo 1.056 del Código civil español*.—IV. *Herederro forzoso*: 7. *Doctrinas que niegan la cualidad de heredero al legitimario*; 8. *Interpretación del artículo 815 del Código civil*; 9. *El artículo 818*; 10. *Crítica de los demás argumentos aducidos*; 11. *El legitimario como heredero forzoso*.—V. *Conclusión*.

I

La distinción doctrinal clásica entre los conceptos de heredero y legatario ha sufrido en los últimos años una reelaboración científica que pretendió suavizar la irreductibilidad de ambas posiciones.

Nuestro Código recoge la distinción en el artículo 660: "Llámanse heredero al que sucede a título universal, y legatario, al que sucede a título particular."

Los autores españoles que se han preocupado del problema encontraron dificultades para encuadrar, de modo rígido y riguroso, el concepto de heredero dentro del de sucesión *mortis causa* en todo el patrimonio o parte alicuota del mismo, y el de legatario, en el de sucesión *mortis causa* en bienes determinados; y tuvieron que acudir a numerosas distinciones para salvar el principio e interpretar a su luz algunos casos de especiales características.

Por una parte, aun admitiendo que la institución de heredero da lugar a una sucesión universal, se negó que el legado implique siempre una sucesión a título particular (1). Así, se advierte que el legado de cosa no determinada genéricamente no concede ningún derecho

(1) Cfr. GANGI: *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, vol. II, Milán, 1948, pág. 189. En el Código español, el artículo 861 (legado de cosa ajena), el 863 (legado de cosa perteneciente al heredero o a un legatario) y el 873 (legado de crédito hecho al propio acreedor) vienen a desmentir al artículo 660 por lo que hace referencia al legado, pues no perteneciendo al causante el objeto legado mal se puede decir que el legatario sucede al testador en aquel objeto, ni siquiera a título particular.

al legatario sobre la cosa, y si el objeto legado pertenece a un tercero, ni siquiera hay sucesión *mortis causa*: será *inter vivos*. Además, la figura del legado de parte alicuota, cuya revalorización predica buena parte de la moderna doctrina española (2), vendría también a consentir legatarios que suceden en una cuota del patrimonio y no en bienes determinados, sin que por ello les afectasen las obligaciones y derechos inherentes a la cualidad de heredero.

Por otro lado, las figuras del heredero forzoso, del heredero que acepta a beneficio de inventario y del heredero cuyo causante practicó la división, ofrecen una serie de particularidades que obligan a algunos autores a forzar el criterio clásico determinante de los conceptos de heredero y legatario, para dar cabida dentro del de heredero a aquellos supuestos, y a otros, a negar que puedan ser considerados como hipótesis que tengan acogida dentro de ese concepto.

Hace ya varios años, con el fin de contribuir a la resolución de tan intrincado problema, intentamos perfilar la distinción entre heredero y legatario, sentando bases nuevas más elásticas que viniesen a permitir acomodar—sin necesidad de forzarlos—aquellos supuestos dudosos (3). Mucho tiempo pasó desde entonces y bastante se ha escrito sobre la materia desde aquella fecha. El cotejo de opiniones extrañas y la reflexión detenida sobre las propias nos llevaron poco a poco a modificar algunos puntos y a dulcificar cierto rigorismo. Queremos ahora dar a conocer nuestro actual pensamiento sobre el problema, rectificando nuestra anterior posición en lo que consideramos debe modificarse y manteniendo aquello que a nuestro juicio

(2) Frente a FERRARA (*Estudio sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*, en "Revista de Derecho Privado", 1923, págs. 322 y ss.), DE BUEN (en notas al *Curso de Derecho civil*, de COLIN-CAPITAT, vol. VIII, Madrid, 1928, pág. 285) y OSSORIO MORALES (*El legado de parte alicuota*, en "Estudios de Derecho Privado", Barcelona, 1942, págs. 115 y ss.), modernamente ROCA SASTRE (*El legado de parte alicuota*, en "Estudios de Derecho Privado", vol. II, Madrid, 1948, págs. 181 y ss.), VALLET DE GOYTISOLO (*Imputación de legados otorgados a favor del legitimario*, en "Revista de Derecho Privado", 1948, págs. 315 y ss., concretamente pág. 316), GONZÁLEZ PALOMINO (en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", vol. II, 1946, *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio: El acrecimiento en la mejora*, págs. 499 y ss., concretamente págs. 526-527), etc., niegan la necesidad de tener que considerar siempre heredero al llamado a suceder en la totalidad o una parte alicuota de la herencia y mantienen la cualidad de legatario para quien viene a suceder en el pretendido legado de parte alicuota.

(3) *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, Madrid, 1945, págs. 119 y ss. Aunque este trabajo apareció con fecha de 1945, hay que advertir que fué enviado a la imprenta en 1943; las dificultades materiales por que entonces se atravesaba impidieron que viese la luz con la rapidez que deseábamos; por otra parte, encontramos obstáculos para introducir en el período de impresión algunas rectificaciones que parecían precisas y citas de autores que nos vinieron a la mano después de concluir el trabajo. Aprovecharemos esta ocasión para exponer esas rectificaciones y citas junto con otras nuevas que el estado actual de la doctrina y el examen detenido de nuestro propio pensamiento nos parece imponen.

sigue teniendo validez. Así esperamos cooperar al esclarecimiento de uno de los puntos más discutidos dentro de la problemática del Derecho civil y que constituye nudo central del sistema sucesorio.

II

1. Sucesión, nos dice BARASSI (4), es la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de una relación jurídica, siempre y cuando la relación quede intacta (es decir, que a pesar de la modificación subjetiva siga existiendo una identidad objetiva) y el nuevo sujeto derive la titularidad del sujeto precedente, o sea que la adquisición del nuevo sujeto esté estrechamente ligada y sea interdependiente con la pérdida del anterior.

En la sucesión *mortis causa* la única particularidad que se observa es que la adquisición del nuevo sujeto se produce por el hecho de la muerte del anterior. Y los títulos que el sucesor podrá invocar son: el de heredero y el de legatario.

Para determinar el título de acuerdo con el cual debe sucederse, nuestro Ordenamiento civil acude en el artículo 660 al tradicional criterio de la sucesión universal y particular. Pero, como afirma BARBERO (5), de las palabras de la Ley no se puede deducir la naturaleza del fenómeno hereditario.

El criterio subjetivo, basado en la mera intención del testador, no puede constituir una base segura. La intención del causante, para que tenga valor, necesita estar apoyada en un criterio objetivo (6). El testador no es árbitro para decidir, basado en sus disposiciones, si la persona por él instituida es o no heredero en mayor medida que lo es cualquier contratante para determinar si el acuerdo que celebra—atendiendo a su contenido—debe encuadrarse en un determinado tipo de contrato con preferencia a otro; es la Ley la que fija—dentro de los negocios nominados—los tipos negociales en los que deben encuadrarse los diferentes contratos. Y es ella también la que marca el tipo de sucesión que corresponde a las diferentes disposiciones *mortis causa* (7).

Es cierto que en nuestro Derecho la palabra heredero no tiene valor sacramental: el artículo 668, párrafo segundo, admite la posibilidad de que el instituido sea heredero aunque el testador no haya usado materialmente esa palabra. De este artículo, y del 675, resulta que la voluntad del testador mantiene su eficacia para la determina-

(4) BARASSI: *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1947, pág. 4. En igual sentido MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. III, 6.ª ed., Padua, 1943, pág. 325.

(5) BARBERO: *Le universalità patrimoniale*, Milán, 1936, pág. 421.

(6) Cfr. FERRARA: *Op. cit.*, pág. 329.

(7) Cfr. COVIELLO: *L'istituzione di erede ed il lascito di beni determinati*, en "Giurisprudenza italiana", 1931, I, págs. 1157 y ss., concretamente pág. 1158, y BARASSI: *Op. cit.*, pág. 19.

ción del concepto de heredero; y así, la sentencia de 16 de octubre de 1940 declara que aquellos artículos imprimen a la voluntad del causante rango de Ley. El dato objetivo del artículo 660 se encuentra, por tanto, complementado por el elemento intencional (8).

Pero la trascendencia de la voluntad del testador en el campo sucesorio se refiere al contenido de las disposiciones que efectúa. Ahora bien, es la Ley la que determina y tipifica las figuras jurídicas del heredero y del legatario. Los artículos 668 y 675 no conceden poder al testador para que sea él quien en cada caso precise, sin sujetarse a ningún criterio, quién es heredero o legatario, sino que simplemente facultan para atender con primacía a la voluntad del causante a fin de que pueda probarse si era su intención instituir con la cualidad que la Ley considera de heredero, prevaleciendo esa voluntad sobre las palabras usadas.

Por tanto, la Ley tipifica los conceptos de heredero y legatario y concede relevancia a la intención del testador para determinar con arreglo a ella si el causante desea que la persona a quien instituye suceda a título de heredero o de legatario, prevaleciendo así su voluntad real sobre la que pudiera desprenderse del sentido literal de las palabras empleadas.

Pero la Ley, cuando tipifica, no define; el artículo 660 no muestra cuál sea la esencia de las cualidades de heredero y legatario, sino que simplemente enuncia un criterio para determinar cuándo estaremos en presencia de una u otra figura. Ese criterio sufre una quiebra, por disposición de la propia Ley, en determinados casos; con ello se pone de manifiesto su naturaleza de criterio determinador de aquellos conceptos, y consecuentemente su falta de *esencialidad*. Es, pues, un medio interpretativo que debe prevalecer en cuanto la propia Ley no disponga lo contrario.

Desde el punto de vista teórico, interesa precisar la esencia y naturaleza de las cualidades de heredero y legatario, para poner de manifiesto cómo aquel criterio de la sucesión a título universal o particular es un efecto normal de esas cualidades y nada más que eso. De este modo, podremos concluir que no hay correspondencia necesaria, sino apenas normal, natural—valga la expresión (9)—, entre sucesión universal y particular, de un lado, y los conceptos de heredero y legatario, de otro.

La identificación de heredero con sucesión a título universal (entendida ésta como sucesión en todo el patrimonio o en parte alicuota o cuota del mismo) y de legatario con sucesión a título particular (en el

(8) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *Op. et loc. cit.*

(9) La expresión "natural" es gráfica y significativa. Pero no es usada con sentido de plena equivalencia a la de "elemento natural del negocio jurídico"; la semejanza es notable, pero siempre encontraremos diferencias que no pueden desconocerse; el criterio determinador establecido en el artículo 660 no puede —por muy "natural" que sea— ser excluido sin ninguna traba por la voluntad del testador: esto sólo podrá acontecer en los casos en que la propia Ley lo permita.

sentido de sucesión en bienes determinados), que tradicionalmente vino admitiendo la doctrina, está en crisis.

De un lado, GONZÁLEZ PALOMINO y VALLET DE GOYTISOLO niegan la necesidad de que el instituido en una cuota parte haya de ser necesariamente heredero, aduciendo el ejemplo del legado de parte alícuota. GONZÁLEZ PALOMINO (10) llega a afirmar que no se puede ser heredero en una cuota o parte alícuota, pues para tener este título es necesario ser llamado a la totalidad, al "universo" de la herencia; en cambio, el legatario es un sucesor a título singular en cuanto su llamamiento no le atribuye derecho al *universum ius*, sino a algo o a algos; así, el legado de parte alícuota supone un llamamiento singular en cuanto implica llamamiento a algo que no es toda la herencia. Con base más sólida, VALLET DE GOYTISOLO (11), aceptando la distinción de GONZÁLEZ PALOMINO entre el llamado a coparticipar en el todo (coheredero) y aquel a quien se asigna a título singular una cuota concreta del haber hereditario (legatario de parte alícuota), diferencia netamente el legatario de parte alícuota (llamado a título singular a una cuota o parte alícuota concretas) del heredero de igual entidad (llamado a coparticipar en una cuota del todo con los demás coherederos).

Por otra parte, en los supuestos de legado de cosa ajena, de cosa perteneciente al heredero o a un legatario, y de crédito hecho al acreedor, no cabe hablar de sucesión a título particular, ni siquiera la sucesión del causante al legatario (12).

Finalmente, ALBALADEJO (13) afirma que el artículo 1.056 permite hacer herederos percibiendo estos bienes determinados, lo cual no es lo mismo que suceder a título singular.

O sea, algunos autores españoles descubren que existen unos legados en los que no hay sucesión del causante al legatario, admiten legados de parte alícuota y consideran que el heredero puede recibir bienes determinados sin que por ello la sucesión deje de ser a título universal.

Ante tales afirmaciones hay que pensar que sucesión a título universal no equivale necesariamente a suceder en todo el patrimonio o en una cuota del mismo, y a título singular, a suceder en bienes determinados, como de modo tradicional se vino admitiendo. Habrá, pues, que sentar con nuevas bases la diferencia entre una y otra sucesión. De no ser así, tendremos que buscar por otros caminos el criterio que nos permita distinguir el concepto de heredero del de legatario.

Entre estas dos soluciones vamos a optar por la segunda. Y una vez establecido lo que a nuestro juicio constituye esencia y funda-

(10) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 526-531.

(11) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pág. 318.

(12) Vid. lo dicho en la nota primera de este trabajo y en el texto correspondiente.

(13) ALBALADEJO: *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, págs. 922 y ss., concretamente pág. 980.

mento de aquellas dos cualidades, podremos ya determinar con mayor rigor qué extensión y contenido debe darse a las expresiones "sucesión a título universal y particular".

2. Seguimos pensando (14) que la esencia de la cualidad de heredero se encuentra en la unidad patrimonial de la herencia. El patrimonio se integra por un haz de relaciones jurídicas que comprende el activo y el pasivo. Todas esas relaciones se reconducen a un centro que actúa de agregado de las mismas; la cabeza de este centro es la persona, el titular del patrimonio.

El patrimonio se encuentra adherido a su titular durante la vida. Cuando muere no se produce la dispersión de aquellas relaciones. La unidad de la herencia, dice BARASSI (15), se mantiene porque así lo quiere la Ley; y se mantiene aun antes de la aceptación del heredero, o sea cuando se encuentra provisionalmente sin titular. La Ley quiere que la unidad persista después de la muerte del causante, por motivos de solidaridad familiar, por razones de interés social (para que continúe la garantía de los acreedores sobre los bienes del difunto), y para la mejor gestión de los bienes en interés del heredero e incluso de la memoria del causante.

Heredero será el nuevo titular de la unidad patrimonial que a la muerte del *de cuius* queda vacante, el que evita la dispersión de las relaciones jurídicas componentes del patrimonio sustituyendo al difunto en la titularidad de las mismas. Por venir a ocupar esa posición, se conceden al heredero una serie de facultades y se le imponen deberes que vienen a realizar su cualidad de nuevo titular de la unidad patrimonial vacante.

Por el contrario, el legatario no es nuevo titular de aquella unidad; recibe un activo (no interesa teóricamente que se forme con bienes determinados o no) sin ocupar frente a terceros la posición que tenía el causante respecto a las relaciones jurídicas de su patrimonio.

La diferencia primordial entre herederos y legatarios obedece, pues, a que aquéllos son sustentáculo de la unidad patrimonial de la herencia y éstos no. Por ello puede acontecer que se suceda en bienes determinados sin perder la cualidad de heredero, y cabe admitir la sucesión en parte alicuota a título de legatario.

Se dirá que esto no supone ninguna innovación, que el suceder a título universal es idéntico a lo que denominamos ser nuevo titular de la unidad patrimonial que el difunto deja vacante. No es nuestro deseo presentar innovaciones; en cuanto a esa identidad, todo depende de lo que se entienda por sucesión a título universal. Si con este término viene a expresarse que se sucede en la unidad patrimonial de la herencia vacante, estamos de acuerdo: en caso contrario, no.

Pero no puede desconocerse que la sucesión a título universal ha

(14) Vid., a este respecto, lo que decimos en nuestro trabajo citado, páginas 123 y ss.

(15) BARASSI: *Op. cit.*, pág. 17.

sido entendida como sucesión en todo el patrimonio o en una cuota del mismo, lo que implica un criterio esencialmente matemático; en cambio, la unidad patrimonial es un concepto eminentemente jurídico, supone que el heredero recibe todas o algunas de las titularidades que pertenecían al difunto y quedaron vacantes con su muerte. Y se puede suceder de esta manera aunque el testador instituya en bienes determinados, pues el ocupar frente a terceros la posición del difunto en un cierto número de relaciones no depende de que se reciba una parte alicuota del patrimonio o determinados bienes.

Por otra parte, tampoco nuestra tesis quiere presentar innovaciones respecto al concepto de legatario; si se piensa que suceder a título particular supone suceder al difunto recibiendo un valor patrimonial, sin ocupar frente a terceros la posición del causante en un cierto número de relaciones jurídicas, no habrá inconveniente en identificar el legado con la sucesión a título particular. Pero si se afirma que suceder a título particular equivale a suceder en bienes determinados, como sostiene la doctrina tradicional, ya no puede afirmarse de modo rotundo la equiparación entre legado y sucesión de esta clase, pues no es del todo descaminado admitir la posibilidad de que sucediendo en una parte alicuota del patrimonio del difunto se siga siendo legatario.

Lo relevante para ser considerado legatario es simplemente recibir un valor patrimonial (no un activo—como afirman algunos autores—, pues en el caso de legado de crédito al acreedor no se recibe un activo, aunque sí un valor patrimonial: la liquidación de una deuda), sin transformarse en nuevo titular de una serie de relaciones jurídicas vacantes. Por ello los legatarios no responden de las deudas del difunto, ni ven nunca afectado su patrimonio en virtud de relaciones que pertenecían en vida al causante y a las que ellos permanecen extraños. Ese valor patrimonial puede recibirse en bienes determinados; pero no repugna admitir que se llegará a veces a alcanzar por medio de una parte alicuota del patrimonio relicto.

O sea, el heredero ocupa la titularidad de todas o un cierto número de relaciones jurídicas que el causante deja vacantes a su muerte. Esto es lo fundamental del concepto; no importa que el heredero reciba una cuota o bienes determinados; incluso no importa que reciba bienes, pues puede no conseguir ninguno y seguir siendo heredero; más aún, puede no recibir bienes y tener que pagar con su propio patrimonio deudas del causante.

El legatario no ocupa titularidad vacante de ningún género. Lo relevante para ser legatario—en contra de lo que acontece en el caso del heredero—es recibir un valor patrimonial; esto está por encima de recibir o no bienes determinados. El legatario nunca puede ver afectado su patrimonio por las deudas del difunto (16); a lo sumo,

(16) El argumento en contrario que pudiera deducirse del artículo 891 de nuestro Código fué ya rebatido en el trabajo citado: *Naturalza jurídica del*

esas deudas impedirán que reciba lo que se le deja, quedando entonces el legado privado de contenido. Cuando en un supuesto de legado pueda hablarse de sucesión *mortis causa* (17), se sucederá en un valor patrimonial—siempre que el legado llegue a tener efectividad—, sin que el legatario ocupe, desde ningún punto de vista, frente a terceros la posición del causante.

Así, podría decirse que el heredero es un sucesor y el legatario un adquirente; el primero continúa la titularidad de unas relaciones jurídicas y el segundo recibe tan sólo un valor patrimonial; aquél ocupa frente a los terceros la posición del difunto en referencia a determinadas relaciones y éste permanece extraño frente a los terceros (18).

Por tanto, no debe decirse que heredero es siempre quien sucede a título universal, si con sucesión de este nombre no se quiere expresar que se convierte en soporte de toda o parte de la unidad patrimonial vacante. No es concluyente afirmar que el legatario sucede a título particular, a no ser que con ello se quiera expresar tan sólo que recibe un valor patrimonial sin transformarse en titular de relaciones jurídicas que hasta la muerte pertenecían al causante.

Es bien posible que se pueda hablar de sucesión universal y para título particular, a no ser que con ello se quiera expresar tan sólo haz de relaciones jurídicas (aunque reciba bienes determinados) y el legatario se limita a recibir un valor patrimonial determinado y concreto (aun cuando ello pudiera llegar a ser a través de una parte alícuota del patrimonio). Pero como tradicionalmente se vino dando a aquellas expresiones otro alcance, para evitar confusión, consideramos preferible denominar heredero a quien actúa de soporte de la unidad patrimonial vacante y legatario a quien se limita a recibir un valor patrimonial (criterio jurídico); y conservaremos el significado clásico de los términos sucesión universal y particular en el sentido de suceder ya en todo el patrimonio o parte alícuota del mismo, ya en bienes determinados (criterio matemático), porque consideramos que con este significado siguen aún teniendo práctica eficacia para determinar los conceptos de herencia y legado.

3. Heredero es, pues, el nuevo—o uno de los nuevos—soporte de la unidad patrimonial que queda vacante con la muerte del *de cuius*. Esto implica un concepto abstracto de heredero, supone más que otra cosa una definición. Ahora bien, en concreto y en cada caso, ¿quién

llamado legado en lugar de la legítima, págs. 127-128; damos aquí por reproducidas las razones que allí se aducen.

(17) Remitímonos de nuevo a la nota primera de este trabajo.

(18) Adviértase que las expresiones que empleamos en este párrafo tienen un sentido gráfico y no un rigor técnico. No cabe duda que, por lo general, el heredero también es un adquirente y que, normalmente, el legatario es un sucesor. En todo caso, no creemos que esa terminología pueda llegar a interpretaciones erróneas y nos parece que no hay dificultad en comprender nuestro pensamiento.

desempeñará ese papel de soporte?, es decir, ¿cómo se determinará esta condición?

Precisamos de un criterio que nos permita decidir en los diferentes casos si un instituido se torna o no soporte de esa unidad patrimonial y, por tanto, si es o no heredero. Este criterio determinante lo vamos a encontrar, de acuerdo con el artículo 660, en la sucesión a título universal entendida como sucesión en el todo o en una parte alícuota, frente a la sucesión a título particular en el sentido de sucesión en bienes determinados.

En un trabajo anterior afirmábamos que antes de acudir al criterio de la sucesión a título particular o universal, debería tomarse en cuenta la responsabilidad por las deudas hereditarias (19). Hoy modificamos nuestro pensamiento en ese punto. Es cierto que quien responde de las deudas hereditarias será heredero. Pero no lo es menos que esta responsabilidad se presenta en la mayoría de las hipótesis como una consecuencia de la cualidad de heredero; es decir, para saber si un sucesor *mortis causa* responde por las deudas del causante, necesitamos casi siempre precisar si es o no heredero. Hay casos en que no acontece así; por ejemplo, un testador (para simplificar, supongamos que no tiene herederos forzosos) distribuye sus bienes entre dos personas sin indicar el título de sucesión de ninguna de ellas, pero establece que una responderá por todas sus deudas y la otra queda libre de toda responsabilidad. Ahora bien, éste no es el caso normal que en la práctica se presenta: en los supuestos frecuentes y más numerosos sólo se determinará quiénes son los responsables por las deudas hereditarias después de precisar quiénes son los herederos. Por tanto, acudir al criterio de la responsabilidad puede dar lugar muchas veces a un círculo vicioso.

No ocurre lo mismo con el criterio de la sucesión a título universal y particular, entendidas éstas en el sentido matemático antes indicado. Generalmente, quien ocupó la titularidad de la unidad patrimonial vacante sucede a título universal; el heredero es un nuevo soporte de aquella unidad, y lo normal es que esa situación se exprese por medio de la institución en todo el patrimonio o en una cuota del mismo, pero esto no quiere decir que sea imprescindible que así acontezca; ser nuevo titular de la unidad patrimonial vacante y suceder a título universal no son conceptos necesariamente coincidentes. Del mismo modo, por lo general el legatario sucede a título particular (en bienes determinados), aunque no parece imprescindible que así suceda, pues lo verdaderamente relevante dentro de esta cualidad es recibir un valor patrimonial concreto.

Es decir, el criterio de la sucesión a título universal o particular, que es efecto normal de las cualidades de heredero y legatario, servirá para determinar en cada caso si el instituido sucede por uno u otro título. Pero tal criterio no es incontrovertible ni será siempre el que deba prevalecer. Ya hemos dicho que a veces se puede conser-

(19) *Op. cit.*, págs. 126 y ss.

var la cualidad de heredero sucediendo en bienes determinados, y tal vez no sea descaminado admitir el legado de parte alicuota. Los conceptos de heredero y legatario y los de sucesión a título particular o universal no coinciden necesariamente, sino apenas de un modo normal.

De esta forma, el pretendido legatario de parte alicuota no recibirá bienes determinados y no se transformará por ello en soporte de la unidad patrimonial vacante: recibe simplemente un valor patrimonial, no siendo decisivo el modo por el cual se le atribuye. El testador que realiza la partición de sus bienes entre los herederos, de acuerdo con lo que permite el artículo 1.056, consigue que éstos reciban bienes determinados sin dejar por ello de ser nuevos titulares de la unidad patrimonial vacante.

Respecto al heredero—único supuesto que nos interesa en este trabajo—, pudiera pensarse que nuestra afirmación carece de base ante la lectura del artículo 768: “El heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario.” Parece desprenderse de este precepto que siempre que una persona reciba bienes determinados, aunque sea a título de heredero, habrá de ser considerada legatario. Pero si así se interpretase, carecería absolutamente de sentido el primer párrafo del artículo 1.056; porque si al testador se le impidiera nombrar herederos determinando los bienes concretos en que aquéllos deben suceder, la división del testador sólo serviría para designar una serie de legatarios; y en tal supuesto, a efecto de pago de las deudas de la herencia, se aplicaría el artículo 891, y el 1.056 ninguna utilidad vendría a tener. Al artículo 768 no puede de forma alguna concedérsele ese sentido. A nuestro juicio, es una norma interpretativa complementaria del artículo 668, párrafo segundo. En este último se dispone que aunque el testador no haya usado la palabra heredero, la disposición valdrá como hecha a título universal si su voluntad es clara acerca de ese concepto. Y en el 768 se afirma que, aunque haya usado la palabra heredero, la disposición puede valer como legado cuando se ha hecho a título particular. Es decir, se hace preva'ecer el criterio distintivo del artículo 660 sobre las palabras usadas por el testador. Pero no prevalecerá aquel criterio contra otros preceptos del mismo Código que permiten contrariarlo, sin que por ello venga a desaparecer la cualidad de heredero. El artículo 768 debe interpretarse junto al 668 y al 660, y los tres deben quedar sometidos a otras disposiciones del Código en las que, excepcionalmente, el criterio distintivo del artículo 660 falla.

4. Heredero y sucesión a título universal, legatario y sucesión a título particular no son términos que coincidan de modo necesario, sino normal. ¿Cuándo podremos decir que una persona es heredero a pesar de recibir bienes determinados? Tan sólo en dos casos: cuando el testador, de acuerdo con lo que el Código permite, deje a un *heredero* bienes determinados (artículo 1.056), o cuando la propia Ley atribuya la cualidad de heredero a personas que pueden no su-

ceder en todo el patrimonio o en una parte alícuota del mismo (heredero forzoso). De estos dos supuestos nos vamos a ocupar por separado para delimitar su alcance y precisar su trascendencia.

Esas situaciones podrían considerarse recogidas en la sentencia de 10 de enero de 1920, cuando nuestro Supremo Tribunal—con un sentido diferente al que acabamos de exponer—afirmó en el primero de los considerandos: “Hoy puede el testador disponer de sus bienes, en todo o en parte, lo mismo a título de herencia que a título de legado, dependiendo, por consecuencia, la situación de los que adquieren como sucesores universales o singulares, no de distinciones doctrinales, a veces de puro nombre, sino de lo que de acuerdo con la realidad y la justicia se acomode a la verdad y a las leyes, con tal que se vea clara y expresa o por lógica interpretación se deduzca la voluntad de transferir a una persona determinada los bienes de que dispone, con las inherentes responsabilidades o limitaciones establecidas por el testador, la Ley o los derechos preexistentes, a favor de otras personalidades.”

III

5. Bajo el imperio del nuevo Código italiano, dice CICC (20), la atribución de bienes determinados no excluye sin más la cualidad de heredero, pues el testador puede precisar los bienes concretos que hayan de componer la cuota de uno o más herederos. En el Código de 1865 sólo se reconocía esa potestad al ascendiente: en el de 1942 fué generalizada y concedida a todo testador.

El artículo 588 del nuevo Código italiano advierte que la indicación de bienes determinados o de un complejo de bienes no excluye el que la disposición sea a título universal, cuando resulte que el testador haya querido asignar tales bienes como cuota de patrimonio. La Relación Ministerial no puso de manifiesto el ligamen existente entre el artículo 588 y el 734, que consiente al testador dividir sus bienes entre los herederos. Pero el presupuesto, si no necesario al menos normal, de aplicación del artículo 588 es que el testador desee repartir sus bienes entre dos o más herederos. Cuando realice tal división al amparo del artículo 734, el 588 viene a superar la dificultad de conciliar la atribución de bienes determinados—que bajo el imperio del Código del 65 llevó a muchos autores a afirmar que la división del ascendiente implicaba la institución en un haz de legados—con la cualidad de heredero. Simplemente se impone al testador que divide el deber de respetar los límites de la legítima.

Pongamos de lado el problema de si esa división tiene naturaleza de tal, visto que al hacerla el testador no llega a existir una comunidad hereditaria a que aquélla venga a poner fin (21). Siempre podrá

(20) CICC: *La divisione creditaria*, Milán, 1948, pág. 69.

(21) Sobre este problema, vid. CICC: *Op. cit.*, págs. 68, 70 y 71.

afirmarse que existe o una división anticipada, o una ficción, o una simple asignación. Lo que interesa poner de relieve es que el testador puede determinar los bienes en los que han de suceder sus herederos sin que éstos pierdan tal cualidad, pues, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 588 del nuevo Código italiano, ha de entenderse que el testador quiso asignar tales bienes como cuota de patrimonio.

La fórmula adoptada por el artículo 588, en el decir de CICU y GANGI (22), no es de las más felices, pudiendo en muchos casos presentarse graves dificultades para determinar cuál sea la efectiva voluntad del testador al asignar a una persona bienes determinados. No siempre es fácil interpretar esa voluntad, que en la mayor parte de los casos no será una voluntad efectiva, sino simplemente presumible. Cualesquiera bienes, relacionándolos con el todo, pueden ser considerados como cuota; así, habría que pensar que toda atribución de bienes determinados daría lugar a una institución de heredero. Y los autores consideran que sería excesivo arbitrio dejar la libre apreciación del hecho al Juez.

La doctrina intenta indicar una serie de medios que permitan establecer bases mínimas de aplicación del artículo 588 del nuevo Código.

La Relación Ministerial advertía que la atribución de la cualidad de heredero asignando bienes determinados puede derivar de particulares circunstancias que revelen la específica voluntad del testador, y que la intención de éste de asignar bienes determinados como cuota de patrimonio debe ser deducida por medio de los comunes criterios de interpretación de la voluntad testamentaria (23).

Para D'AVANZO (24), la relación objetiva entre el objeto de la disposición y el complejo del patrimonio debe deducirse no tanto de las expresiones usadas por el *de cuius* como de que se pruebe que el testador quiso asignar bienes determinados como cuota de patrimonio.

Según MESSINEO (25), lo que interesa determinar es si el heredero recibe los bienes como universalidad o como una suma simplemente. La investigación debe recaer, por tanto, sobre la forma en que tales bienes quieren atribuirse.

TRABUCCHI (26) piensa que el intérprete debe atender a varios elementos para encontrar la verdadera intención del testador. Para que pueda hablarse de institución de heredero es necesario que el *de cuius* haya tenido presente todo su patrimonio al hacer la atribución de los bienes que deja: el valor aritmético de la cuota se deter-

(22) CICU: *Le successioni*, Milán, 1947, pág. 14; GANGI: *Op. cit.*, páginas 13-14.

(23) Cfr. BENETTINI: *Compendio di Diritto civile secondo il nuovo Codice*, vol. II, Milán, 1940, pág. 72, y N. y F. STOLFI: *Il nuovo Codice civile commentato: Libro delle successioni e donazioni*, Nápoles, 1941, págs. 207-208.

(24) D'AVANZO: *Le successioni nel nuovo Codice civile* (del "Corso di Diritto civile"), Roma, 1939-1940, págs. 638-639.

(25) MESSINEO: *Op. cit.*, pág. 239.

(26) TRABUCCHI: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª ed., Padua, 1948, pág. 712.

minará en tales casos estableciendo una relación entre los bienes dejados y el complejo del activo *de cuius*.

A juicio de BARASSI (27), el valor de la cosa dejada en relación al activo de la herencia podrá constituir un indicio de prueba. La eventual relación de parentesco entre el testador y el instituido podrá constituir otro indicio. Pero expresamente advierte este autor que esos criterios no son seguros y que, a pesar de ellos, muchas veces el intérprete encontrará serias dificultades. Concluye admitiendo el arbitrio del Juez para determinar la cualidad del instituido en bienes concretos.

GANGI (28) considera que para encontrar la voluntad efectiva del testador no sólo deben emplearse elementos deducidos del testamento, sino incluso—si ello es necesario—elementos extraños a aquél. Y no bastará probar que el testador quiso dejar aquellos bienes como cuota; será también necesario que esos bienes determinados puedan constituir objetivamente cuota de patrimonio.

Por el mismo camino, CICU (29) afirma que si bien la intención del testador de atribuir bienes determinados como cuota de patrimonio debe tener alguna manifestación en el testamento, para resolver las dudas que esas manifestaciones dejen al intérprete se podrá recurrir a cualquier medio de prueba. Ve un indicio en el hecho de que el testador emplee la palabra heredero al hacer la institución en bienes determinados, siempre que no sea desmentido por las propias disposiciones testamentarias. Y para que pueda hablarse en estos casos de institución de heredero, exige que el testador haya tenido presente todo su patrimonio al hacer la asignación.

Las citas podrían multiplicarse. Creemos que basta lo expuesto para apreciar la inseguridad de criterios y el margen de incerteza que dejan las doctrinas de los diferentes autores italianos.

A nuestro juicio, el artículo 588 del Código italiano—a pesar de lo desafortunado de la fórmula que emplea—tiene una clara interpretación: no obstante recibir bienes determinados una persona, puede tener la cualidad de heredero cuando el testador realiza la atribución bajo aquel título. Y esa atribución instituyendo en bienes determinados la Ley sólo la permite al testador cuando éste practica la división, según le faculta el artículo 734 del nuevo Código italiano.

A esta solución permite también llegar, en España, el artículo 1.056.

6. En el primer párrafo del artículo 1.056 se dispone: “Cuando el testador hiciere, por acto *inter vivos* o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos”.

De esta forma, todo testador tiene la facultad de hacer la división de sus bienes entre los herederos; usando de esa facultad puede el

(27) BARASSI: *Op. cit.*, pág. 26.

(28) GANGI: *Op. cit. loc. ult. cit.*

(29) CICU: *Op. ult. cit.*, págs. 14-15.

testador atribuir a todos o alguno de ellos (30)—guardando los límites de la legítima—bienes determinados. Cuando el *de cuius* realiza la división, su testamento no comprende un haz de legados, sino que los instituidos pueden conservar la cualidad de herederos. De no ser así, el artículo 1.056 carecería de sentido y supondría una repetición desnecesaria—como dijimos—del 768.

Se podrá argumentar que la división operada por el testador no implica institución en bienes determinados, sino que el causante instituye a título universal a los herederos y después, conforme permite el artículo 1.056, determina los bienes que han de componer la cuota abstracta de cada uno. Desde un punto de vista teórico tal vez se pueda hacer esa distinción; pero en la práctica será imposible en la mayor parte de los casos.

Dice ALBALADEJO (31) que la disposición puede diferenciarse de la partición cuando las dos constan en documento separado. Pero si—como es normal—figuran ambas en el testamento ya no cabe hacer con ellas dos compartimentos estancos; no existirá una separación tajante, las dos vendrán a compenetrarse. La voluntad que revelen las cláusulas dedicadas especialmente a la partición no sólo puede servir para interpretar la voluntad del testador, sino que muchas veces encerrará en sí una verdadera manifestación de voluntad dispositiva; de aquellas cláusulas podrán extraerse elementos que, coordinados con los otros términos del testamento, pueden venir a modificar el sentido que se creyó ver en la voluntad de disposición expresada en las cláusulas particularmente dedicadas a disponer. El primer párrafo del artículo 1.056 supone una desviación del 1.061, pues que permite al testador adjudicar a los herederos cosas de distinta naturaleza, calidad o especie.

ALBALADEJO (32) invoca el testimonio de SÁNCHEZ ROMÁN (33) para afirmar que en cualquier modificación que en la partición se imponga habrá que tomarse como directriz el conservar la partición del testador en cuanto sea posible, limitándose a modificarla en lo que sea imprescindible. También transcribe las palabras de la Memoria del Tribunal Supremo de 1904, cuando afirma que el alcance del artículo 1.056 es el de que se puede hacer en vida lo que habría que hacer con una herencia después del fallecimiento del causante, bien para economizar trabajo a los coherederos o ya para que pueda rea-

(30) Como dice ROCA SASTRE (*Partición de la herencia por acto "inter vivos"*, en "Estudios de Derecho Privado", cit., págs. 379 y ss., concretamente pág. 380), no es nula la partición por el hecho de que no hayan sido inciuidos en ella todos los bienes. En este sentido la sentencia de 6 de marzo de 1945. Sobre la posibilidad de división parcial, vid. MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 2.ª ed., vol. VII, Madrid, 1903, págs. 607-612, y lo que escribimos en nuestro trabajo citado, pág. 151.

(31) ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 954-955.

(32) ALBALADEJO: *Op. cit.*, págs. 971-972.

(33) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.ª ed., tomo VI, vol. III, Madrid, 1888, pág. 1991.

lizarse la adjudicación de bienes de la manera más conforme con la voluntad del testador.

Por tanto, cuando la partición del testador es hecha en el propio testamento, como generalmente ocurre (34), no cabe diferenciar la institución de la asignación. Por ello resulta que en aquel testamento se vendrá a instituir herederos asignándoles bienes determinados; sin que tal asignación cambie la cualidad de aquellos en la de legatarios. Nada se gana con afirmar que esa asignación se hizo como cuota de patrimonio; las más de las veces resultará imposible probar que era esa la intención real del testador, pues normalmente éste ignora la trascendencia de instituir en bienes determinados o en cuota.

En cambio, no es difícil comprender que las personas así instituidas lo fueron—al amparo del artículo 1.056—con la intención de que no dejaran de ser herederos, de que fuesen soportes de la unidad patrimonial que quedará vacante al morir el "de cuius", y así ocupasen en un cierto número de relaciones, frente a los terceros, la misma posición que tenía el testador, conservando todos los derechos y obligaciones que competen a las personas que ostentan la cualidad de heredero.

No nos parece correcto afirmar que el artículo 1.056 permite instituir en bienes determinados sin que los herederos dejen de suceder a título universal. Parece más claro y correcto decir que a pesar de suceder en bienes determinados, los así instituidos siguen siendo herederos—no obstante lo dispuesto en el artículo 660—, porque la Ley concede ese poder al testador cuando es él quien efectúa la partición y desea que los que suceden en bienes concretos sigan siendo herederos.

La diferencia entre el heredero así instituido y el simple heredero testamentario radica en que este último sólo concretiza los bienes en que ha de suceder con la división que se realiza después de la muerte del causante, y el primero sabe de antemano en qué bienes específicos va a suceder. La división anticipada, por la que se habrá de pasar en cuanto el propio testamento no imponga una modificación, permite al testador no guardar la igualdad establecida para los coherederos en el artículo 1.061, y supone un medio concedido al causante—por motivos económicos y familiares—para determinar los bienes concretos en que los herederos deben suceder, de acuerdo con su voluntad.

El único efecto especial que la división del testador produce es no permitir que surja la comunidad hereditaria, pues ésta sólo nace des-

(34) La partición *inter vivos* no tendrá valor cuando la contradiga el testamento, que es la verdadera Ley. En este sentido, sentencias de 13 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940. En contra, MARÍN LÁZARO (*La partición de la herencia hecha por acto "inter vivos"*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1944, págs. 213 y ss.), que considera la partición *inter vivos* como un pacto sucesorio en sentido estricto, que liga, por tanto, al propio causante.

pués de la muerte del causante y acaba con la partición. Como en este supuesto la división se hizo antes de morir el testador, la comunidad carecería de fin; por ello no llega a aparecer.

Sobre el segundo párrafo del artículo 1.056 tuvimos ya ocasión de advertir que resulta desnecesario, pues considerando a los legítimos herederos la facultad que en ese párrafo se otorga al padre queda ya comprendida en la primera parte del artículo (35).

IV

7. La doctrina española vino tradicionalmente admitiendo la cualidad de heredero en los legitimarios (36). Este criterio tiene por base un sólido argumento: la propia terminología de la Ley. El artículo 806, primero de la sección de las legítimas, dice: "Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a *determinados herederos*, llamados por esto *herederos forzosos*." Y la expresión "herederos forzosos" es usada un sin fin de veces en el Código: artículos 763, 807, 813, 814, 815, 816, 817, 821, 825, 857, 863, 1.035, 1.036, 1.056, etc., así como en otras Leyes.

No obstante, modernamente algunos autores han pretendido negar el carácter de heredero a los legitimarios, aduciendo buen número de argumentos que no nos parecen convincentes. Consideran que el hecho de que el Código hable tantas veces de "herederos forzosos" es debido a una de las muchas imperfecciones terminológicas que en él abundan, y que ese hecho no debe triunfar sobre la propia doctrina que el mismo cuerpo legal desenvuelve contraria a aquella denominación (37). Esas razones son tan cómodas de invocar como poco convincentes. Mucha imperfección terminológica nos parece ésta, dado el sin fin de casos en que en la Ley se habla de heredero forzoso. Pero pudiera ser que así fuese. Lo que no nos convence son los argumentos invocados para probarlo. Intentaremos probar el porqué, para así poder concluir que no hay imperfección de término y que cuando la Ley habla de heredero forzoso emplea con propiedad la expresión (38).

ROCA SASTRE (39) considera que la expresión "heredero forzoso"

(35) Sobre la no necesidad del segundo párrafo del artículo 1.056, vid. SCAEVOLA: *Código civil comentado y concordado*, tomo XVIII, Madrid, 1901, página 281, y lo que escribimos en nuestro trabajo citado, pág. 145.

(36) Así, SÁNCHEZ ROMÁN: *Op. cit.*, tomo IV, vol. II, págs. 791-792; DE BUEN: *Op. cit.*, págs. 330-331; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed., tomo V, Valladolid, 1926, pág. 222; CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 5.ª ed. (Notarías), vol. IV, Madrid, 1942, págs. 465-466. Apenas se pone el problema para los hijos naturales y el cónyuge supérstite.

(37) Cfr. PUIG BRUTAU: *Naturaleza jurídica de las legítimas en el Derecho común y en el foral*, en los "Estudios de Derecho Privado" de ROCA SASTRE, cit., págs. 109 y ss., concretamente pág. 144.

(38) Ya sostuvimos la misma opinión en nuestro anterior trabajo citado, páginas 129 y ss.

(39) ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en "Revista de Derecho Privado", 1944, págs. 185 y ss., concretamente págs. 195-203.

es impropia. Para que pudiera usarse con propiedad sería necesario que aquellos herederos fuesen impuestos por la Ley al "de cuius" Y en nuestro Ordenamiento tal figura es desconocida, pues el Código no impone nunca como heredero a una determinada persona, dependiendo siempre la elección de heredero de la voluntad del causante. Cabe un heredero por voluntad del difunto (testamentario) o sin esa voluntad (intestado); pero no contra la voluntad de aquél

El Código no obliga a instituir herederos a los legitimarios. El artículo 815 permite dejar la legítima por cualquier título.

Además, tampoco en el ordenamiento civil se encuentra un precepto que imponga al legitimario la responsabilidad personal por las deudas del causante, esencial en todo heredero (artículo 661). Los legitimarios adquieren valores económicos, pero no suceden al difunto, y por ello no responden de sus deudas, sin que tengan necesidad de aceptar a beneficio de inventario para evitar la responsabilidad "ultra vires". Las deudas que gravan la herencia le afectan tan sólo en cuanto puede por ellas venir a reducirse el cuantitativo de su cuota.

Para ROCA, la legítima—en principio—atribuye a los legitimarios una titularidad sobre una parte del valor de cambio del patrimonio hereditario líquido; es una "pars valoris bonorum", y tiene la misma contextura que los demás derechos de realización de valor, afectando—cual si fuera una carga—todo el patrimonio hereditario. El "de cuius" puede elegir libremente la forma jurídica de cumplimiento del deber legitimario (artículo 815), tanto en lo que respecta a su configuración (institución de heredero, legado donación) como en lo que respecta a la expresión objetiva del valor que destina a los legitimarios (muebles, inmuebles, créditos, etc.). La única limitación que tiene—a parte de la de no imponer cargas a la legítima—es la de atribuir el valor económico marcado por la Ley en substancia, es decir, no desdoblado la nuda propiedad del usufructo.

Según DÁVILA GARCÍA (40), el testador está obligado a dejar la legítima, pero no a nombrar heredero a quien no desee. El legitimario puede exigir la legítima, es decir, una determinada porción de bienes, pero no la cualidad de heredero. El artículo 815 prevé que el testador deje al legitimario su cuota por cualquier título.

Por regla general, el legitimario puede pedir la participación en todos los bienes que componen la herencia, pero no tiene derecho a formar parte de la comunidad hereditaria. Esa regla general de igualdad cualiativa encuentra excepciones en los artículos 821, 829 y 1.056.

El heredero responde de las deudas hereditarias y el legitimario no. Aquél sucede por voluntad del testador o, en su defecto, de la Ley, y éste por derecho propio. El primero es continuador del causante y como tal sucede en todo lo que es transmisible, y no sólo en el activo; el segundo recibe siempre un activo hereditario. El legitimario puede percibir anticipadamente algo a cuenta de la legítima (ar-

(40) DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1943, págs. 661 y ss., concretamente págs. 665-670.

título 1.035) y puede impugnar los actos de su causante que lesionen su legítima (artículo 654); en cambio, el heredero nada puede percibir anticipadamente, pues la herencia no es objeto de tráfico (artículo 1.271, párrafo segundo), y no puede impugnar los actos del causante.

Este autor considera que el legitimario tiene una posición análoga a la del heredero que acepta a beneficio de inventario.

De todo lo dicho concluye que donde hay herencia no hay legítima, y que por ello heredero y legitimario son títulos que no pueden coexistir en la misma persona.

En un trabajo posterior, DÁVILA GARCÍA viene a ratificar su tesis (41). Siguiendo a ROCA, califica la legítima de "pars valoris honorum", e intenta diferenciar el legitimario (que nunca participa del pasivo de la herencia) tanto del heredero (continuador del causante en la totalidad) como del legatario (sucesor singular), pues estos dos últimos son siempre designados libremente por el testador.

A juicio de VIRGILI SORRIBES (42), el heredero forzoso es impuesto por la Ley al testador. Antes de ser instituido en el testamento tiene derecho a una porción reservada por la Ley. Como presunto legitimario, y como defensa de esa expectativa, podrá impugnar las enajenaciones simuladas que el causante realiza con el fin de lesionar la legítima.

Sucede en parte del activo hereditario y no en las deudas (artículo 818), pues la legítima es un activo que se detrae del superávit entre el activo y el pasivo de la herencia. Si no hay superávit no hay legítima.

Por todo esto concluye que aunque en nuestro ordenamiento se designe a los legitimarios con la expresión de "herederos forzosos", de herederos sólo tienen el nombre. En realidad son acreedores, por ministerio de la Ley, de una porción de los bienes que integran la herencia. El testador está obligado a dejar la legítima, pero no a instituir herederos a los legitimarios, pudiendo asignarles su cuota por cualquier título (artículo 815).

GONZÁLEZ PALOMINO (43) afirma que a pesar de la definición legal de la legítima (la cual no es vinculante ni normativa), con arreglo a la reglamentación a que el Código la somete (que es vinculante y normativa), lo que importa en fin de cuentas es que el legitimario reciba el valor de su legítima, sea por uno u otro medio. El testador puede atribuir por cualquier título la cuota, incluso "inter vivos", por medio de donaciones.

El legitimario no es heredero en el sentido de llamado al "uni-

(41) DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1945, págs. 649 y ss., concretamente pág. 650.

(42) VIRGILI SORRIBES: *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1945, págs. 479 y ss., concretamente págs. 479-489.

(43) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 540-544.

versum ius"; es un beneficiario o derechohabiente. Tampoco es "forzoso", si con ello se quiere decir que ha de serlo aunque no quiera, sino tan sólo en cuanto es independiente de la voluntad del "de cuius". El legitimario, por el hecho de serlo, sólo tiene un llamamiento legal a una cuota; no es heredero, sino sucesor a título singular, aunque cotitular de la comunidad hereditaria. Es una especie de sucesor de cuota.

Por el hecho de ser legitimario no responde "ultra vires" de las deudas hereditarias, porque nunca responden de esta forma los sucesores singulares. La legítima está afectada en su cuantía a la liquidación de la herencia, y de la existencia o no de deudas dependerá su extensión (artículo 818), o incluso la inexistencia de su contenido económico.

Su posición es análoga a la del heredero a beneficio de inventario y a la del legatario de parte alicuota, porque como aquellos tiene derecho a la propiedad de una cuota de la herencia.

Para GONZÁLEZ COLLADO (44) la expresión "porción de bienes" del artículo 806 significa que la legítima es sólo activo, y, por tanto, el legitimario no soporta las deudas (éstas recaen sobre la herencia, y, por tanto, la legítima resultará indirectamente afectada por ellas). "Reservados por la Ley" quiere decir que la legítima es campo acotado a toda ingerencia de la voluntad, declarada o presunta, del "de cuius".

Antes de la apertura de la sucesión, los legitimarios son titulares de un verdadero derecho subjetivo: su cuota, aunque de contenido indeterminado; no poseen una simple expectativa. Y ese derecho puede extinguirse en su día si resulta que no existe activo efectivo o colateral.

El título por el que adquiere el legitimario es diferente del del heredero. La aceptación a beneficio de inventario es exclusiva del heredero.

El legitimario no acepta (porque sólo se acepta lo que no se tiene) ni repudia su cuota (sólo se repudia lo que no se quiere llegar a tener). La legítima, que ya se tiene en vida del causante, sólo puede ser abandonada o renunciada. El legitimario adquiere "ex lege" e "ipso iure". Esa adquisición "ex lege" tiene plena eficacia por sí sola, con independencia de la voluntad del "de cuius" y del legitimario. La adquisición "ex lege" e "ipso iure" elimina toda posible delación. En la legítima no hay delación, ni aceptación ni sucesión: hay adquisición "ipso iure" y régimen autónomo de renunciaciones o abandonos.

En resumen, heredero es el sucesor universal "ultra vires". Heredero a beneficio de inventario es el sucesor universal "intra vires". Legatario es el sucesor "mortis causa" singular. Legatario de parte

(44) GONZÁLEZ COLLADO: *El legitimario no es sucesor*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", 1946, tomo III, págs. 531 y ss., concretamente págs. 535-540.

alícuota el sucesor testamentario singular que recibe una cuota de herencia. Y legitimario es el adquirente "ex lege" e "ipso iure" de una cuota de activo puro, no siendo sucesor ni singular ni universal.

PUG BRUTAU (45), siguiendo la orientación de ROCA, aduce la sentencia de 14 de marzo de 1916 para probar que los conceptos de heredero y legitimario son distintos, pues el del legitimario no produce, como el del heredero, la confusión de personalidades en derechos y obligaciones; e invoca las sentencias de 26 de octubre de 1904, 4 de julio de 1906, 25 de enero de 1911, 14 de marzo de 1916, 28 de enero de 1919 y 10 de enero de 1920, para demostrar que el legitimario no está personalmente obligado por razón de las deudas del causante, limitándose a adquirir un valor patrimonial. Claro que el legitimario no instituido heredero no verá con indiferencia que existan deudas hereditarias, pues si no quedan bienes libres para calcular la legítima quedará privado de ésta. Pero de ningún artículo del Código se deduce que puedan quedar sus bienes personales al alcance de los acreedores de la herencia.

A juicio de este autor, el legitimario no instituido en testamento tiene una posición análoga no a la del heredero que acepta a beneficio de inventario (pues éste tiene su responsabilidad limitada al "quantum", pero no deja de ser titular pasivo de la herencia), sino a la del legatario de parte alícuota. Es un destinatario "ex lege" de parte alícuota del saldo activo de la herencia, y tiene derecho a una "pars bonorum" (artículo 806) que no se podrá atribuir hasta que se hayan deducido las deudas (artículo 818).

Una posición intermedia entre los autores que atribuyen al legitimario la cualidad de heredero y la de los que le niegan tal carácter es la de VALLET DE GOYTISOLO (46).

Según este autor, el legitimario puede ser heredero, puede ser legatario o puede haber recibido anticipadamente su legítima por medio de donaciones. Originariamente es un heredero, porque con ese título le llama a suceder la Ley (artículos 806 y 807). Pero el propio Código autoriza al testador a otorgar la cuota legitimaria por título diferente (artículo 815). El deber del causante para con los legitimarios no es el de instituirles herederos, pues a nadie se le puede obligar a testar. El deber de legítima sólo entra en juego cuando el "de cuius" testa (47); es entonces cuando está obligado a dejar a los le-

(45) PUG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 137-138 y 141-145.

(46) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, págs. 321 y 324.

(47) En este punto, el pensamiento de VALLET se asemeja en cierto modo al de AZZARITI, que dentro del Derecho italiano afirma que la sucesión necesaria sólo tiene lugar en la hipótesis en que el *de cuius*, disponiendo de sus bienes por testamento, no satisface en él los derechos de los legitimarios, siempre y cuando no los haya satisfecho ya con donaciones (*Il legitimario è erede?*, en "Diritto e Giurisprudenza", 1933, págs. 33 y ss.; *Sulla figura del legitimario*, en "Diritto e Giurisprudenza", 1933, págs. 247 y ss.; *Sulla stima dei beni nella divisione ereditaria: articolo 822 e 1.017 del Codice civile*, en "Diritto e Giurisprudenza", 1933, págs. 302 y ss.; *Sulla successione in una quota d'usufrutto in relazione all'articolo 810 del Codice civile*, en "Diritto e Giurisprudenza". 1934,

gitimarios las cuotas legales. Si no cumple ese deber, la institución realizada será nula total o parcialmente, según el vicio consista en una preterición o en una desheredación sin justa causa. Pero el testador puede mediatizar la designación legal, que atribuye a los legitimarios la cualidad de herederos, pues según el artículo 815 le es permitido dejar la legítima por cualquier título.

Con esto quedan expuestas las líneas generales de la corriente doctrinal que modernamente quiso negar, dentro de la órbita de nuestro ordenamiento, la condición de heredero al legitimario. El examen que hemos realizado no pretendió ser exhaustivo; simplemente hemos querido poner de relieve las posiciones que juzgamos más significativas.

Ninguno de esos argumentos nos parecen decisivos, y vamos a intentar probar que no deben prevalecer contra la designación legal que califica a los legitimarios de herederos. Seguimos, pues, pensando que la doctrina tradicional debe revalorizarse; con ello compartimos el criterio de algunos autores españoles modernos, que han vuelto a insistir en esa necesidad.

Los dos puntos más importantes que los autores toman en cuenta para negar la cualidad de heredero al legitimario son el de que el testador puede atribuir la legítima por cualquier título (artículo 815) y el de que no responde de las deudas hereditarias (artículo 818). Veamos el alcance que debe concederse a esos dos preceptos, y a continuación intentaremos rebatir los demás argumentos de menos peso aducidos por los autores para negar al legitimario la cualidad de heredero.

8. El artículo 815 está redactado en estos términos: "El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el complemento de la misma."

Los autores afirman que este precepto autoriza al testador a dejar la legítima por cualquier título. Los títulos por los cuales puede ser atribuida son: herencia, legado y liberalidades inter vivos.

Deducir del artículo 815 esa regla general nos parece desorbitado. El propio GONZÁLEZ PALOMINO (48) ha advertido que ese artículo consagra garantías complementarias de los derechos de los legitimarios, y no trata de definir la naturaleza, esencia y existencia de estos

págs. 204 y ss.; *Sul legato a tacitazioni di legittima*, en "Rivista di Diritto Privato", 1934, parte prima, pág. 286). La opinión de AZZARITI no ha prosperado en Italia. Sin llegar al extremismo de este autor, ASCOLI (*Legato a tacitazione della legittima*, en "Rivista di Diritto civile", 1922, págs. 602-605) llega a sostener una opinión que guarda cierta semejanza con la de aquél, mas sin llegar a incurrir en una generalización peligrosa. Para ASCOLI el legitimario no es heredero si no se le nombra en el testamento, teniendo tan sólo derecho a pedir la reducción mediante cuyo ejercicio llegará a adquirir tal cualidad. A nuestro juicio, las cosas ocurren precisamente del modo contrario: poder ejercitar la reducción presupone tener la cualidad de heredero forzoso, pues sólo a éstos se concede aquel remedio; lo que sucede es que la adquisición efectiva de las cuotas está a veces subordinada al ejercicio de la reducción.

(48) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, pág. 547.

d.rechos. El artículo 815 no supone una derogación del carácter de "pars hereditatis" de la legítima, convirtiéndola en un crédito. Lo que acontece es que existe una Ley de economía jurídica que procura que los actos jurídicos produzcan siempre sus efectos normales, acudiendo sólo en última instancia a la ineficacia. Si hasta en los supuestos de preterición se conserva la eficacia de las disposiciones testamentarias que no sean inoficiosas (artículo 814), y se mantiene vivo y sano el testamento cuando los en él instituidos reconocen su parte al preterido, con mayor razón debe conservarse la validez del testamento si en lugar de una preterición hay un simple perjuicio parcial.

Según FUENMAYOR (49), el deducir del artículo 815 la regla general de que el testador puede dejar por cualquier título la legítima, obedece al preconcepto que ROCA introdujo de considerar aquélla como "pars valoris honorum", lo cual, en términos generales, no es exacto.

En efecto, la legítima es en España "pars hereditatis". De esta forma la marca la Ley (artículos 808 y 809 para ascendientes y descendientes, que son las categorías que ahora nos interesan) (50). El mismo PUIG BRUTAU (51) reconoce que el aspecto cualitativo de la legítima obliga a tomar en cuenta al componerla los artículos 1.061 y 1.062; a reforzar esta afirmación viene el artículo 832. Claro está que en virtud de las amplias facultades que en nuestro Derecho se otorgan al testador para determinar por medio de la división los bienes que deben componer las cuotas de los herederos, cuando realice la partición y marque los bienes concretos que han de integrar las legítimas, éstas dejarán de ser "pars hereditatis" para convertirse en "pars honorum"; entonces no se podrán invocar los artículos 1.061 y 1.062, porque esos preceptos no pueden aplicarse en el supuesto de que sea el testador el que realiza la división (52). Por ello reconoce ROCA (53) que como quien puede lo más puede lo menos, al efectuar la partición el causante no debe sujetarse a la regla de igualdad de los artículos 1.062 y 1.061, como se deduce del artículo 1.056.

Por eso FUENMAYOR afirma que el causante puede atribuir al heredero forzoso, en pago de su derecho, cualquiera de los bienes del caudal relicto, con la sola limitación de que esos bienes se encuentren integrando la herencia. Puede incluso ordenar que se le pague la legítima en metálico, cuando el que en la herencia exista sea suficiente. Y esto no por la regla del artículo 815, sino por la del 1.056; en virtud de lo dispuesto en ese último, puede el causante determinar los bienes que han de integrar la cuota de los herederos forzosos. Pero tal facultad no es omnimoda.

(49) FUENMAYOR: *Intangibilidad de la legítima*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1948, págs. 46 y ss., concretamente págs. 63-65.

(50) Vid. nuestro trabajo citado, págs. 132 y ss.

(51) PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 145.

(52) Cfr. SCAEVOLA: *Op. cit.*, pág. 281; MANRESA: *Op. cit.*, pág. 609; VALVERDE: *Op. cit.*, pág. 580.

(53) ROCA: *Partición de herencia por acto "inter vivos"*, cit., pág. 381.

GONZÁLEZ PALOMINO (54) considera que, de acuerdo con lo establecido en la segunda parte del artículo 1.056, el padre puede atribuir a uno de sus hijos una explotación industrial o agrícola, aunque la herencia se reduzca escuetamente a esa explotación, y ordenar que se pague a los otros hijos su legítima en dinero, aunque no exista metálico en la herencia; el hijo que recibe la explotación no está autorizado a pagar en dinero, sino obligado a pagar de esa manera. Con mejor criterio, FUENMAYOR (55) afirma que el causante no puede ordenar el pago de las legítimas en dinero, cuando el metálico existente en la herencia no sea suficiente para ello. La segunda parte del artículo 1.056, e incluso todo el artículo, dice PORPETA (56), no tendría razón de ser si fuese admitido como regla general el pago de las legítimas en metálico.

El principio general es que el legitimario tiene derecho a pedir su cuota "in natura". Pero el causante, al amparo del artículo 1.056, goza de cierta autonomía para influir en la formación de estas cuotas. La legítima tiende a modelarse como "pars hereditatis", mientras no exista un hecho que de una manera ostensible la desvíe de ese camino (57).

FUENMAYOR sostiene (58) que el artículo 816 viene a aclarar la naturaleza del derecho del legitimario. Estimando—como a su juicio debe hacerse—que supone una aplicación del párrafo segundo del artículo 1.271 al campo de las legítimas, se confirma la naturaleza hereditaria de los mismos. Tal aplicación sólo podrá llevarse a cabo considerando la legítima "pars hereditatis" y no "pars valoris bonorum", como ROCA pretende.

Cabe preguntar si será aplicable el artículo 816 a las donaciones inter vivos que signifiquen anticipo de legítima. FUENMAYOR se pronuncia por la negativa, considerando que tales donaciones podrán ser, a lo sumo, inoficiosas, pero nunca nulas de pleno derecho, debiéndose entonces aplicar las normas de la reducción. El artículo 816 será inaplicable a las donaciones inter vivos, porque el causante tiene facultad de disponer de sus bienes por acto inter vivos, y porque los donatarios no quedarán privados de ningún derecho sucesorio a consecuencia de aquellas liberalidades, como expresamente lo declara la sentencia de 26 de junio de 1946 en referencia a ciertas cláusulas de donación en concepto de anticipo de legítima.

Para interpretar—de la forma que juzgamos más adecuada—el artículo 815 hay que sentar previamente una serie de presupuestos.

A nuestro juicio, el Código atribuye a los legitimarios la cualidad de herederos y les concede derecho a una cuota que les corresponde

(54) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. et loc. ult. cit.*

(55) *Op. et loc. ult. cit.*

(56) PORPETA: *Naturaleza jurídica de la legítima*, en "Estudios de Derecho sucesorio", Colegio Notarial de Barcelona, 1946, págs. 150 y ss., concretamente páginas 201-202.

(57) Cfr. PORPETA: *Op. cit.*, pág. 183.

(58) FUENMAYOR: *Op. cit.*, págs. 73 y 76.

aun contra la voluntad del "de cuius". Son herederos especiales, no sólo porque suceden incluso contra la voluntad del testador, sino también porque su cualidad de herederos les faculta a exigir una cuota determinada que la Ley fija de modo taxativo.

El causante puede hacer testamento y en él asignar o no esa cuota a los legitimarios. Si no los menciona en el testamento, dice SOLS GARCÍA (59), la preterición anulará la institución de heredero realizada. Si los deshereda expresamente habrá de hacerlo invocando alguna de las causas legales de desheredación (artículo 813, párrafo primero), y si no menciona ninguna de las causas enumeradas en los artículos 853, 854 y 855, o aun en el caso de que las mencione, si no se prueban en el supuesto de que se contradigan, se anulará también la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado (artículo 851). Y aun cuando los desherede expresamente invocando una de las causas legales cuya certeza no se llegue a impugnar, o de impugnarse se prueba su exactitud, los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos del heredero forzoso respecto a la legítima (artículo 857). O sea, tanto si el legitimario es preterido como desheredado sin justa causa, la Ley tutela sus derechos y hace prevalecer su título de heredero forzoso sobre el de heredero testamentario.

¿Por qué el artículo 814 prescribe que se anule la institución de heredero testamentario en caso de preterición, dejando en pie el valor de los legados y mejoras que no sean inoficiosos? Sólo puede encontrarse una respuesta: si se respetan los legados y mejoras y se anula la institución de heredero es porque la Ley desea que el heredero forzoso triunfe sobre el testamentario y venga a substituirle cuando el testador no respete la legítima.

Dentro del testamento el causante puede atribuir la legítima bien "in natura"—como la Ley la marca—o en bienes determinados. El artículo 1.056 reconoce explícitamente esta segunda posibilidad. Cuando se le atribuyan bienes determinados, el legitimario no pierde la cualidad de heredero, pues la división del testador no transforma las instituciones en legados.

Quando existe testamento, las palabras del artículo 815 "por cualquier título" deben interpretarse en el sentido de que el testador puede atribuir la legítima ya "in natura" o en bienes determinados. Y en cualquiera de las dos hipótesis, al igual de lo que acontece con el heredero testamentario cuando el testador practica la división, el legitimario no deja de ser heredero.

Tampoco debe juzgarse que pierde esa cualidad en el caso de que se le haya pagado la legítima por medio de liberalidades inter vivos. Para percatarse de ello basta conocer el juego de la colación.

El artículo 1.035 exige que todo heredero forzoso que concorra

(59) SOLS GARCÍA: *El heredero: Ideas para su estudio*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1944, págs. 568 y ss., concretamente págs. 570-571.

con otros a una sucesión deba colacionar, en los casos en que el donante no lo exceptúe (artículo 1.036), todo lo que hubiera recibido del causante por título lucrativo. El deber de colacionar no tiene como causa, sino como condición, a la liberalidad. Su causa inmediata es la existencia de una sucesión forzosa a la que concurren varios legitimarios: las liberalidades son mera condición para que aquella se dé. Por tanto, el deber de colacionar no lo tiene el donatario en cuanto tal; si así fuese ese deber repercutiría de algún modo en las liberalidades, y el colacionar no atañe en nada a la naturaleza de aquéllas. A lo que hace referencia es a la legítima: ese deber se tiene en cuanto se es heredero forzoso, no en cuanto donatario. Imponiendo esta obligación a los legitimarios, la Ley viene a significar que para el cómputo de las legítimas se han de tomar en cuenta todo cuanto los legitimarios recibieron del causante por título lucrativo, incluso lo que percibieron en vida de aquél, siempre y cuando no se hubiera dispensado de colación. Pero esto no viene a demostrar que la legítima se pueda pagar antes de morir el causante.

Si el "de cuius" pudiera pagar en vida la legítima, cuando lo hiciera no entraría en juego la colación: bastarían las acciones de reducción y suplemento para proteger los derechos del legitimario, y ninguna necesidad habría de que colacionase lo recibido. La colación viene a expresar que es después de la muerte del causante cuando se forma la cuota legítima de los herederos forzosos; y si en esa cuota pueden venir a integrarse bienes que aquéllos recibieron en vida del "de cuius", esos bienes, junto con los demás necesarios para completarla, sólo adquieren la naturaleza de cuota legitimaria después de la muerte del causante.

El heredero forzoso puede haber recibido en vida del "de cuius" bienes; pero éstos sólo después de la muerte del causante pueden computarse en su cuota. No recibe la legítima en vida del difunto, sino que ciertos bienes que aquél le atribuyó cuando vivía se computan con posterioridad a su muerte en la cuota legitimaria. No se ve privado por ello de su cualidad de heredero.

La Ley atribuye al legitimario una determinada cuota y se esfuerza porque la consiga. Que en ella vengan a integrarse bienes recibidos en vida del causante sólo significa que el Código preceptúa se tomen en cuenta esos bienes para computarlos en la cuota atribuida al heredero forzoso para satisfacer finalidades familiares y sociales; el Ordenamiento considera que los bienes recibidos en vida y que se computan en la legítima después de muerto el "de cuius", satisfacen esas finalidades. Esto no quiere decir que la legítima se pueda pagar en vida del causante con donaciones o por cualquier título; lo que al Código interesa es que ciertas personas, a quien concede el título de herederos, reciban una cuota que se llega a formar con bienes recibidos del causante por diferentes procesos, pero que vienen a integrarse después de su muerte para formar la cuota legal que el Ordenamiento atribuye imperativamente a los herederos forzosos.

Sólo puede hablarse de pago de la legítima cuando, después de la muerte del "de cuius", se integran esas cuotas; no antes. Y ese pago viene a hacerse a quien es heredero por imposición de la Ley, que le atribuye junto a esa cualidad el derecho a recibir una parte proporcional del caudal del causante. El título por el que se recibe es el de heredero; el valor de lo recibido viene a constituir una cuota, que en el Ordenamiento se señala de modo taxativo. Y los bienes necesarios para integrar esa cuota se pueden atribuir por medio de parte a cuota, o con bienes determinados, o incluso con bienes que se recibieron en vida del causante y se integran en la legítima después de su muerte. En cualquiera de los casos, el legitimario conserva la cualidad de heredero, título que la Ley le concede y en virtud del cual puede exigir su participación en el caudal hereditario en la medida marcada por el Código.

Un problema que ha preocupado a la doctrina es el de si el legitimario instituido en testamento será heredero testamentario perdiendo su carácter de heredero forzoso.

ROCA y DÁVILA (60) consideran que cuando el legitimario es instituido heredero en el testamento, como herencia y legítima son términos incompatibles, la cualidad de heredero absorbe a la de legitimario; si éste no quiere perder esa última cualidad, deberá repudiar la herencia y aceptar la legítima estricta.

Como dice VALLET DE GOYTISOLO (61), con esta teoría se llega al resultado de que cuando el legitimario es instituido heredero tiene que someterse a la voluntad del testador, pudiendo así resultar que reciba una utilidad inferior a la del importe de su cuota, lo que se opone a lo preceptuado en el artículo 817.

Si el legitimario instituido heredero en el testamento no pudiese contrariar la voluntad del testador, cabría que éste impusiese condiciones y gravámenes a la legítima, los cuales podrían incluso venir a privarla de contenido económico, y a ello se opone expresamente el artículo 813, en su segundo párrafo.

De ningún artículo del Código se deduce que el legitimario instituido heredero en testamento, al aceptar la herencia, no pueda ya reclamar nada a título de legítima, aunque lo dejado sea inferior a lo que por Ley le corresponde.

Por otra parte, no cabe afirmar que el legitimario instituido que quiera evitar recibir menos de lo que por legítima le atribuye la Ley debe renunciar a la herencia y aceptar la legítima estricta. Con CASO y VIÑAS (62) afirmamos que si renuncia a la herencia ya no puede conseguir nada a título de legítima; no puede oponerse a esa atribución testamentaria porque la Ley concede al testador derecho

(60) ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la legítima*, cit., págs. 203-204; DÁVILA GARCÍA: *Herederos y legitimarios*, cit., pág. 670.

(61) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pág. 325. En el mismo sentido, SOLS GARCÍA: *Op. cit.*, pág. 578.

(62) CASO y VIÑAS: *Derecho civil*, Madrid, 1926, pág. 490.

a hacerla y no faculta al legitimario a impugnarla. Pero si lo que en el testamento se le deja no es suficiente para cubrir la cuota, sí podrá exigir el complemento de la misma, según le permite el artículo 815, y si el testador le impone gravámenes o condiciones podrá pedir la anulación de los mismos.

Para GONZÁLEZ PALOMINO, GONZÁLEZ COLLADO y VIRGILI SORRIBES (63), el legitimario es llamado por la Ley a una cuota prefijada de la herencia, cuya disponibilidad queda fuera del alcance de la voluntad del causante. Si es instituido heredero, ambas atribuciones son y permanecen independientes, sin que una absorba a la otra. Como heredero testamentario, dice VIRGILI SORRIBES, responderá "ultra vires" de las deudas hereditarias, a no ser que acepte a beneficio de inventario. Si después de pagadas las deudas no queda activo, no podrá obtener la legítima. Como legitimario no responderá; pero como hace suyo lo recibido por legítima y es heredero testamentario, respondiendo por este título incluso con sus propios bienes, la cuota recibida como legítima, una vez que entre en su propiedad, quedará afectada al pago de las deudas.

Por último, PORPETA y VALLET DE GOYTISOLO (64) piensan que la amplia facultad modeladora concedida por el Código al testador hace que, en principio, la designación testamentaria sustituya a la legal. Tal sustitución se verifica por voluntad de la propia Ley, que cede la primacía al testador. El nombrado heredero en el testamento no puede rechazar la designación testamentaria y escoger la legal, porque sólo es la testamentaria la que se le ofrece para aceptar o repudiar. Esa subordinación no es absoluta: la designación legal no cede el paso a la testamentaria sino en cuanto ésta la supere o al menos la iguale: si la testamentaria es menos extensa, la legal se le antepone; si es más extensa, pero está gravada con legados, condiciones o fideicomisos que vengán a afectar la legítima, la designación legal —aun cuando deja paso a la voluntad del testador por la facultad modeladora que a éste se le concede en el Código—actúa señalando el tope de los gravámenes, conforme se desprende del artículo 813, párrafo segundo, y 817, que impiden venga a perjudicarse la legítima.

Entre esta última teoría (sustitución relativa) y la anterior yuxtaposición—que son las únicas que se pueden sustentar—, nos pronunciamos en otro lugar por la segunda (65) y ratificamos ahora esa posición.

VALLET critica nuestro pensamiento por considerar que con él se desconoce la facultad modeladora concedida por el Código al testador (artículos 815 y 1.056). Piensa este autor que lo único que la Ley exige es que se asigne una determinada cuota al legitimario; si se le instituye heredero en el testamento será heredero testamentario,

(63) GONZÁLEZ PALOMINO: *Op. cit.*, págs. 540-543; GONZÁLEZ COLLADO: *Op. cit.*, pág. 537; VIRGILI SORRIBES: *Op. cit.*, pág. 490.

(64) PORPETA: *Op. cit.*, pág. 159; VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pág. 327.

(65) Vid. nuestro trabajo citado, págs. 141-142.

con la particularidad de que detrás de dicho título actúa como tope mínimo la designación legal. Afirma VALLET (66) que si bien la teoría de la yuxtaposición está inspirada en el laudable propósito de querer dar un carácter unitario a la legítima, huyendo de la naturaleza cambiante que se le suele atribuir, es innecesaria: la Ley atribuye la legítima a título de heredero, pero faculta al causante para que la asigne por otro título: la variedad de matices que la vida encierra pide normas elásticas, no reglas y conceptos fijos.

A nuestro juicio, toda la argumentación de VALLET se basa en un preconcepto: que la sucesión forzosa sólo se da contra la voluntad del testador, preconcepto que también aparece en algunos autores italianos (67). Contra semejante modo de pensar, objetó SALIS (68) que no es necesario para la existencia de un derecho el que éste venga a perturbarse.

Si el causante tuviese una amplia facultad modeladora y pudiera dejar la legítima por cualquier título, prevaleciendo su voluntad sobre la designación legal, la sucesión forzosa sólo entraría en juego cuando no fuesen respetadas por el testador las cuotas legitimarias.

Esa facultad modeladora de que habla VALLET se reduce a que el testador puede atribuir la legítima ya como cuota o en bienes determinados. Y la atribución de bienes determinados no priva al legitimario de su cualidad de heredero, transformándolo en simple legatario; tampoco si se le instituye en una cuota en el testamento deja de ser heredero forzoso para transformarse en heredero testamentario.

Si el legitimario es nombrado heredero en el testamento, coexistirán en él los títulos de heredero forzoso y testamentario. En ninguna parte dice el Código que el primer título ceda paso al segundo. Lo que la Ley permite al causante es atribuir la legítima en el testamento, como cuota o en bienes determinados: pero no dice que en esos supuestos pierde el legitimario su cualidad de heredero forzoso. Si dejase de ser heredero forzoso no conservaría los derechos que en el Ordenamiento se concede a los investidos de esa cualidad. VALLET afirma que cuando se dan los presupuestos necesarios para el uso de aquellos derechos, viene a la liza—como por obra de prestidigitación—la sucesión forzosa. A nuestro entender, es más lógico admitir que si el legitimario puede usar de los derechos inherentes al título de heredero forzoso, aun cuando sea instituido en testamento, es porque posee esa cualidad y no la pierde ni aun en el supuesto de ser heredero testamentario.

Lo que no puede hacer el heredero forzoso es oponerse a recibir la cuota tal y como se la asigna el testador: es ésa una facultad que

(66) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pág. 326.

(67) Así, COVIELLO: *Corso completo del Diritto delle successioni*, 2.^a ed., vol. II, Nápoles, 1915, págs. 1062 y ss.; FERRARA: *Sulla figura del legittimario*, en "Giurisprudenza Italiana", 1923, IV, págs. 121 y ss.

(68) SALIS: *La successione necessaria*, Padua, 1929, págs. 102-103.

el Código concede al causante. El legitimario sólo posee las garantías necesarias para evitar que la asignación del testador pueda llegar a representar menos de lo que por Ley le corresponde.

En otro lugar intentamos demostrar que el heredero forzoso nunca se convierte en legatario, a no ser que renuncie a la legítima (69). Criticábamos entonces y rechazábamos las diferentes teorías ideadas por los autores, que llevaban a la conclusión de que cuando el testador atribuía al legitimario un legado en lugar de la legítima, la aceptación del legado suponía la renuncia a la legítima (70). Damos ahora reproducidos aquí aquellos argumentos.

A nuestro juicio, la legítima es atribuida directamente por la Ley a título de herencia. El testador lo único que puede hacer es determinar, concretar o elegir los bienes que deban componerla. Cuando atribuye a título de legado una serie de bienes concretos a un legitimario para satisfacerle su cuota legal, ese legado tiene naturaleza de acto particional; estaremos ante uno de los supuestos comprendidos en el artículo 1.056. El legitimario no podrá oponerse a esa especial forma de pago de su legítima, porque la Ley concede al causante la facultad de hacer la división. El instituido de tal forma conservará derechos y obligaciones de los herederos forzosos; únicamente pierde el condominio, no porque renuncie o lo venda, sino porque para él la división ha sido hecha ya y el fin de la misma es hacer desaparecer el estado de indivisión; claro que lo recobra si lo que le dejan es inferior a lo que por Ley le corresponde, o si aparecen nuevos bienes que el testador no tuvo en cuenta al hacer la división; en esos supuestos, intervendrá en la división a que procedan los otros coherederos, a fin de recibir lo necesario para completar su cuota.

En esta línea de pensamiento GALVAO TELES (71) afirma que el legitimario a quien se le asigna un legado en lugar de la legítima seguirá siendo heredero y conservará el suplemento. La única particularidad será que la división no es póstuma, sino previa; no la hacen los interesados, sino el testador.

Consideramos que sólo con nuestra teoría se puede llegar a compatibilizar el artículo 806, que atribuye a los legitimarios el carácter de herederos, con el artículo 815.

VALLET DE GOYTISOLO (72), después de rechazar diferentes teorías, sólo juzga defendibles la que nosotros proponemos y otra que le parece más ajustada al espíritu del artículo 815. Para este autor, la

(69) En nuestro trabajo *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, cit. Sobre las diferentes teorías ideadas por los autores extranjeros para precisar la naturaleza del llamado legado en lugar de la legítima, vid. págs. 88-112; sobre la construcción que juzgamos correcta en nuestro Ordenamiento, págs. 151-157; sobre las figuras afines, págs. 158-162.

(70) En España, ROCA SASTRE (*op. ult. cit.*, pág. 204) viene a aceptar ese criterio.

(71) GALVAO TELES: En recensión a nuestro trabajo *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*, en "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa", 1947, págs. 228-233.

(72) VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, págs. 329-330.

legítima la atribuye la Ley a título de herencia. Pero dada la facultad modeladora que el Código concede al testador, cuando éste deje un legado en lugar de la legítima su delación testamentaria se sobrepone a la legal; esa última sólo se mantiene actuante en la parte valorativamente no cubierta por la designación testamentaria, dándose entonces lugar al ejercicio de la acción de suplemento.

No podemos concordar con esa interpretación. Ya advertimos que la facultad modeladora del artículo 815 no puede interpretarse como susceptible de privar al legitimario de su cualidad de heredero forzoso, sino tan sólo como derecho otorgado al causante para determinar los bienes concretos que deben componer las legítimas, de acuerdo con lo permitido en el artículo 1.056.

Con la interpretación de VALLET se llega a una disparidad irreductible entre el artículo 806 y el 815, pues el primero atribuye a todo legitimario la cualidad de heredero y el segundo vendría a permitir al causante privarle de esa cualidad.

Nuevamente nos reafirmamos en nuestra anterior posición, que nos parece la única que permite compatibilizar esos artículos; además, es la más justa, pues defiende siempre los derechos del legitimario, los cuales se esfuerza la Ley por proteger, y no priva al causante de su facultad modeladora, en el sentido de facultarle a realizar la atribución de la legítima como cuota o en bienes determinados.

Cabe que el legitimario se transforme en legatario cuando el testador le deja un legado con la condición de que renuncie a la legítima y admite que, de no contentarse con esa condición, le corresponderá tan sólo su cuota legal escueta. Si el legitimario desea adquirir este legado condicional, tendrá que renunciar a la legítima. Tal legado está sometido a la condición de que se renuncie a la legítima, y es perfectamente válido, pues la Ley prohíbe que se impongan condiciones a la legítima, no al legado (73). En tal supuesto, el legitimario perderá la cualidad de heredero forzoso, no porque el testador le prive de ella, sino porque para adherirse a la voluntad del causante precisa de renunciar expresamente a la legítima. Esta figura nada tiene que ver con la facultad modeladora del testador; es una simple propuesta condicional que aquél hace y el legitimario libremente acepta—podía de igual modo rechazarla—, perdiendo por su propia voluntad el carácter de heredero forzoso y transformándose en legatario.

También puede el testador instituir heredero al legitimario en el testamento e imponer una carga a lo que por ese medio le atribuya, aclarando expresamente que si no quiere someterse a su voluntad habrá de contentarse con la legítima estricta (cautela sociniana). Esa disposición no se opone a lo que prescribe el segundo párrafo del artículo 813, puesto que en este supuesto no se imponen cargas a la legítima. Nos encontramos simplemente ante una propuesta u oferta de escoger entre la legítima estricta y una disposición que, por lo

(73) Cfr. PAOLUCCI: *Legati*, en "Dizionario pratico del Diritto Privato", vol. III, parte II, págs. 169-170.

general, excederá el valor de la cuota legal para así compensar el posible perjuicio que el gravamen venga a suponer (74). Cuando el legitimario acepte, seguirá siendo heredero con la única particularidad de que lo que recibe está gravado con una carga que libremente aceptó. Hay que advertir que la cautela sociniana no puede considerarse implícita en alguna de las disposiciones testamentarias; para que tenga validez ha de aparecer de modo expreso en el testamento (75).

Finalmente, si el causante no hace testamento, se abrirá la sucesión intestada. Ya tuvimos ocasión de poner de relieve la supremacía de la sucesión necesaria sobre la intestada cuando el causante liquidó en vida su patrimonio con actos de liberalidad y muere sin hacer testamento (76).

Podemos ya, después de todo lo dicho, resumir nuestro pensamiento sobre el artículo 815.

Este precepto hace referencia a garantías complementarias de la legítima y no trata de definir la naturaleza y esencia de los derechos del legitimario. El artículo constituye una de las múltiples manifestaciones de la Ley general de economía jurídica: viene a evitar que se acuda a la nulidad cuando puede salvarse un testamento.

La legítima en España es, en principio, *pars hereditatis*. Pero en virtud de las amplias facultades que el artículo 1.056 otorga al testador para determinar por medio de la división los bienes que hayan de componer las cuotas de los herederos, puede el causante atribuir al legitimario—para satisfacer su derecho—cualquiera de los bienes del caudal hereditario, con tal que esos bienes se encuentren en la herencia. Cuando así acontezca, no perderá el legitimario su cualidad de heredero, pues la división del testador no transforma las instituciones testamentarias en un haz de legados.

Si el legitimario recibió liberalidades del causante en vida de éste, no puede decirse que el *de cuius* pagó la legítima en vida. El legitimario no se ve privado en ese caso de la cualidad de heredero. La legítima no se paga con liberalidades *inter vivos*; pero como lo que a la Ley le interesa es que ciertas personas—a quienes otorga la cualidad de herederos forzosos—reciban una cuota, permite que en la formación de la misma se computen bienes que se recibieron del

(74) Sobre la compatibilidad entre la voluntad del testador y las normas imperativas de la legítima, vid. KOCH: *Ueber die socinische Cautel*, Giessen, 1786, págs. 47 y ss.

(75) Sobre la validez de la cautela sociniana expresa, sentencia de 29 de diciembre de 1939. VIRGILI SORRIBES (*op. cit.*, págs. 492-493) cree ver un supuesto de cautela sociniana tácita en el caso de enajenación de bienes reservables hecha por el causante y que el legitimario debe respetar. Tal criterio viene contradicho por la sentencia de 18 de noviembre de 1930, que niega validez a la cautela tácita, y contra él se pronuncian varios autores modernos: VALLET DE GOYTISOLO: *Notas para la interpretación del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en "Revista General de Derecho", 1947, pág. 6; FUENMAYOR: *Op. cit.*, pág. 72.

(76) Vid. nuestro trabajo citado, págs. 140-141.

causante por diferentes procesos, entre ellos el de las donaciones *inter vivos*. Esos bienes sólo se integran en la cuota y comienzan a tener naturaleza de legítima, después de la muerte del *de cuius*.

Si el causante nombra heredero al legitimario en el testamento, éste no pierde su carácter de heredero forzoso. Coexistirán entonces, en la misma persona, los títulos de heredero testamentario y forzoso. La facultad modeladora del testador se reduce a poder atribuir la legítima como cuota o determinar los bienes concretos que deberán componerla. Pero nunca ese poder modelador es suficiente para privar al legitimario de su cualidad legal de heredero.

El legitimario no puede oponerse a que el testador determine los bienes concretos que hayan de componer su cuota, porque la Ley concede ese derecho al causante. El heredero forzoso sólo podrá ejercitar la acción de suplemento cuando lo que le dejen en el testamento sea insuficiente para completar la cuota legal que le corresponde.

El legitimario instituido en el testamento no se convierte en legatario por el hecho de que el causante designe los bienes determinados en que ha de suceder. Ese pretendido legado en lugar de la legítima no es más que un acto particional, permitido por el artículo 1.056, y al que el heredero forzoso no puede oponerse.

Sólo se convertirá en legatario si se le deja un legado a condición de que renuncie a la legítima, y acepta aquél repudiando expresamente ésta. En tal hipótesis, no recibe la legítima a título de legado, sino que deja de ser heredero forzoso porque renuncia a ese título y será legatario porque acepta el legado.

Esta es la interpretación que juzgamos científicamente más correcta del artículo 815. En el terreno práctico presenta la ventaja de hacer compatible el artículo 806, que atribuye al legitimario la cualidad de heredero forzoso, con el precepto que ahora nos ocupa. Y en el plano de los intereses, es la solución que mejor protege los derechos del legitimario, pues le permite conservar su título de heredero con las facultades a él inherentes, y, además, no priva al testador de su poder modelador en referencia a la formación cualitativa de las cuotas de legítima.

9. Hemos visto que el artículo 815, no viene a privar de la cualidad de heredero al legitimario.

Examinemos ahora el segundo argumento invocado como decisivo por los autores para probar que el legitimario no es heredero: la no responsabilidad por las deudas hereditarias.

Dice el primer párrafo del artículo 818: "Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento."

Según PORPETA (77), el artículo 818 prescribe que para fijar el valor de la legítima se atiende al de las cargas que pesan sobre el

(77) PORPETA: *Op. cit.*, págs. 190 y ss.

caudal, sin deducir—como es lógico—las impuestas en el mismo testamento.

De aquí pretenden inferir algunos autores que, habiéndose de determinar la cuantía de la legítima a base de tales detracciones previas, el legitimario se encuentra exento del pasivo.

PORPETA afirma que, aplicando ese criterio, tampoco respondería nunca el titular de la parte de libre disposición, por más que el causante se obstinase en instituirlo con el carácter de heredero, ya que la porción libre ha de cuantificarse también partiendo de las deudas existentes, sin que quepa otro procedimiento. De esta forma, cuando existan herederos forzosos, al negarles por principio el carácter de herederos, la herencia tendría siempre que disolverse en un haz de legados, llegándose al peregrino resultado de que nadie que tuviera herederos forzosos podría disponer de sus bienes a título de herencia.

PORPETA concluye que no se encuentra fundamento en el Código para negar la responsabilidad de los legitimarios por razón de las deudas hereditarias. A ello no autoriza el artículo 818, pues su fin es acotar la zona en que se pueden mover los actos de disposición a favor de personas extrañas, mediante un cálculo que forzosamente tiene que recaer sobre el valor líquido de la herencia y no sobre el valor bruto (78).

SOLS GARCÍA (79) piensa que no puede negarse al legitimario el carácter de heredero por el hecho de que no sea continuador de la personalidad del causante. En los Ordenamientos modernos el heredero no es ya continuador de la personalidad del *de cuius*, sino que apenas continúa en los derechos y obligaciones de aquél. O sea, no se da una continuación de la persona, sino del patrimonio. Y aun esa continuación patrimonial falta en el supuesto de que se acepte la herencia a beneficio de inventario, sin perderse por ello la cualidad de heredero. Lo mismo—según este autor—puede afirmarse respecto al legitimario.

PUIG BRUTAU (80) se insurge contra los argumentos de PORPETA. A su entender, las deudas y cargas hereditarias afectan al legitimario en cuanto de su importe depende que queden bienes libres sobre los cuales se proyectará en su caso el cálculo de la legítima. Pero no se convierte nunca en deudor personal de los acreedores hereditarios, cosa que de modo alguno puede hacerse decir al artículo 818. Para que exista legítima ha de quedar activo hereditario, una vez deducidos los gravámenes y deudas no resultantes del testamento. Claro que si no existe legítima, tampoco podrá haber bienes que representen la parte de libre disposición; pero a pesar de ello no existe obstáculo jurídico para que haya heredero. Ser heredero es algo que está por encima del hecho de que puede efectivamente percibirse un activo

(78) En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO: *Imputación de legados otorgados a favor del legitimario*, cit. pág. 323.

(79) SOLS GARCÍA: *Op. cit.*, págs. 572-573.

(80) PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, págs. 139-140.

hereditario. Si después de detraer el pasivo quedan aún bienes para componer las cuotas legitimarias y atribuir el sobrante al heredero testamentario, no cabe afirmar que la herencia se ha descompuesto en un haz de legados, pues la cualidad de heredero no se volatiliza por el hecho de que el beneficio económico que se obtenga equivalga en realidad a percibir una fracción del activo.

Aun se puede invocar otro precepto para reforzar la no responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias; el párrafo tercero y último del artículo 886: "Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada serán a cargo de la herencia, pero sin perjuicio de la legítima." Pero tanto este precepto como el artículo 818 creemos pueden interpretarse tornándolos compatibles con la cualidad de heredero legitimario.

Es cierto que para que exista heredero forzoso se precisa que el investido de esa cualidad obtenga su cuota. El artículo 818 viene a condicionar la aparición del legitimario a la percepción de la cuota legal, que se detraerá del superávit entre el activo y el pasivo hereditarios. Si no hay superávit no puede haber cuota, ni, por tanto, heredero forzoso que venga a reclamarla.

La Ley quiere que los herederos forzosos reciban una cuota del activo, porque es ésta la manera más eficaz de tutelar los intereses familiares y sociales que la sucesión forzosa persigue. Si no puede formarse la cuota, quedan sin proteger esos intereses y, por tanto, la sucesión necesaria no tiene ya razón de existir.

El heredero forzoso es un heredero con la particularidad de que la Ley une y hace inseparable a ese título el derecho a percibir una cuota del activo. En esto se diferencia del heredero testamentario, el cual puede existir y no perder su condición aun cuando no se encuentren bienes en la herencia, aunque el pasivo supere al activo.

El artículo 818 no dice que el legitimario no responde de las deudas hereditarias. Dice más que esto. En ese precepto se antepone el interés de los acreedores del *de cuius* al del heredero forzoso. Por ello, sólo después de deducir el pasivo se forman las cuotas legitimarias. El heredero forzoso no puede verse privado de los bienes que recibe como legítima por razón de las deudas de la herencia, ya que cuando se le adjudica la cuota existe un motivo hereditario suficiente para cubrir las deudas. El artículo 818 no tiene por fin exonerar de responsabilidad al legitimario, sino que viene a acotar la zona en que el testador puede realzar actos de libre disposición a favor de personas que no son herederos forzosos; por ello impone ese cálculo sobre el valor líquido de la herencia, porque es éste el único procedimiento para poder determinar matemáticamente aquella zona y poder así precisar cuándo el testador excedió ese límite.

El argumento de l'ORPETA sigue teniendo validez: Cuando hay herederos forzosos, la parte de libre disposición se cuantifica también partiendo de las deudas hereditarias. Sólo después de deducir las deudas y cargas y determinar las cuotas de legítima—según dispone el

primer párrafo del artículo 818—quedará precisado el alcance de la parte de libre disposición.

PUIG BRUTAU afirma que, a pesar de ello, no queda descompuesta toda la herencia en un haz de legados, porque la cualidad de heredero no se pierde por el hecho de que el beneficio económico que se obtenga equivalga a una cuota del activo. Está bien, concordamos plenamente; pero ese argumento sirve tanto para el heredero testamentario como para el forzoso. O de no ser así, no serviría para ninguno de los dos.

La razón jurisprudencial que PUIG BRUTAU alega para probar que el legitimario no responde de las deudas no es tampoco convincente. La mayor parte de las sentencias que cita hacen referencia a la legítima del cónyuge viudo; así, sentencias de 26 de octubre de 1906, 25 de enero de 1911, 28 de enero de 1919, 10 de enero de 1920. En ella se viene a afirmar que no debe atribuirse al viudo el carácter de heredero al efecto de ser demandado por razón de las deudas existentes contra la herencia de que se trate, a no ser que las adjudicaciones que se le hagan le coloquen en situación equivalente a la del heredero universal; con ello la jurisprudencia viene a recoger las dudas existentes en la doctrina sobre el carácter hereditario de la legítima del viudo, a que antes hicimos referencia (81). Fuera de este caso excepcional, el Supremo no sienta un criterio definitivo. La sentencia de 14 de mayo de 1916, incidentalmente, viene a decir en uno de sus considerandos que el concepto de legatario—a diferencia del de heredero—no produce confusión de personalidades: la del causante con la del sucesor; si con ello esa sentencia quiere negar al legitimario la cualidad de heredero—y no parece que así sea—, no podemos concordar con su doctrina; si simplemente quiso poner de relieve que la legítima se calcula sobre el activo de la herencia—como parece deducirse de la lectura completa de los considerandos—, nada tenemos que decir en contra, aunque las expresiones usadas en la sentencia no sean de las más felices.

El heredero forzoso, para llegar a serlo tiene que recibir su cuota legitimaria. Pero cuando la recibe será heredero, porque para tener esa cualidad no es obstáculo el que se obtenga una cuota del activo.

El primer párrafo del artículo 818 no debe interpretarse en el sentido de que los legitimarios están exentos de las deudas, sino en el de que los intereses de los acreedores hereditarios están por encima de los del heredero forzoso; por ello sólo permite formar las cuotas después de deducir el pasivo. El artículo 818 viene a acotar la zona de libre disposición, prescribiendo a tal efecto que del caudal relicto se deduzcan, en primer lugar, las deudas y, en segundo, las cuotas de legítima.

Por el contrario, el último párrafo del artículo 886 viene a demostrar que la legítima está por encima de los legados, y que por ello los gastos que la entrega de éstos acarree no puede venir a disminuir su importe, sino el de la parte de libre disposición. En realidad, este

(81) Vid. supra, nota 36.

precepto supone una concreción respecto al legado de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 818, pues ya en éste se determina que las cargas que deriven del testamento no pueden afectar a la legítima.

Vemos, por tanto, que ni del artículo 886 ni del 818 puede deducirse que el legitimario no sea heredero. Esos dos preceptos ponen simplemente de manifiesto que el interés del legitimario es anterior al de los instituidos en el testamento y posterior al de los acreedores de la herencia.

Se quiere comparar la posición del heredero forzoso a la del legatario de parte alícuota y a la del heredero que acepta a beneficio de inventario. PUIG BRUTAU encuentra acertada la comparación con el legatario de parte alícuota, pero no con el heredero que acepta la herencia a beneficio.

A nuestro entender, sucede precisamente lo contrario. El legatario de parte alícuota no es heredero: se limita a recibir un valor patrimonial que se le atribuye a través de una parte alícuota del caudal reícto, sin ocupar frente a terceros la posición que tenía el causante en determinadas relaciones jurídicas y sin responder de las deudas hereditarias. En cambio, el legitimario, ya reciba bienes determinados o la cuota *in natura*, conserva la cualidad de heredero: pero sólo adquiere la cualidad de heredero forzoso cuando habiendo bienes suficientes para cubrir las deudas de la herencia, aun quedan los bastantes para formar la cuota que por Ley le corresponde. Como puede apreciarse, la posición de uno y otro es bien diferente.

Guarda cierta semejanza la posición del heredero forzoso con la del instituido en testamento que acepta a beneficio de inventario. Este último deja de responder frente a los acreedores del causante cuando el pago de las deudas hereditarias haya agotado lo que recibió por testamento; supedita la adquisición de su título de heredero a las deudas de la herencia, de modo a no convertirse en responsable *ultra vires* de las deudas del difunto, sino a limitar su responsabilidad al montante de lo que por testamento recibe. El legitimario tiene también supeditada la adquisición de su cuota al hecho de que sobren en la herencia bienes después de deducir el pasivo de la misma; sólo cuando el pasivo está salvaguardado puede pretender que se le atribuya la legítima. En todo caso, hay entre ambos una diferencia que no puede desconocerse: El heredero a beneficio recibe la herencia, de la que hace un inventario y va pagando a los acreedores hasta donde llega el caudal inventariado; el legitimario sólo recibe su cuota cuando se demuestra que existen bienes para pagar el pasivo de la herencia y aun sobran los suficientes para componer su legítima; esa demostración previa exime de la necesidad de hacer inventario.

10. Veamos, finalmente, qué beligerancia puede concederse a los demás argumentos invocados por los autores para demostrar que el legitimario no es heredero. Una vez rebatidos los dos más importantes, fácil nos será salvar el obstáculo de los otros.

GONZÁLEZ PALOMINO afirmaba que el legitimario no es heredero.

sino sucesor singular de cuota, sin dejar por ello de ser cotitular de la comunidad hereditaria.

Pero no puede negarse que la comunidad hereditaria la integran los herederos y sólo ellos. El que el legitimario sea cotitular de esa comunidad viene a demostrar una vez más que tiene la cualidad de heredero (82).

ROCA SASTRE y GONZÁLEZ COLLADO sostienen que el legitimario no sucede al *de cuius*, sino que apenas recibe un valor: es un adquirente *ex lege* de la cuota de legítima. El último de esos dos autores llega a pensar que siendo un adquirente *ex lege e ipso iure* de la cuota, no puede aceptarla o repudiarla; sólo podrá renunciar a ella.

Pero si el legitimario no fuese sucesor del *de cuius* y no pudiese aceptar o repudiar la cuota, sino abandonarla o renunciar a ella, tendríamos que concluir que, como al renunciar a la cuota los bienes que la componen pasan a poder de los herederos, éstos los recibirán no como sucesores del testador, sino del legitimario, lo cual resulta inconcebible. El legitimario sucede al causante, aunque sea la Ley la que impone tal sucesión; y puede aceptar o repudiar la legítima porque sólo se acepta o se repudia lo que no se tiene o no se quiere llegar a tener; como el heredero forzoso no adquiere ningún derecho sobre la legítima hasta tanto que la acepta, mal puede renunciar a ella, porque sólo se renuncia o abandona lo que ya se tiene.

DÁVILA GARCÍA y GONZÁLEZ COLLADO pretenden que el heredero forzoso tiene en vida del causante no una expectativa, sino un derecho a la legítima. Una teoría análoga sostiene COVIELLO (83), a propósito de la reducción, cuya semejanza con la reivindicatoria proclama. Según este autor, el legitimario, dentro de los límites legales de su cuota, es propietario de los bienes del causante durante la vida de éste; si el testador no respeta en el testamento esos límites, el heredero forzoso se encuentra en la misma situación que el propietario que ejercita la reivindicatoria.

Contra ese modo de pensar debe objetarse que el legitimario, por razón de su legítima, no tiene derecho contra el causante; durante su vida puede el *de cuius* destruir el patrimonio; cuando muere es cuando se permite al legitimario solicitar la cuota que la Ley le atribuye e impugnar los actos *inter vivos* del causante que vengan a desconocer o lesionar su legítima, ejercitando la reducción. Durante la vida del *de cuius* los legitimarios sólo tienen una expectativa. Los derechos del heredero forzoso, al igual que los del testamentario, se localizan en la herencia y sólo después de la muerte del causante pueden ejercitarse (84).

Decir, como pretende VIRGILI SORRIBES, que el legitimario de

(82) En este sentido, FUENMAYOR: *Op. cit.*, pág. 63.

(83) COVIELLO (N.): *Della trascrizione*, 2.^a ed., vol. II, Nápoles, 1924, página 45.

(84) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO: *Op. cit.*, pág. 324, y nuestro trabajo citado, págs. 133-134.

heredero sólo tiene el nombre es desconocer la naturaleza de la sucesión forzosa.

Contra la teoría de GIANGI (85) de que el legitimario al aceptar un legado que se le deja en lugar de la legítima no pierde el título de heredero, pero sí los derechos y obligaciones inherentes a esa cualidad, siendo tan sólo heredero de nombre, ya tuvimos ocasión de sostener (86) que la distinción entre el carácter formal y substancial de la cualidad de heredero carece de fundamento. No se puede ser heredero forzoso sin recibir por tal título una cuota (87); el Ordenamiento liga indisolublemente el concepto de legitimario a la adquisición de la cuota legal, de modo que una cosa presupone la otra. Ser heredero forzoso no significa tener un título honorífico, sino ocupar una posición respecto al causante en virtud de la cual se tiene derecho a solicitar después de su muerte una cuota del caudal relicto, y aunque no queden bienes en la herencia, exista siempre la posibilidad de recibir aquellos cuya existencia desconocía el *de cuius* y se vienen a descubrir después de su muerte (88).

Finalmente, no puede ser tomado en consideración el argumento de ROCA SASTRE de que en el Derecho español no cabe hablar de heredero forzoso, porque el causante no está obligado en nuestra patria a instituir herederos a los legitimarios.

Es cierto que el Código no obliga a instituir heredero en el testamento al legitimario. Pero cabe perfectamente hablar de heredero forzoso en el sentido que la Ley usa a ese término, es decir, en el de que los investidos de esta cualidad serán herederos con independencia de la voluntad del causante: los instituya o no el *de cuius* en el testamento, podrán siempre invocar el título de herederos forzosos que el Ordenamiento les atribuye, con los derechos inherentes a esa cualidad.

También POLACCO (89) niega autonomía a la sucesión forzosa, apoyándose para ello en que en las legislaciones modernas no puede hablarse de sucesión necesaria en el sentido romano de adquisición *ipso iure* de la herencia aun contra la voluntad del heredero.

Tanto el argumento de POLACCO como el de ROCA pueden contestarse diciendo que un jurista moderno no puede dejar de usar un término por el hecho de que en otras épocas históricas tuviese otro significado, máxime cuando es admitido de modo general en la doctrina y consagrado por la propia Ley. Si así no fuera, cuando el Código habla, por ejemplo, de protutor, tendríamos que rasgar las vestiduras y condenar el término, porque en el Derecho romano tenía otro alcance que en la actualidad; contra la terminología del Código y de

(85) GIANGI: *Il legato in luogo della legittima*, en "Archivio Giuridico", 1924, págs. 17 y ss., concretamente págs. 70 y ss.

(86) En nuestro trabajo citado, págs. 99-100.

(87) Cfr. BETTI: *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milán, 1928, págs. 78 y ss.

(88) Cfr. COVELLO, en "Giurisprudenza Italiana", cit., *loc. cit.*

(89) POLACCO: *Corso delle successione*, vol. I, Roma, 1923-1924, pág. 265.

toda la doctrina hablaríamos de tutor sustituto, aunque nadie nos entendiese.

11. Quedan así examinados todos los argumentos que los autores aducen para demostrar que el legitimario no es heredero. Este examen ha servido para demostrar que esos argumentos no son irresponsables.

El artículo 815 no concede al testador facultad para privar al legitimario de su cualidad de heredero y poderle atribuir libremente la legítima por cualquier título. Simplemente viene a evitar que se declare la nulidad de un testamento cuando puede salvarse, concediendo a tal efecto al heredero forzoso una garantía complementaria de su derecho a la legítima.

El artículo 818 es un exponente de que el interés de los acreedores del difunto está por encima del de los legitimarios. Y es incorrecto deducir de él que aquéllos no tienen la cualidad de herederos.

El legitimario es un heredero al que la Ley concede este título aun contra la voluntad del causante; de aquí el nombre de "forzoso" por el que el Código le conoce. Durante la vida del *de cuius* sólo tiene una expectativa a la legítima; cuando aquél muere viene a sucederle (aunque el *de cuius* no quiera) en la cuota que la Ley determina. El legitimario puede—como todo heredero—aceptar o repudiar la legítima, pero no renunciar a ella, porque no puede renunciar a una cosa que aun no consiguió. No es un heredero honorífico, sino efectivo, con la particularidad de que la Ley le atribuye inseparablemente con el título de heredero forzoso una cuota. Y precisamente por ser heredero es cotitular de la comunidad hereditaria.

Es cierto que la cualidad de heredero forzoso presenta algunas peculiaridades que no aparecen en la del testamentario.

En primer lugar, el hecho de que la Ley una de forma inseparable a aquel título, el derecho a percibir una cuota, de forma que no pudiendo efectivarse ésta no llega a entrar en juego la sucesión forzosa.

Esa cuota ha de componerse con bienes recibidos del causante, e incluso en su composición pueden entrar bienes recibidos en vida de aquél, pero que vienen a integrarse como legítima después de su muerte. Y tanto en este supuesto como en el de que el *de cuius*, a través de la división, asigne al legitimario en el testamento bienes determinados, conservará la cualidad de heredero, título por el cual precisamente puede exigir su participación en la herencia en la medida marcada por la Ley.

El cálculo de la legítima se efectúa sobre el superávit del activo sobre el pasivo hereditario; con ello resulta que el beneficio económico que el heredero forzoso recibe viene en realidad a equivaler a percibir una fracción del activo. Pero esto no altera su cualidad de heredero, porque esa cualidad no se volatiliza—ni en el heredero forzoso ni en el testamentario—por ese hecho.

Esas particularidades vienen a dar un cuño especial al heredero

forzoso. Junto a ellas, la Ley le atribuye una serie de derechos, para la mejor defensa de sus intereses, que no tiene el simple heredero testamentario, porque la función social de la sucesión testamentaria no exige esa tutela. Así, la impugnación por desheredación sin justa causa o por preterición, y las acciones de reducción y de complemento.

A todas estas características hay que juntar que la Ley atribuye al legitimario la cualidad de heredero aun contra la voluntad del testador, no en el sentido de obligarle a instituirle heredero, sino en el de que aunque no lo instituya, el legitimario podrá siempre solicitar su cuota legítima y suceder en ella a título de heredero forzoso.

Con el nombre de herederos forzosos se vendrá a conocer a aquellos herederos a quienes la Ley atribuye esa cualidad y suceden al causante en una cuota legalmente determinada. Presentan, frente a los simples herederos testamentarios, una serie de particularidades que se justifican por la finalidad específica que la sucesión forzosa persigue y por las garantías que el legislador juzgó necesarias establecer para su consecución. Pero tales peculiaridades no son suficientes para destruir lo que es verdaderamente característico y fundamental en la cualidad de heredero. Lo único que ponen de manifiesto es que el legitimario siendo heredero, porque es ésta la voluntad de la Ley, no es un heredero normal, sino cualificado.

V

El heredero es un nuevo titular de todo o parte de la unidad patrimonial que el *de cuius* deja vacante a su muerte.

El criterio para determinar en la práctica si un sucesor *mortis causa* es o no nuevo titular de la unidad patrimonial vacante y, por tanto heredero, sigue siendo el establecido en el artículo 660 del Código civil: o sea, la sucesión a título universal, entendida ésta en el sentido de suceder en todo el patrimonio o cuota del mismo.

Pero ese criterio presenta dos excepciones:

La primera la encontramos en los casos en que el causante, de acuerdo con lo que permite el artículo 1.056, realiza la partición de sus bienes asignando a los herederos bienes determinados, sin que por eso pierdan aquéllos su cualidad. Esta excepción la autoriza la propia Ley al conceder al testador las más amplias facultades para efectuar la división, sin transformar las instituciones testamentarias que realice en legados.

La segunda encuéntrase en el supuesto de la sucesión forzosa. La Ley atribuye la cualidad de herederos a los legitimarios, y junto con esa cualidad les asigna inseparablemente una cuota, que puede venir a integrarse con bienes determinados conforme permite el artículo 1.056, e incluso con bienes recibidos en vida del causante. Y el Código exige que la legítima se calcule sobre el remanente que se

obtenga después de deducir del activo el pasivo hereditario. A pesar de ello, el legitimario sigue teniendo la cualidad de heredero que la Ley le atribuye imperativamente; esa cualidad viene matizada por una serie de peculiaridades y protegida con unas garantías específicas que el Ordenamiento concede teniendo en cuenta el fin particular de la sucesión forzosa. Esas peculiaridades, no obstante, no son suficientes para hacer desaparecer lo que es verdaderamente esencial en la cualidad de heredero.

Por tanto, el criterio de la sucesión a título universal, que es consecuencia y no fundamento de la cualidad de heredero, servirá para determinar en concreto y en cada caso si un instituído tiene o no esa cualidad. Pero este criterio no puede prevalecer en los supuestos de las dos excepciones antedichas, admitidas por la propia Ley. Ellas vienen a demostrar que se puede ser heredero a pesar de no suceder en todo el patrimonio o en una cuota del mismo; así acontece cuando un instituído que sucede en bienes determinados aparecen las características que constituyen la verdadera esencia del concepto de heredero.

El arrendamiento de empresa en la nueva ley de arrendamientos urbanos

JUAN DE UDAONDO BARINAGARREMENTERIA

Doctor en Derecho

SUMARIO: I. *El concepto de empresa en la jurisprudencia española*: 1. *Primeras tentativas*; 2. *Adopción de las teorías atomistas*; 3. *La empresa como entidad organizada con vida propia*.—II. *El Tribunal Supremo y el arrendamiento de empresa*: 1. *Distintos supuestos que pueden presentarse*; 2. *Supuesto en que el arrendador de la empresa es a la vez dueño del local*; 3. *Caso en que el local pertenece a un tercero ajeno al contrato*: a) *Conflicto entre el arrendador y arrendatario de la empresa, sin intervención del dueño del local*; b) *Conflicto entre el dueño del local y arrendador y arrendatario de la empresa. ¿Hay subarriendo?*; 4. *Criterio seguido por el Tribunal Supremo en cuanto a la protección de la empresa*.—III. *Los artículos 4.º y 5.º de la Ley*: 1. *Estudio conjunto de los artículos 4.º y 5.º*; 2. *Interpretación del artículo 5.º*; 3. *Algunos de los problemas que plantea el artículo 4.º*.—IV. *Exégesis del artículo 6.º*: 1. *Antecedentes legislativos*; 2. *Interpretación jurisprudencial*; 3. *Valoración de estos antecedentes*; 4. *Excepción que encierra este artículo*.

La reciente Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, al determinar en su capítulo I lo que constituye objeto de su regulación especial, dedica tres artículos, el 4.º, 5.º y 6.º, al arrendamiento de empresa, cuyo régimen jurídico remite, en principio, a la legislación común y foral.

No hace con ello la Ley, como fácilmente podrá observarse a lo largo de este trabajo, sino recoger y sancionar con carácter legal la doctrina reiteradamente establecida por el Tribunal Supremo a este respecto, acerca del ámbito de aplicación de los anteriores Decretos de inquilinato. Conviene advertir, además, que por primera vez en nuestra legislación se nos da una definición legal de empresa, extraída casi literalmente de la jurisprudencia.

No es posible, pues, entrar de lleno en el estudio de estos artícu-

los de la Ley, en los que, sin lugar a dudas, la influencia del Tribunal Supremo es decisiva, sin antes tratar de interpretar rectamente este criterio jurisprudencial.

I. EL CONCEPTO DE EMPRESA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

1. *Primeras tentativas.*—POLO (1), en uno de sus recientes trabajos, distingue tres momentos en la elaboración por el Tribunal Supremo del concepto de empresa. Esta sistemática es lógica y marcha de acuerdo con el desarrollo doctrinal de esta institución, si bien podría alegarse en contra de la misma que en la primera época señalada por el citado comentarista aún no había tomado la empresa carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia, por lo que sólo de una manera muy secundaria es tratada por la misma.

De entre las primitivas teorías que se forjaron en torno al concepto jurídico de empresa, y que consideraban la hacienda bien como un sujeto de derecho (2), como patrimonio separado o de afectación (3), como una "universitas" (4), etc., es sabido que durante mucho tiempo la teoría de la "universitas rerum" gozó del más amplio dominio entre la mayor parte de los tratadistas, por lo que no es raro que la jurisprudencia de los distintos países se viese sometida a su influencia (5).

Y así, hasta fecha no muy lejana, el Tribunal Supremo, en las pocas ocasiones en que tiene necesidad de intervenir, no duda en considerar la empresa como un todo comercial. Fácilmente puede observarse esta postura en las sentencias de 17 de marzo de 1880, 26 de mayo de 1914 (6) y otras posteriores, en las que se sigue manteniendo idéntico criterio.

Antes de abordar el segundo momento en la elaboración del concepto de empresa por nuestro más alto Tribunal, resulta harto interesante recoger la tesis mantenida por la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1933, dictada por la Sala tercera del Tribunal Supremo, en la que se dice: "El valor material de una empresa significa algo más que el simple coste de los elementos materiales que integran la industria, ya que se caracteriza por lo que pueda importar en pesetas un negocio en marcha, no desintegrando sus elementos materiales, sino como un todo, revelador de la existencia de un patrimonio económico

(1) POLO: *La empresa como objeto del tráfico jurídico*, en "Rev. Derecho Priv.", 1946, págs. 563 y ss.

(2) Vid. ENDEMANN: *Deutsches Handelsrecht*, 1857, pág. 54.

(3) BEKKER: *Zweckvermögen, insbesondere Peculium. Handelsvermögen und Aktien gesellschaften*, en "Z. f. g. H", vol. IV, 1861, pág. 499.

(4) Vid. VIVANTE: *Tratado de Derecho Mercantil*, 1932, vol. III, págs. 4 y ss.; ROCCO: *Principios de Derecho Mercantil*, 1931, págs. 240 y ss.; GELLA: *Curso de Derecho Mercantil*, 1944, págs. 344 y ss., etc.

(5) Vid. por ej., *Apelación de Génova*, 6 mayo 1904. T. Génov., 336.

(6) Vid. POLO, loc. cit.

con un contenido de esta naturaleza, representativo de las ganancias o beneficios que en su explotación se obtienen.”

Aun cuando lo anteriormente transcrito de esta sentencia coincide, en parte, con el concepto que de “avviamento” da Rocco (7), acérrimo defensor de la teoría de la “universitas”, sin embargo, se observa ya un germen renovador, que posteriormente irá adquiriendo desarrollo en los más recientes fallos jurisprudenciales.

2. *Adopción de las teorías atomistas.*—La sentencia de 13 de marzo de 1943 señala un rumbo completamente nuevo. “Es innegable—dice—que cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecida por el silencio que a ese respecto guardan nuestros cuerpos de Derecho material; desechadas las teorías que la conciben como una persona jurídica, o como un patrimonio autónomo, o como una “universitas rerum”, que significa una reunión a la par física y económica de elementos de muy variada condición que, unitariamente considerados, exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la empresa es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición, que pese a la condición de cada uno de ellos puede ser, en su conjunto, objeto de tráfico jurídico; sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuente la transmisión, definitiva o temporal, del negocio mercantil como entidad substantiva, ni puede decirse ajena a nuestro Derecho, que en algún caso, como el contemplado por el artículo 928 del Código de Comercio, admite la posibilidad de que la empresa sea traspasada, que es tanto como decir que, considerada como un todo, pueda ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional.”

Rechaza de plano esta sentencia las teorías anteriormente en boga, sobre todo la de la “universitas rerum”, y recoge fielmente, en su totalidad, la construcción hecha sobre la empresa por los seguidores del atomismo. En efecto, para FERRARA (8), principal representante de esta orientación atomista, la hacienda se compone de elementos varios, de cosas corporales, ya muebles, ya inmuebles, de derechos y de relaciones materiales de valor económico. “Estos elementos vienen asociados en una misma función económica merced a la actividad de las personas que producen el funcionamiento de la empresa.” Y para GARRIGUES (9), representante en España de esta teoría, la empresa es “conjunto organizado de actividades industriales de bienes patrimoniales y de relaciones materiales de valor económico”, definición que coincide plenamente con la de la sentencia anteriormente citada.

Ha dado un gran paso decisivo el Tribunal Supremo al poner de manifiesto, por una parte, que la empresa puede ser considerada como un todo objeto de relaciones jurídicas, y de otra, destacando,

(7) Rocco, ob. cit., pág. 238.

(8) FERRARA: *Tratato di Diritto civile*, Roma, 1921, pág. 815.

(9) GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, 1936, t. I, págs. 438 y ss.

aunque no en todo su rigor, la organización, elemento espiritual de la empresa y que es quien infunde la vida a la misma. Bien es cierto que adolece de cierto retraso, pues cuando se dió, los tratadistas habían superado en gran parte la doctrina que encierra; pero no es menos cierto que su precisión y claridad ha sido de singular trascendencia y puede ser considerada como punto de partida y fundamento de la evolución posterior. Con esta sentencia se rompió el hielo y se abrió un magnífico campo para, superadas las dificultades que parecían insuperables y que tenían su origen en la confusión reinante, tanto en la doctrina como en las legislaciones en torno al concepto jurídico de la empresa, llegar a una construcción más completa y acabada de la misma.

3. *La empresa como entidad organizada con vida propia.*— El Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 13 de enero de 1944, recoge un nuevo concepto de empresa, que posteriormente irá desarrollando. Dice así: "La explotación o negocio industrial está normalmente integrado por un patrimonio y por una organización de actividad que da aliento a los elementos materiales, coordinándolos en una unidad económica susceptible de producir ganancia o lucro, destacándose generalmente, entre estos elementos el carácter preponderante de la organización sobre el patrimonio—elemento material—, que a veces desempeña un papel muy secundario." Es fácil apreciar el relieve que adquiere este elemento espiritual sobre el patrimonio, de acuerdo con las más modernas elaboraciones doctrinales que en torno al concepto jurídico de empresa se han venido construyendo en estos últimos años (10), y cómo, aun cuando se toman en cuenta los distintos elementos materiales, por la fuerza de atracción que sobre ellos ejerce la organización que los coordina y da vida, quedan relegados a un segundo término. "a veces desempeñan un papel muy secundario", dice esta sentencia, añadiendo un poco más adelante que "si bien se han tenido en cuenta los elementos materiales de la explotación, pero no aisladamente y por su valor intrínseco como materia inerte, sino coordinados en la organización industrial o en función económica, enderezada a la obtención de una ganancia".

Y con esto se llega a la sentencia de fecha 7 de diciembre de 1945, en la que nuestro Tribunal Supremo establece un criterio sobre esta materia, que resulta en extremo interesante.

Se trata de un juicio de desahucio en el que el propietario del local califica al contrato origen del mismo como arrendamiento de industria. El objeto del contrato es la planta baja de dos casas, juntamente con la *industria de panadería instalada en ellas*. Esta industria de panadería estaba compuesta, según se desprende de los términos en que se halla redactado el contrato, de "dos hornos de carbón y la maquinaria y enseres que figuraban en un inventario". El arrenda-

(10) Una exposición completa sobre la empresa se ofrece en el artículo publicado por FERRARA (junior) en "Rev. Der. Priv.", noviembre 1948, págs. 958 y ss., titulado *Naturaleza jurídica de la hacienda mercantil*.

miento de las casas e *industria* fué hecho por el administrador judicial de las mismas, y cuatro años después son adquiridas por el actual propietario en subasta judicial. Este entabla acción de desahucio, estimando el contrato como arrendamiento de industria, y al ser absuelto el demandado, por considerar el Juez que no había tal arrendamiento de industria, sino de locales destinados a usos industriales, interpone recurso de casación, que es desestimado.

Como puede verse, en el contrato celebrado entre las partes se habla de *alquilar dos casas, juntamente con la industria de panadería en ellas instalada*. La inclusión de este término (industria de panadería) por las partes obliga al Tribunal Supremo a precisar en sus argumentos, ya que la calificación del contrato ha de ser distinta según se interprete esta palabra industria.

Desde luego, para el Tribunal Supremo en este caso no existe arrendamiento de industria. Frases suyas son: "Que la palabra industria, tanto por su etimología como por su definición lexicológica—maña, destreza o habilidad—, y también conjunto de operaciones materiales necesarias para la obtención y transformación de un producto natural, o su acepción económica de producción de riqueza, como el concepto más vulgar de profesión u oficio, representa una idea sustancialmente integrada por la actividad del factor humano que la sustenta, el cual, con auxilio de elementos materiales (trabajo manual maquinarias y artefactos, e instrumentos e instalaciones en mayor o menor número, según su desarrollo), económicos (capital, crédito, clientela) o inmateriales (inteligencia, laboriosidad, crédito público), *constituye una unidad patrimonial propia de la persona individual o colectiva que la produce y mantiene y susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada, de modo permanente o arrendada por tiempo determinado a otra u otras personas que al recibirla como tal industria no adquieren solamente los elementos auxiliares enumerados por muy importantes que sean, sino una entidad dotada de vida, según la actividad que la anima y multiforme en sus relaciones jurídicas, derivadas de los derechos y obligaciones que le correspondan como objeto de derecho y elemento económico social.*"

"Fijado como antecede—sigue diciendo—el contenido de la palabra industria, es indudable que lo que representa dicho vocablo en el contrato cuya discusión ha dado origen a este pleito no responde ni con mucho a aquel concepto, puesto que la realidad, atendida la estimación de hechos probados, declarados por la Audiencia y no impugnados en este recurso, *es que se trata de unos enseres inertes existentes con mayor o menor adherencia al inmueble* en los locales desocupados que se dieron en arrendamiento, y que podrían utilizarse en la fabricación de pan, pero que se hallaban inservibles según afirma la Sala, por todo lo cual en su consideración objetiva no pueden constituir por sí solos industria alguna, y si se atiende al elemento formal del contrato es evidente que el administrador judicial, arrendador, no pudo ceder lo que no estaba en su administración, que era una indus-

tria panadera, y mucho menos el actual dueño del inmueble, quien lo adquirió en pública subasta judicial cuatro años después de concertarse el contrato de arrendamiento y de hallarse funcionando el establecimiento industrial y mercantil propiedad del arrendatario, y si tanto del elemento personal (arrendador) como del elemento objetivo se deduce que lo arrendado no fué una industria, aunque tal vocablo figure en el contrato y cuyo concepto específico queda anteriormente fijado, etc."

Queda patente en esta sentencia la consideración de la empresa como unidad patrimonial organizada susceptible de producir ganancia o lucro, concepto que ya en las últimas sentencias anteriormente citadas se veía proyectado. Conservando su unidad económica—elemento económico social—, es a la vez "una entidad dotada de vida propia, según la actividad que la anima", y objeto de derecho.

La empresa, pues, toma carta de naturaleza en lo jurídico. Va llegando el Tribunal Supremo a un concepto unitario de empresa. Las consecuencias que se pueden derivar de esta postura saltan a la vista. Por de pronto, rotundamente afirma el Tribunal Supremo que la empresa es susceptible de ser transmitida, cedida, arrendada, etc., como unidad patrimonial y entidad dotada de vida propia. Lo que se adquiere en estos casos es eso: una entidad dotada de vida, y no solamente los elementos materiales, por muy importantes que éstos sean.

Ofrece esta sentencia una definición de empresa y a la vez permite vislumbrar los dos aspectos bajo los que se puede considerar esta institución: el estructural o estático y el funcional o dinámico. También da un criterio seguro y tajante para señalar cuándo existe empresa y cuándo no. Si los elementos materiales se encuentran inertes y sin vida no se puede hablar de empresa, de industria; mas si están organizados y constituyen una unidad patrimonial con vida propia, entonces existe una verdadera industria.

Posteriores decisiones jurisprudenciales van desarrollando idéntico criterio, siendo de señalar cómo cada vez el Tribunal Supremo hace hincapié con más fuerza en considerar a la organización, elemento espiritual de la empresa, como el más importante. Así, la sentencia de 23 de marzo de 1946, después de recoger de la jurisprudencia anterior el trabajo, el capital y la organización de ambos, como elementos integrantes de la empresa mercantil, señala como el esencial a la organización "para que el conjunto de bienes y trabajo tengan el carácter de empresa mercantil, con valor económico en su conjunto, superior a la suma de los factores singulares que la componen y cuya responsabilidad en orden al éxito o al fracaso de la empresa es exclusivamente del empresario, siendo también, y por lo mismo, el elemento a que principalmente se atiende en los negocios jurídicos que tienen por objeto la empresa mercantil". Y más adelante vuelve a repetir que unos elementos a los que considera como inertes "no deben confundirse con el trabajo ni con la organización, elemento esencial, según lo dicho, de un comercio".

Bastaría con lo hasta aquí dicho para poder apreciar en toda su extensión cuál sea el verdadero concepto que de la empresa ofrece nuestro Tribunal Supremo, puesto que en lo que se refiere a este punto las posteriores sentencias en realidad no añaden nada nuevo. Ahora bien, resulta interesante recoger la interpretación que la misma jurisprudencia da de los dos aspectos bajo los que se puede considerar esta institución: estático o estructural y dinámico o funcional, interpretación que posteriormente ha de ser de gran valor para mejor comprender el alcance y significado de los artículos 4.º y 5.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Bien es cierto que esta sentencia que ahora se expone es de fecha posterior a la Ley; pero no lo es menos que pone de manifiesto cuál era el pensamiento y criterio latente en la mente del Tribunal Supremo a este respecto.

El motivo fundamental en que se fundaba el recurso que dió lugar a esta sentencia de fecha 16 de marzo de 1948 fué que al celebrarse el contrato privado de arrendamiento de un molino harinero entre el recurrente y el causante de los actores, *dicho molino estaba paralizado, y era, por lo tanto, a juicio del recurrente, una entidad sin vida, a la que no se podía catalogar como empresa, pues la empresa es una actividad viviente de la que es elemento esencial el tener una organización.*

He aquí una afirmación que va a permitir al Tribunal Supremo considerar los dos aspectos antes citados de la empresa, y fijar una vez más, con su acostumbrada claridad, lo que para él constituye una empresa mercantil. En efecto, "al razonar este motivo — dice — se mezclan de manera poco clara las ideas de organización y actividad viviente, ideas y términos que importa deslindar, pues si bien puede decirse, en general, que es esencial a la empresa que exista una organización, no es esencial que esa organización en todo momento esté funcionando como entidad viviente, pues la vida, que es autopropulsión y que sólo puede entenderse aquí en sentido figurado o analógico, viene del elemento director que imprime su impulso a la industria, y este elemento director, que es precisamente lo que no se transmite por el arrendamiento, no es objeto, por tanto, del contrato de industria, sin que pueda decirse que en el momento en que esa dirección activa cesa desaparece *ipso facto* la industria, ni que cambia su naturaleza, dado que conserva su propia estructura y finalidad". Y continúa un poco más adelante: "Que el objeto del arrendamiento referido no es una reunión de enseres inconexos y con valor independiente, sino un complejo de elementos materiales adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, organización que constituye una unidad patrimonial."

En definitiva, pues, para nuestro Tribunal Supremo *la empresa*

viene a ser un todo organizado, organización que constituye una unidad patrimonial dotada de vida, todo organizado para la realización de una actividad productiva, y que puede ser considerada bajo un doble aspecto: el funcional o dinámico y el estructural o estático.

II. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARRENDAMIENTO DE EMPRESA.

1. *Distintos supuestos que pueden presentarse.*—El estudio de la jurisprudencia española a este respecto permite, para una mejor comprensión de la misma, una triple clasificación de los distintos supuestos por ella examinados.

En el primero de estos supuestos intervienen únicamente dos personas: el dueño del local, que a la vez lo es de la empresa en él asentada, que puede ser representado por A, y que figura como arrendador de la industria, y el arrendatario de la empresa, o sea B.

En el segundo, que en definitiva puede quedar reducido al primero, concurren tres personas, si bien en la práctica el conflicto solamente se plantea entre dos de ellas, B y C; B, propietario y forjador de la empresa y arrendador de la misma, y C, arrendatario, puesto que A, que en este caso es el dueño del local que sirve de base física a la industria, no interviene para nada.

Por fin, el tercer supuesto, en que se plantea el conflicto entre A, dueño del local, y B, propietario y creador de la industria establecida en el mismo y que la ha arrendado a C, sin que en el contrato de arrendamiento, cuyo objeto era la empresa, A haya intervenido para nada.

2. *Supuesto en que el arrendador de la empresa es a la vez dueño del local. Conflicto entre A y B.*—Múltiples son las ocasiones en que el Tribunal Supremo se enfrenta con este caso. La primera sentencia en que se encuentra planteado es la de 3 de mayo de 1943. Las cláusulas más importantes del contrato que dió origen al litigio son las siguientes:

a) B se hace cargo de los locales afectos a la industria, así como de los hornos, talleres de elaboración, almacenes, despacho, escritorio y piso vivienda; b) igualmente se hace cargo de todos los enseres, útiles y maquinaria debidamente inventariados, cuya conservación y reparación será de su exclusiva cuenta; c) todos los enseres, útiles y maquinaria comprados y colocados para sustituir a otros ya existentes quedarán de propiedad de A; d) terminado el contrato y su prórroga, A viene obligado a hacerse cargo de las existencias de todos los artículos que B tenga por virtud de compras, cuya tasación será la que acusen las facturas, con los gastos que se hayan originado hasta poner las referidas existencias en los almacenes o depósitos de la Sociedad; e) B no podrá subarrendar el negocio a tercera persona sin la conformidad de A.

El caso es el siguiente: A entabla con éxito acción de desahucio

contra B; éste, pretendiendo que se trata de arrendamiento de locales destinados a industria, impugna la sentencia. El Tribunal Supremo desestima la pretensión del recurrente, fundándose, como ya lo hizo en la sentencia de 13 de marzo de 1943, en que no existe pugna de intereses entre el arrendatario de la industria y el dueño de la misma; califica el contrato de arrendamiento de industria y no de locales destinados al establecimiento de una industria, y como se confunden en la persona del arrendador de la industria el ser propietario del local y a la vez dueño y creador de la empresa, excluye esta relación arrendaticia del ámbito de aplicación de la legislación especial de inquilinato vigente y lo remite a las normas generales de la legislación común.

Idéntico criterio sigue el Tribunal Supremo en sentencias posteriores, tales como las de fecha 16 de mayo de 1945, 16 de mayo de 1947, 17 de junio del mismo año y 15 y 16 de marzo, 30 de abril y 21 de junio de 1948, que plantean los mismos problemas que la citada en primer lugar. Por el contrario, cuando el Tribunal Supremo estima que no se da el caso de arrendamiento de industria, sino el de locales destinados al ejercicio de una industria o negocio, por no reunir las condiciones necesarias para ser industria, y que ya se examinaron al hablar del concepto de empresa en la jurisprudencia, quedan sometidos los contratos de este tipo a la legislación especial de arrendamientos urbanos, como puede observarse en las sentencias de 5 de diciembre de 1945 y 23 de marzo de 1946.

3. *Caso en que el local pertenece a un tercero ajeno al contrato.*

a) Conflicto entre el arrendador y arrendatario de la empresa, sin intervención del dueño del local.

Este caso es el que se resuelve en la sentencia de 13 de marzo de 1943. El contenido del contrato es el siguiente: B, dueño de la empresa y arrendador de la misma, demandante en la litis y recurrido en casación, después de afirmar que era suyo el café-bar denominado el "Di'uvio", convino con C, arrendatario de la empresa, que éste se hiciera cargo por un año de dicho café-bar, prorrogable por otro, abonándole la suma de 2.193 pesetas, pagaderas por trimestres vencidos; y para subrayar el alcance de tal convención, entre otras cuestiones de menos trascendencia para los fines del litigio, se pactó lo siguiente: "a) C se hacía cargo del capital existente en el establecimiento, constituido, según inventario, por los enseres y mercancías en él existentes; y b) que sería obligación suya satisfacer con otros gastos de contribución y sueldos inherentes al tráfico, renta del local en el que el café-bar estaba instalado, propiedad de tercera persona, A; que figuraba y figura arrendado a nombre de B, que es, asimismo, el titular de la contribución industrial; debiendo advertirse también que en el contrato de que viene haciéndose mérito, B, dueño de la industria, que con este título la cedió por modo temporal al recurrente, se reservó por una de las cláusulas la facultad de inter-

venir una vez al año en el balance que se hiciera, a fin de comprobar la marcha económica del establecimiento.”

“Aun cuando en el documento base de la acción que en el pleito se ejercitó—dice esta sentencia—no se calificó la índole del vínculo jurídico que ligaba a los en él intervinientes y se emplee, refiriéndose así al negocio como a los enseres y mercancías que le estaban afectos, un concepto que, a primera vista, pudiera parecer anfibológico, lo cierto es que, a juzgar por los pactos que en él se establecieron, *lo cedido por B fué el uso por precio cierto y tiempo preestablecido de una empresa mercantil de que aquél era propietario*; y es innegable que, cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución favorecida por el silencio que a este respecto guardan nuestros cuerpos de Derecho material, desechadas las teorías que la conciben como una persona jurídica, etc., *es lógico concluir que la relación que a las partes vinculaba en el documento de que deriva la acción que se ejercita puede ser rectamente calificada de arrendamiento de una empresa mercantil asentada en un inmueble de ajena propiedad, que constituía y constituye su base física; y que lo cedido fué sólo el uso temporal por precio cierto y previamente establecido de la empresa como un conjunto, sin ánimo de enajenarla definitivamente ni por tiempo indefinido, como demuestra, etc...*”

Por primera vez en nuestra jurisprudencia, este fallo ofrece el concepto de arrendamiento de empresa. Los únicos que intervienen en este contrato son B y C; A, propietario del local, no interviene para nada. C, considerando por su parte el supuesto debatido como arrendamiento del local en el que la industria estaba establecida, pretende someter el procedimiento de desahucio que incoa al régimen especial señalado por el Decreto de 21 de enero de 1936, en relación y concordancia con el de 29 de diciembre de 1931, que regulan la relación existente entre el dueño del local ocupado por la industria y el propietario de ésta y arrendatario del local; mejor dicho, las relaciones arrendaticias de locales de negocio. Mas en este caso, calificado el contrato como de arrendamiento de industria, cae fuera del ámbito de aplicación de los citados Decretos, y la legislación aplicable ha de ser, y así lo dice esta sentencia, el Código civil.

Nuevamente, en la sentencia de 3 de julio de 1944, tiene el Tribunal Supremo ocasión de ratificar su posición en un caso semejante.

Como fácilmente puede observarse, este caso prácticamente puede quedar reducido al anterior, con la única diferencia de que en éste el local, base física de la industria, pertenece a una tercera persona, por lo que los motivos en que se funda el Tribunal Supremo para desgajar uno y otro de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos son los mismos, como podrá verse un poco más adelante.

b) Conflicto entre el dueño del local y arrendador y arrendatario de la empresa. ¿Hay subarriendo?

Este supuesto también es contemplado por nuestra jurisprudencia.

En el A arrienda un local a B, que forja su industria propia en este local, propiedad de A, industria que a su vez arrienda a C. Al arrendar B la industria, el local pasa a ser disfrutado por C, y se encuentra el dueño del local con que el disfrute del mismo está en persona diferente a aquella a quien le fué arrendado en un principio.

La empresa, dada su importancia en los terrenos jurídico, económico, político y social, es acreedora de protección y buen trato jurídico. Este afán de proteger la empresa late constantemente tanto en nuestra jurisprudencia como en la legislación patria. Pero surge la figura del arrendamiento de empresa, y concretamente en este supuesto, si se admite el subarriendo (una de las causas que dan lugar al desahucio), nos encontramos con que el dueño del local en el que se halla instalada la industria, aunque en realidad no se apodera injustamente de su valor, por lo menos, si está facultado para desahuciar, puede menoscabar la prosperidad y buena marcha de la misma en la mayoría de los casos. Ante esta dificultad, ¿qué postura adopta la jurisprudencia del Tribunal Supremo?

Si bien no entra de lleno en el fondo del asunto, ofrece alguna luz la sentencia de 31 de diciembre de 1946, cuando de modo incidental y pasajero, en su último considerando, al desestimar la pretensión del recurrente en materia relacionada con un subarriendo de locales de negocio, interpreta el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936 diciendo: "Que si bien es verdad que este artículo no incluye entre las causas que pueden dar lugar al desahucio por el propietario el subarriendo de la finca contra la voluntad del dueño, ha de tenerse en cuenta que dicha disposición tiene un carácter aclaratorio con respecto a la legislación vigente de alquileres conforme a su artículo 1.º, que declara subsistente en lo no regulado expresamente por el Decreto en cuestión el de 31 de diciembre de 1931, y como este Decreto incluye entre las excepciones a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento a que se refiere el caso de que el arrendatario de una vivienda o local lo subarrendare total o parcialmente..., para que fuera admisible la supresión de una causa tan conforme a la teoría general de las obligaciones, sería preciso un precepto legal que expresamente lo excluyera, que no existe; de otra, que la materia de traspasos, relacionada con la del subarriendo, y ésta si expresamente regulada en el Decreto de 21 de enero de 1936 en sus artículos 9.º y siguientes, presupone el consentimiento del propietario en los casos a que se refiere."

Otra sentencia, la de 3 de diciembre de 1947, contiene una afirmación que interesa recoger: "... pero aun admitiendo que la autorización para el traspaso implicase la autorización del subarriendo, como uno y otro tendrían que estar condicionados a la aprobación del arrendador..."

Dejando aparte una serie de fallos jurisprudenciales que no entran de lleno en el estudio de este tema, o porque se refieren al traspaso o a la cesión ilegal, o bien al subarriendo de locales de negocios,

existen dos sentencias en las que el Tribunal Supremo se ha planteado este tema en toda su extensión.

En la primera, de fecha 23 de febrero de 1948, B concierta con C un contrato de explotación de negocio, un arrendamiento de empresa; A lo considera como subarriendo del local arrendado por él a B, y si el Tribunal Supremo, en principio, no permite el desahucio, no es porque elimine su posibilidad, sino porque, en virtud de la disposición transitoria segunda, la demanda fué presentada fuera de plazo. Por el contrario, estima hay subarriendo al afirmar: "*El primer motivo del recurso, donde se denuncia la infracción de los artículos 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y 10 del de 21 de enero de 1936 y de la jurisprudencia que se cita (téngase en cuenta que entre la jurisprudencia citada se encuentran las sentencias de 13 de marzo y 3 de mayo de 1943 y 7 de diciembre de 1945), debiera dar lugar a la estimación del recurso, si éste fuera el único fundamento de la absolución decretada por el Juez, por cuanto la cuestión sometida a la decisión de éste por el actor es una petición de desahucio por subarriendo, que se halla regulada por la legislación de alquileres; debe ser resuelta por el procedimiento en ella marcado, sin que obsten a ello las alegaciones del demandado en el sentido de no tratarse de un contrato de subarriendo, ya que el único extremo a dilucidar estriba en determinar si la tercera persona introducida en el disfrute de la finca lo fué o no con el consentimiento del dueño.*"

Esta sentencia ya de por sí dice mucho; pero cuando no puede haber lugar a dudas es después de haber visto confirmado este criterio, con fuerza y seguridad innegables, en la de 24 de mayo de 1948. La cuestión debatida es idéntica a la anterior. A arrienda a B unos locales en los que éste monta una fábrica de pan; B concierta con C un contrato de arrendamiento de negocio, así lo llama al impugnar la demanda, y A entabla acción de desahucio contra B basándose en el subarriendo del local. El desahucio es admitido y B recurre al Supremo, siendo uno de los motivos que alega en su recurso que se trata de un arrendamiento de industria, y fundamenta esta alegación en razones y motivos de protección y tutela a la empresa, etc., etc. El Juez, al estimar que había lugar al desahucio, ya consideró por su parte que se trataba de un subarriendo de local de negocio no consentido por el propietario. La doctrina del Tribunal Supremo resulta clara a todas luces. En uno de sus considerandos dice esta sentencia: "*Que asimismo es desestimable el motivo segundo, porque, aparte de que el Juzgado de Instancia afirma que el objeto del subarriendo fué sólo el local litigioso, sin que tal declaración haya sido debidamente impugnada, conforme a lo estatuido en la causa cuarta del artículo 169 de la Ley, es incuestionable que, aunque al arrendar la tienda se hubiera cedido también el negocio de venta de pan, en la misma establecido, tal cesión no cabe oponerla al derecho del propietario para promover el desahucio, ya que, ajeno a tales relaciones contractuales, para que prosperase su pretensión le bastaba con pro-*

bar que el subarriendo estaba prohibido, en tanto que el demandado no probase que, a pesar de tal prohibición, se había otorgado con posterioridad al correspondiente permiso o, al menos, prestado un tácito consentimiento, y al entender el fallo de instancia que no se otorgó el primero, ni se prestó el segundo, lejos de infringir el apartado d) del artículo 5.º del Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1931, lo interpretó y aplicó con acertado criterio.”

Para precisar el alcance del consentimiento, se puede hacer constar que la propietaria de la industria, o sea B, había tenido autorización no del actual propietario del local y su antecesor, sino del anterior a ambos. Pero como éste había fallecido y la autorización expresa o tácita se exige que conste con certeza, al no constar claramente y, por otra parte, oponerse el actual propietario, el Tribunal Supremo estima la no existencia de esta autorización, absolutamente necesaria, dando lugar, por consiguiente, al desahucio, por considerar que se da la figura del subarriendo del local de negocio, aun cuando el paso del uso y disfrute de este local a tercera persona no se haya hecho directamente, sino a través de un contrato de arrendamiento de empresa, con lo que este último contrato, en principio excluido de la legislación de alquileres, parece, en este caso concreto, quedar sometido a la misma, si bien un poco más adelante se dirá cuál ha de ser la verdadera interpretación a este respecto.

4. *Criterio seguido por el Tribunal Supremo en cuanto a la protección de la empresa.*—Preocupación constante del Tribunal Supremo ha sido, en todo momento, deslindar los campos entre el arrendamiento de locales de negocio y el de empresa. Las legislaciones por las que se han de regir uno y otro son distintas, y, por consiguiente, resulta interesante calificar bien una y otra relación arrendaticia, pues de esta calificación emanan consecuencias diversas en uno y otro caso.

El arrendamiento del local de negocio queda sometido a la legislación especial de inquilinato; el de empresa, a la legislación común. La importancia del local en la mayor parte de las industrias es innegable; constituye su base física, y aun cuando se le considere como elemento accesorio, puede ser y es, con bastante frecuencia, decisiva su importancia para el buen funcionamiento y auge de la empresa. El local puede ser objeto de arrendamiento independientemente de la industria en él establecida. Una persona puede tomar en arrendamiento un local para establecer en él su propia industria, y con objeto de poder defender al creador de la industria contra los posibles abusos del dueño del local, se hace necesaria la protección de ésta.

Nuestros legisladores lo comprendieron así, y éste es el origen y causa de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936. La exposición de motivos del Decreto de 21 de enero de 1936 manifiesta claramente el propósito del legislador de amparar el “patrimonio industrial o acervo mercantil, que, aparte de significar un valor del que caprichosamente no se puede privar a su titular, contri-

buye en ocasiones, casi exclusivamente, a crear el aumento de precio que la finca ha alcanzado”.

Ahora bien, como muy acertadamente afirma el Tribunal Supremo, la defensa que el citado Decreto hace de una empresa mercantil, creada con el propio esfuerzo e integrante del valor económico y comercial que se incorpora al goce de un edificio, nada tiene que ver con una relación arrendaticia temporal del valor ya creado en el local donde tiene su asiento. Y es que las disposiciones citadas se dieron para proteger la industria contra los posibles abusos del propietario del local en que se hallaba establecida, cuando éste no había sido el forjador de la misma.

Una vez sentado este criterio, claro y contundente, se puede examinar ya su aplicación a los diferentes supuestos contemplados. Por lo que respecta al primero, la solución se presenta fácil y diáfana. Se confunden en él el dueño del local y el de la industria en una misma persona; se presume, pues, que éste es el auténtico forjador de la empresa, y como lo que se pretende es proteger al propietario de la industria y no al arrendatario de la misma, no puede gozar este último del beneficio de prórroga que conceden los dos Decretos antes citados, por lo que esta relación arrendaticia queda sometida a la legislación común.

Cosa parecida ocurre en el segundo de los supuestos. No está demás, para mejor comprender lo hasta aquí expuesto, recordar lo que dice el Tribunal Supremo en una de sus sentencias: “Sin que contradiga este criterio (consideraba la cuestión debatida como arrendamiento de local de negocio y aplicaba los Decretos de enero del 36 y diciembre del 31) el sustentado por la Sala en sus sentencias de 13 de marzo y 3 de julio de 1943, toda vez que éstas se refieren al arrendamiento de una industria creada y desarrollada por quienes la instalaron en locales que no pertenecían a ninguno de los contratantes del arrendamiento, por lo que al no ser parte en el contrato los respectivos dueños de los inmuebles no se daban las condiciones del arrendamiento urbano a que la legislación especial hace referencia; y en la sentencia de 3 de mayo de 1943 el dueño del inmueble creador de la industria cede ésta en pleno funcionamiento, con el local en que se hallaba instalada, al arrendatario, y al reclamar, por incumplimiento de lo pactado, la devolución de la riqueza que el mismo creó y cuyo uso y goce temporal cedió conjuntamente con la finca por un precio único, no se da el supuesto de la pugna de intereses, que el Decreto de 21 de enero de 1936 regula, entre el arrendatario de un local en el que con su actividad y capital creó una riqueza y el arrendador que mediante el desahucio intenta aprovecharse de ella.” (Sentencia de 7 de diciembre de 1945.)

Esta sentencia insiste en que el local pertenecía a una tercera persona que para nada intervino en el contrato, pero el mismo criterio rige cuando el arrendador de la industria resulta ser dueño del local. Lo que pasa en este caso es que sólo existe un arrendamiento, que

es el de la empresa, y los motivos son los mismos: no tiene por qué el arrendatario de la empresa verse protegido por la legislación especial, ya que "se trata de un arrendamiento de empresa en la que nada creó el arrendatario", dice la sentencia de 16 de marzo de 1948, entre otras.

Además, el Tribunal Supremo sigue un criterio restrictivo en la interpretación de estas disposiciones, como lo demuestra el hecho de que, al interpretar el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, desestimando la existencia de un exceso de jurisdicción en la sentencia recurrida, por razón de la materia, al haber conocido de un caso comprendido en la jurisdicción especial de arrendamientos urbanos, "no es admisible, dice, el criterio del artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, de contenido limitado y excepcional al establecer una esfera de competencia referida concretamente a los desahucios que tengan determinadas características y a otras cuestiones nominalmente señaladas por aquella disposición, que pueda extenderse a otros procesos a que no alude y que, por ende, han de quedar sometidos al régimen común". (Sentencia de 15 de mayo de 1945.)

En el tercer supuesto, el problema que se plantea es doble: por un lado, entre arrendador de la empresa y arrendatario de la misma existe una relación arrendaticia que implica arrendamiento de empresa, y todos cuantos problemas y dudas se susciten entre ambos han de someterse a lo que establece la legislación común; pero, por otro, se da un hecho cierto, y es que el arrendador de la empresa ha transmitido el uso y goce del local en que estableció su industria, local que no le pertenecía, sino que solamente tenía en arriendo. Si el dueño del local prestó su consentimiento expresa o tácitamente, el caso se simplifica y nos encontramos dentro del segundo supuesto; pero si estima que hay subarriendo inconsentido, entonces surge la complicación. Ya hemos visto la postura adoptada por el Tribunal Supremo, quien exige el consentimiento del dueño del local expreso o tácito, pero cierto, y si este consentimiento falta, se da el caso de un arrendamiento de local de negocio el celebrado entre el propietario del local y propietario y arrendador de la industria, que adolece de un defecto por el que puede ser objeto de desahucio. Y este contrato sí que cae bajo el ámbito de aplicación de la legislación de arrendamientos urbanos, al que, por consiguiente, le son aplicables las disposiciones contenidas en la misma. O sea que, en definitiva, no es que el contrato de arrendamiento de empresa haya de quedar sometido en este caso a la legislación especial, sino que el primer contrato de arrendamiento de local de negocio es el que se enjuicia con arreglo a estas disposiciones.

III. LOS ARTÍCULOS 4.º Y 5.º DE LA LEY.

1. *Estudio conjunto de los artículos 4.º y 5.º*—La obra constructiva llevada a cabo por el Tribunal Supremo en materia de arrendamiento de empresa no podía pasar inadvertida a los redactores de la Ley, y así ha sucedido en efecto. FERREIRO (11) dice, refiriéndose al artículo 4.º, “que en este precepto se recoge todo el sentido de la doctrina y de la jurisprudencia en orden al arrendamiento de empresa”.

La mayor parte de los comentaristas de la Ley están de acuerdo en considerar como acertada la inclusión de estos preceptos. 4.º, 5.º y 6.º, que son los que se refieren al arrendamiento de empresa, en el lugar que hoy ocupan. En un principio integraban la base adicional de la Ley de Bases. “Pero como no existía motivo alguno, dice GARCÍA ROYO (12), para segregar sus prescripciones de este capítulo I, dedicado a delimitar el señalamiento de los contratos en ella comprendidos o excluidos, al articular dichas bases se ha subsanado la apuntada ligera incorrección de sistemática legal, incluyéndolos en el lugar que hoy ocupan.” También BELLÓN (13) estima que es éste el lugar que les corresponde, puesto que son una exención de la Ley, y el capítulo I es precisamente en el que el legislador trata de delimitar todo aquello que constituye objeto de su regulación especial.

Necesariamente ha de ir unida la exégesis y crítica de los artículos 4.º y 5.º, pues uno y otro se complementan, y la visión de conjunto que ambos ofrecen dará una mayor claridad en su interpretación.

Ya sé ha visto cómo para el Tribunal Supremo la empresa es *un todo organizado, organización que constituye una unidad patrimonial dotada de vida propia* (14). Este concepto de empresa ha sido fielmente recogido por el legislador (15) en el artículo 4.º de la Ley, que se expresa en los siguientes términos: “También queda excluido de la Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común y foral, el arrendamiento de industria o negocios de la clase que fueren. Pero sólo se reputará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio e industria en él establecido; de modo que el objeto del contrato sean no solamente los bienes que en él se enumeren, *sino una unidad patrimonial, con vida propia y susceptible de ser inmediatamente ex-*

(11) FERREIRO: *Arrendamiento de la propiedad urbana*, Valladolid, 1947, página 8.

(12) GARCÍA ROYO: *Arrendamientos urbanos*, Soria, 1947, t. I, pág. 228.

(13) BELLÓN: *Régimen legal de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1947, página 22.

(14) S. de 7 diciembre 1945.

(15) Vid. FERREIRO, loc. cit.

plotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.”

Por otra parte, el Tribunal Supremo no estima existe industria cuando *se trata de unos enseres inertes existentes con mayor o menor adherencia al inmueble en los locales desocupados que se dieron en arrendamiento, y que pudieron utilizarse en la fabricación de pan, pero que se hallaban insertibles* (16). El mismo artículo 4.º recoge esta doctrina un tanto sutilmente cuando dice: “de modo que el objeto del contrato sean *no solamente los bienes que en él se enumeren*”; pero donde al parecer está más ampliamente plasmada es en el 5.º, cuyo enunciado es el siguiente: “Cuando el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria, quedará comprendido en la presente Ley y conceptualizado como arrendamiento de local de negocio, por muy importantes, esenciales o diversas que fueren las estipulaciones o las cosas con que el local se hubiere arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y, en general, cualquier otra destinada a ser utilizada en la explotación del arrendatario.”

Merece aplauso el legislador, si bien el mérito corresponde más al Tribunal Supremo, por haber llenado un vacío que se dejaba sentir en nuestra legislación al dar una definición legal de empresa, definición que, como dice GARCÍA ROYO (16 bis), “si bien *per se* es aplicable tan sólo a la legislación sobre arrendamientos, su adecuación a aquellas enseñanzas permite adaptarlo a todos los efectos legales, sea cual fuere su naturaleza”.

GARCÍA ROYO (17), al criticar este artículo, hace unas aclaraciones que merecen recogerse. Después de aludir a la confusión reinante en torno al concepto de empresa y de considerar esta confusión como una de las principales causas que dificultan su estudio, dice: “En términos vulgares pudiéramos decir que el arrendamiento de empresa es el que afecta a una explotación mercantil, industrial, etc., cuando se cede en marcha, o sea funcionando, y cuya renta se fija no sólo en consideración a los locales, maquinaria, instalaciones, etc., arrendados, sino, además, en razón a esa especie de elemento espiritual que vivifica la agrupación de tales elementos patrimoniales, creando verdadera empresa en funcionamiento, a diferencia de los contratos comprendidos en el artículo 5.º, pues que mediante ellos se transmiten inertes los útiles a que alude y será el arrendatario quien habrá de iniciar su funcionamiento al no haber sido explotado por el arrendador en forma de empresa, o porque, aun en el supuesto contrario, medie interrupción en el funcionamiento, a fin de acomodarlo en industria o negocio propio del arrendatario y distinto al que anteriormente estaban dedicados: o sea que el precepto comentado (art. 4.º)

(16) Vid. S. de 7 diciembre 1945.

(16 bis) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 230.

(17) GARCÍA ROYO, ob. cit., págs. 231 y ss. y 236.

se contrae a la cesión arrendaticia dinámica de un conjunto de elementos patrimoniales unificados por una voluntad directora que les imprime actividad de empresa creando una superentidad patrimonial con vida propia, como dice el texto legal, *en tanto que el artículo 5.º se refiere a la cesión arrendaticia estática* de tales elementos patrimoniales absolutamente dispersos en sus relaciones mutuas, excepto la escasa unificación derivada de la unidad contractual.”

Una vez adoptada esta postura, el citado autor se ve constreñido a afirmar un poco más adelante que “en el artículo 4.º se trataba el supuesto de una cesión arrendaticia de un local con un conjunto de elementos patrimoniales en funcionamiento, cediendo la consideración jurídica del local ante la superior trascendencia de la unidad empresa que se arrendaba; mas en el 5.º se contempla la hipótesis de cesión arrendaticia estática de un verdadero local de negocio, según el concepto del artículo 1.º, con un conjunto de elementos patrimoniales inertes, cuya unificación consiste exclusivamente en la contractual, imponiéndose el tratamiento jurídico de dicho local al que pudiera derivar de los aludidos elementos de explotación”.

No convence la tesis mantenida por este comentarista de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tesis que, desde luego, no concuerda con el criterio fijado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El punto de partida de este autor es que el artículo 4.º “se contrae a la cesión arrendaticia dinámica de un conjunto de elementos patrimoniales unificados por una voluntad directora que les imprime actividad de empresa, creando una superentidad patrimonial con vida propia, en tanto que el 5.º se refiere a la cesión arrendaticia estática de tales elementos patrimoniales absolutamente dispersos en sus relaciones mutuas, excepto la escasa unificación derivada de la unidad contractual”.

Una primera lectura de este párrafo podría hacer creer que el artículo 4.º rige la empresa considerada desde su punto de vista dinámico o funcional, y el 5.º, la empresa considerada en su aspecto estructural o estático. Mas no es esto precisamente lo que se afirma, sino que, por una parte, se habla de cesión arrendaticia dinámica de una empresa y, por otra, de cesión arrendaticia estática de unos elementos inertes y absolutamente dispersos. O sea que la lógica conclusión que se podría sacar de todo esto es que en el artículo 4.º cabe muy bien la empresa considerada en su matiz funcional; en el 5.º no se da el supuesto de empresa porque un conjunto de elementos inertes, se les considere como se les considere, nunca podrán constituir una empresa en tanto no se les organice adecuadamente, con lo que dejarán de ser inertes, y ninguno de los dos preceptos toma en consideración la empresa estáticamente considerada, que, por consiguiente, no se encontraría regulada en esta Ley.

La confusión proviene de que este autor no ha recogido fielmente el concepto de empresa que ofrece la jurisprudencia y del que se desprende este doble aspecto bajo el que la misma se puede presentar

en la vida jurídica. En el artículo 4.º hay que incluir todo aquello que sea empresa, tanto en su consideración funcional como estructural, y el supuesto recogido por el artículo 5.º, en principio estudiado también por la jurisprudencia, no es ni la empresa estáticamente considerada, como en ocasiones parece desprenderse de lo que afirma GARCÍA ROYO, ni un conjunto de elementos inertes *estáticamente* considerados, pues si son inertes, es decir, sin vida, que no es lo mismo que actividad, mal se les puede considerar dinámicamente.

En resumen, creemos que en el artículo 4.º se deben incluir tanto las industrias que se arriendan en funcionamiento como aquellas que, sin estar actualmente funcionando, conservan o están dotadas de estructura y finalidad propia, o sea que forman un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, criterio éste plenamente de acuerdo con el mantenido por la jurisprudencia (18), y que de haber sido tenido en cuenta por CONDOMINES (19) no le hubiera permitido decir, por lo menos en forma tan tajante, que “es fácil hallarse en presencia de una actividad mercantil, terminada desde tiempo atrás, pero dejando en estado que podríamos llamar de congelación todo lo necesario para la industria, y en ese caso no estamos en presencia de una unidad patrimonial, puesto que el local, bien inmueble, y las instalaciones, bienes muebles o inmuebles, según los casos, no merecen la consideración de tales hasta que el arrendatario les adjudique un fin único, les dé la consideración de adheridas permanentemente y comience su adecuado uso, encaminado al logro de un objetivo mercantil en general”. En este caso conviene distinguir con claridad lo que para este autor significa quedar en estado de congelación, ya que de la extensión que se le dé a este concepto depende que se pueda o no estimar la existencia de una verdadera empresa (20). Y por eso no se puede admitir, como quiere este mismo autor (21), “que lo general será que el arrendamiento se considere de local de negocio y lo excepcional, salvando los términos claros del contrato, que deba calificarse como cesión arrendaticia del negocio en sí”. Creemos que este criterio no es el que se deduce de la Ley y mucho menos de la jurisprudencia: el único criterio admisible es el de si se da o no la figura jurídica de empresa.

Más razonable, pues, parece la postura adoptada por BELLÓN (22), para el que “el negocio ha de tener realidad por sí, con propia vida, que veo equivalente a independencia para bastarse a sí mismo y estar en condiciones de desenvolverse sin más solución de continuidad que la de cumplir algún requisito administrativo. Ha de entregar los ele-

(18) Vid. S. de 16 marzo 1948.

(19) CONDOMINES: *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, Madrid, 1947, página 50.

(20) S. de 15 abril 1948.

(21) CONDOMINES, ob. cit., pág. 51.

(22) BELLÓN, ob. cit., pág. 23.

mentos necesarios para su explotación, aunque no todos, pero sí los suficientes”.

Que éste es el criterio del legislador parece deducirse de cuanto afirma FERREIRO (23), uno de los que intervinieron en la redacción de la Ley, en sus comentarios a la misma: “Entendemos que no es preciso que el negocio que se arrienda esté en situación de vida efectiva o real, es decir, en marcha, sino que también queda fuera de la legislación especial de arrendamientos de locales con máquinas e instalaciones que se hubieran dedicado al ejercicio de su comercio o industria, si al tiempo de celebrarse el contrato hubiese cesado, abandonado o paralizado tal ejercicio.” Tanto es así que, al discutirse este punto, algunos miembros de la Comisión pretendían que estos supuestos quedasen sometidos a la Ley, mas los legisladores los excluyeron, porque “el objeto del contrato no es solamente el local, sino los bienes ya instalados, que, unidos todos, son susceptibles de ser inmediatamente explotados” (24).

Que éste es el criterio de toda la jurisprudencia anterior a la Ley es innegable, y lo ha venido a demostrar la misma jurisprudencia, sobre todo en su sentencia de 16 de marzo de 1948, ya citada anteriormente.

Es más, teniendo en cuenta todo lo dicho, se puede afirmar que, aun cuando el arrendador nunca hubiera hecho funcionar la empresa, si lo que transmite es una auténtica industria, es decir, si los elementos se hallan coordinados de tal manera que sólo se necesita la puesta en marcha, o sea que el elemento director les haga funcionar, sin más que iniciar su actividad, nos encontramos ante un verdadero arrendamiento de empresa, porque estos elementos entre sí organizados, aunque faltos de actividad, tienen su vida propia, y también estructura y finalidad propias, si el verdadero dueño y forjador de la empresa es el arrendador y no el arrendatario, y la finalidad del contrato, y esto es interesante, no consiste en el establecimiento de una nueva industria o negocio propio de este último, sino en hacer que funcione, mejor dicho, que comience a funcionar el negocio ya establecido, pero falto del impulso que lo ponga en marcha.

No concuerda esta opinión con la sustentada por GARCÍA ROYO (25) cuando al hacer hincapié en que la frase “por él establecido” significa, como decía la exposición de motivos, que se transmiten “en funcionamiento”, añade: “Por cuya razón, si el local y utillaje no hubieran sido todavía explotados por el arrendador cuando los cede, no cabe hablar de arrendamiento de empresa, industria o negocio, y el contrato encaja en el artículo 5.º con la consiguiente incardinación en la esfera de esta Ley.” Por el contrario, se ve confirmada por nuestra jurisprudencia, e incluso por la frase “y susceptible de ser inmedia-

(23) FERREIRO, ob. cit., pág. 10.

(24) FERREIRO, ob. cit., pág. 10.

(25) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 234.

tamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas” con que termina el artículo 4.º

“Si cuando faltan meras formalidades administrativas, dice FERREIRO (26), se estima existente un arrendamiento de industria o negocio, cuando falta exclusivamente la puesta en marcha nos encontramos en el mismo supuesto legal, ya que la cesión, abandono o paralización del ejercicio del comercio por el propietario anterior son plenamente voluntarios.” O sea que no exige la Ley que sean susceptibles de ser explotados inmediatamente o estén pendientes para serlo de meras formalidades administrativas por el hecho de que sea necesario transmitir la industria en funcionamiento, sino en el sentido de que la empresa pueda pasar inmediatamente de su estado estructural al dinámico con sólo infundirle la actividad el nuevo elemento director o cumplir el requisito de llenar las formalidades de carácter administrativo que son necesarias para que una empresa pueda funcionar. Si se recuerda el contenido de aquella sentencia, en la que a la relación contractual se la calificaba de arrendamiento de empresa por el mero hecho de que en el mismo año en que se celebró el contrato, con sólo darse de alta el arrendatario en la contribución industrial, pudo ponerlo en explotación (27), será más fácil la interpretación de estas frases del artículo 4.º Y tampoco la frase “en el establecido” quiere decir, como pretende GARCÍA ROYO (28), que con anterioridad estuviera funcionando, sino que el recto significado de esta frase es que el local es la base física de la empresa, que funciona o no funciona, pero que constituye una unidad patrimonial con vida propia, tomada la palabra vida en el mismo sentido que le da el Tribunal Supremo, por lo que lo fundamental es “que haya una organización, pero no que esta organización se encuentre en todo momento funcionando”.

2. *Interpretación del artículo 5.º*—Necesariamente ha de ayudar a comprender todo cuanto hasta el presente se ha venido diciendo un estudio más acabado del artículo 5.º de la Ley. A primera vista parece ser que el motivo que dió origen a este precepto fué el contraponerlo al arrendamiento de industria recogido en el artículo 4.º, y que ambos artículos recogían por separado los dos puntos de vista diversos puestos de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En principio así ocurre, mas este precepto sólo de rechazo hace suyo el criterio expuesto en la sentencia de 7 de diciembre de 1945, y la razón es que no fué la jurisprudencia quien lo motivó, sino una causa completamente distinta. O sea que, aun cuando este precepto contenga de una manera más explícita este punto de vista jurisprudencial que el artículo 4.º, hay que concluir que los redactores de la Ley recogieron ambas tendencias de nuestra jurisprudencia directamente en el 4.º, considerando que no se da el supuesto de empresa cuando *et*

(26) FERREIRO, ob. cit., pág. 10.

(27) Vid. S. de 15 abril 1948.

(28) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 234.

objeto del contrato son solamente los bienes que en él se enumeran, y que, por el contrario, existe empresa cuando hay una unidad patrimonial con vida propia; y que el artículo 5.º sólo indirectamente y de forma incidental se hace eco de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

La explicación es sencilla. "Resuelve—afirma FERREIRO (29)—el problema planteado en algunas regiones de España, y principalmente en la cuenca del río Llobregat, en donde existían unos caserones, en principio arrendados para viviendas por un plazo no superior a veinte años, que al cumplirse e intentar el desahucio produjo la realidad de encontrarse con que al amparo del arrendamiento y del salto de agua se habían establecido diversas industrias, algunas muy importantes, con magnífica instalación y maquinaria, cuyo problema había forzosamente que resolver, ya que de la vivienda apenas quedaba nada." La finalidad del contrato no fué, pues, arrendar un local en el que el arrendatario estableciese su propia industria, ni un conjunto de elementos inertes susceptibles de ser puestos en funcionamiento por el arrendatario, sino una vivienda.

El haber partido de un hecho tan concreto, tratando de resolver unas consecuencias ya producidas, misión más bien del que juzga que del que legisla, hace que la redacción de este artículo resulte en extremo alambicada y difícil de comprender. Es patente que lo que quiso el legislador al redactar el presente precepto fué evitar que un arrendamiento de vivienda pudiera ser considerado como arrendamiento de industria, por lo que no parece muy exacta la afirmación de CONDOMINES (30): "Y aun cuando el objetivo de ese artículo es el de distinguir entre arrendamiento de locales de negocio y arrendamientos de negocios, es lo cierto que la oración accesoria, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria, proporciona un criterio de rigurosa lógica aplicable, a nuestro entender, para que se logre una fácil distinción entre el arrendamiento de viviendas o inquilinato y el de locales de negocio." No es, pues, como ya se ha dicho, la finalidad, por lo menos inmediata de este artículo, la distinción entre el arrendamiento de empresa y local de negocio, sino evitar que un arrendamiento de vivienda, en virtud de la explotación por el arrendatario de una serie de elementos anejos a la vivienda que se arrienda susceptibles de explotación industrial, pueda llegar a transformarse en arrendamiento de industria por haber creado éste una auténtica industria. Lo que ocurre es que en vez de decir que cuando se arrendó una vivienda, aun cuando en esta vivienda se hubiera establecido una industria por el arrendatario, sin que el objeto del arrendamiento hubiera sido el establecimiento de esta industria, se trataba de arrendamiento de vivienda y no de empresa, y, por consiguiente, quedaba sometido a la Ley; han acudido los legisladores a la figura intermedia del local de negocio, y

(29) FERREIRO, ob. cit., pág. 14.

(30) CONDOMINES, ob. cit., pág. 48.

esto y la primera frase de este precepto: "Cuando el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio", hacen que sea extremadamente difícil su comprensión.

Dice este artículo literalmente que: "Cuando el arrendamiento no lo fuere de industria o negocio, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria, quedará comprendido en la presente Ley y conceptuado como arrendamiento de local de negocio, por muy importantes, esenciales o diversas que fueran las estipulaciones o las cosas con que el local se hubiere arrendado, tales como viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y, en general, cualquier otra destinada a ser utilizada en la explotación del arrendamiento"; lo que es lo mismo que decir, si aplicamos el concepto de industria que ofrece el Tribunal Supremo, que "cuando el arrendamiento no es de industria o negocio, si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propia industria lo será de local de negocio, porque aun cuando existan una serie de elementos susceptibles de explotación industrial no cabe hablar en este caso de arrendamiento de industria". O sea que, en definitiva, el legislador, sin pretenderlo directamente y sin que en principio este artículo tuviera por finalidad hacer una contraposición entre el arrendamiento de industria y el de locales de negocio, ha llegado a esta conclusión; pero el haber partido de un hecho ajeno a ambas figuras, cual es el arrendamiento de viviendas, hace que la interpretación de este precepto sea en extremo difícil y complicada.

Para GARCÍA ROYO (31), la frase "si la finalidad del contrato es el establecimiento por el arrendatario de su propio negocio o industria" es innecesaria; pero más bien lo que resulta innecesario es el resto del artículo, puesto que teniendo un concepto claro de lo que es la empresa, y sabiendo que la Ley de Arrendamientos Urbanos regula los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocio, precisamente la finalidad del contrato que se realiza sirve para delimitar el concepto de local de negocio, como muy bien afirma Cossío (32), cuando dice: "Que el arrendamiento de local de negocio es aquel que tenga por objeto el establecimiento de una empresa en el local arrendado, o lo que es lo mismo, aquel en el que el arrendatario se propone utilizar la finca arrendada como sede material de las actividades de su propia empresa, de donde se sigue que para determinar cuándo nos encontraremos dentro de su campo de aplicación habrá de tenerse en cuenta la clase de actividades a que, según contrato, ha de destinarse el local arrendado: solamente cuando podamos señalar el funcionamiento de una empresa en el mismo será posible aplicar el régimen propio de tales arrendamientos."

Otro problema puede plantear la interpretación de este precepto.

(31) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 230.

(32) Cossío: *El arrendamiento de locales de negocio*, en "Anuario de Derecho civil", t. I, fasc. IV, pág. 1294.

de menos importancia que el señalado, y que ha sido visto por alguno de sus comentaristas. Así, BELLÓN (33) se pregunta si se refiere a la instalación de un nuevo establecimiento de negocio por el arrendatario o permite la ampliación de otro que antes hubiera, o dicho de otro modo, si al verificarse la cesión arrendaticia de una empresa el contrato tiene como finalidad cambiar su destino por la modificación o ampliación que ha de hacer de la misma el arrendatario. GARCÍA ROYO (34) afirma que las simples ampliaciones accidentales no son lo suficiente para anular la aplicación del artículo 4.º, y que se necesita que las modificaciones o cambios sean de tal naturaleza que en realidad la industria iniciada por el arrendatario pueda considerarse como comienzo de industria o negocio nuevo y no como continuación del ya existente. Parece acertada esta opinión, puesto que cuando las modificaciones o cambios son esenciales no se trata de un arrendamiento de industria, sino que la industria anterior deja de existir, pierde la vida que tenía, y no nos encontramos ante una continuación de una empresa ya existente, sino ante una nueva empresa completamente distinta de la que antes existía.

3. *Algunos de los problemas que plantea el artículo 4.º*—La norma de remisión encerrada en el artículo 4.º plantea algunos problemas interpretativos que conviene esclarecer para mejor delimitar cuál ha de ser la legislación aplicable al arrendamiento de empresa y establecer la línea divisoria entre la legislación común y la especial.

Al remitir esta relación arrendaticia a diferente régimen jurídico se dice: "rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común y foral". Algunos de los comentaristas de la Ley ven fallos e imprecisiones en esta frase, y en realidad no les falta razón; pero el fallo más importante es que la empresa se encuentra completamente abandonada por nuestros Cuerpos legales, lo que hace más difícil su remisión al Derecho común.

De la comparación de este precepto con el artículo 2.º surgen tres problemas: el del derecho necesario; la aplicación de las Leyes procesales, y si el subarriendo de empresa queda o no sometido al ámbito de aplicación del artículo 4.º Respecto al primero de los problemas señalados, si se compara la frase "a lo pactado y establecido con carácter necesario en el Derecho común" del artículo 2.º con la "a lo pactado y a lo dispuesto en la legislación civil, común y foral" del 4.º, fácilmente se puede deducir que el término "dispuesto" incluye las normas de derecho necesario que puedan darse en tal derecho. Esto es lo que viene a decir GARCÍA ROYO (35) cuando afirma: "Es innegable que lo pretendido por el legislador consiste en la relegación total de los arrendamientos de empresa al Derecho común, dejando que dentro de éste se establezca la debida jerarquización de

(33) BELLÓN, ob. cit., pág. 26.

(34) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 235.

(35) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 230.

sus normas necesarias y voluntarias, sin innmiscuirse, por tanto, en esta cuestión.”

Menos dudas, si cabe, ofrece la solución a la segunda de las dificultades. El artículo 2.º contiene la frase: “y en las Leyes procesales comunes”, que omite el 4.º Si se tiene en cuenta que las Leyes adjetivas, cual la procesal, son desenvolvimiento de las substantivas, y que en el artículo 4.º se habla además de *legislación común*, mientras el 2.º hace sólo referencia al Código civil y legislación foral, fácilmente se puede subsanar esta dificultad.

CALATAYUD (36) plantea con alguno más de los comentaristas la tercera de las dudas, referente al subarriendo; mas no es necesario aducir poderosas razones para comprender que el subarriendo de empresa ha de correr la misma suerte que el arrendamiento de la misma, y, por consiguiente, será regulado por la legislación común. Ni la Ley ni los comentaristas se han planteado el caso de si el arrendamiento de empresa asentada en local ajeno sin consentimiento del dueño del local ha de quedar sometido o no a la Ley por implicar un subarriendo del local, por lo que nos remitimos al criterio ya expuesto al tratar este tema cuando se hablaba de la jurisprudencia, o sea que el contrato al que se aplica la Ley de Arrendamientos es el primero, es decir, el del local de negocio, y no el de arrendamiento de empresa.

En cuanto al supuesto de que junto con el arrendamiento de una empresa se arrienden algunas habitaciones para vivienda, hacemos nuestra la opinión de COSSÍO (37), cuando dice: “Puede ocurrir que en un arrendamiento de los comprendidos en el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos se incluyan en el local soporte del negocio o empresa arrendada algunas habitaciones para vivienda del arrendatario o su familia. Ello no supone, a nuestro juicio, una alteración del carácter del referido arrendamiento, que, a pesar de todo, seguirá rigiéndose por los preceptos del Derecho común o foral, en su caso. Debe, por otra parte, tenerse en cuenta que siendo el objeto y la causa de tal contrato concebidos unitariamente, no es lícito dividirlos, y mucho menos pretender que la existencia de una vivienda determina que el arrendamiento deba regirse por las normas a ésta referentes.”

IV. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 6.º

1. *Antecedentes legislativos*.—El primero de los antecedentes que existe en nuestra legislación del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 se encuentra en el Decreto de 29 de diciembre de 1931. En el artículo 2.º de este Decreto se establecían las excepciones al principio general contenido en el 1.º

(36) CALATAYUD: *Arrendamientos y desahucios*. Madrid, 1947, pág. 21.

(37) COSSÍO, loc. cit., pág. 1307.

sobre prórroga obligatoria de los contratos de arrendamiento, y la tercera y última de estas excepciones decía así: "Los establecimientos de recreo o espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos." Estos contratos caían fuera del ámbito de aplicación del Decreto, y con arreglo a lo preceptuado en el último párrafo del artículo 2.º "quedan sujetos a la legislación civil, común o foral; podrán ser otorgados con absoluta libertad, y engendrarán acciones que, en su ejercicio, no se registrarán por las disposiciones de este Decreto".

Esta remisión de los contratos de *arrendamiento de locales y establecimientos de recreo y espectáculos* a la legislación común dió origen en la práctica a una serie de anomalías, por lo que se hizo preciso revisar la situación por ella creada. Para resolver los problemas que se presentaban surgió el Decreto de 2 de agosto de 1934, en cuya exposición de motivos se detallan las causas que lo justifican. El legislador admite que es una equivocación el número 3 del artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, equivocación que tuvo por causa el "no distinguir los arrendamientos por temporada, fiestas o tournées, de los contratos de mayor duración o permanencia, que han de ser considerados como el ejercicio de industria, amparada por todas las disposiciones sobre alquileres". Por esto, y porque esta falta de protección por parte del Decreto de 1931 fué "arma esgrimida por ciertos propietarios, que han llegado, con sus exigencias, a producir la asfixia de pequeñas empresas de espectáculos y, como consecuencia, a ocasionar graves perjuicios a numerosas familias, para las cuales sirven de sostén en todas las localidades las empresas mencionadas...", el Decreto de 2 de agosto de 1934 se vió precisado a modificar el texto del anterior, que quedó redactado en los siguientes términos: "*Los arrendamientos de locales y establecimientos de recreo o espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos. Sin embargo, cuando la duración del arrendamiento a que se refiere esta excepción hubiera excedido a dos anualidades consecutivas, o cuando en el contrato se hubiere fijado un plazo no inferior a dos años, gozarán los arrendamientos de los derechos que otorga este Decreto, sea cualquiera la época en que los dichos contratos se hubieren celebrado, y se entenderán prorrogados a su vencimiento en beneficio del arrendatario.*"

Aún existe otra disposición, la de 6 de diciembre de 1935, que introduce una nueva modificación a la ya establecida por el Decreto de 2 de agosto de 1934, añadiendo al párrafo intercalado por este último Decreto la siguiente frase: "a no ser que se trate de locales de dicha clase propiedad de Instituciones de Beneficencia oficial o particular, declarados como tales con arreglo a la legislación vigente, pues en dicho caso los contratos se consideran comprendidos en las disposiciones del último párrafo del artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931". Poca trascendencia pudo tener, en el terreno práctico, esta nueva innovación, dado lo restringido de su campo de aplicación. Por lo que respecta al cambio introducido por el Decre-

to de 2 de agosto de 1934, FERREIRO (38), al igual que sus redactores, lo justifica diciendo: "Y es que, efectivamente, la razón de la proyección está en la duración del contrato, conjugada con el volumen del negocio, que hace suponer la participación extraordinaria que el arrendatario tuvo y tiene en esa explotación, que si vive más de dos años es precisamente debido a su inteligencia y modo de llevarlo, por muy acentuada que se dibuje la desproporción en la participación de rendimientos de la propiedad con el arrendatario."

2. *Interpretación jurisprudencial.* — Es interesante examinar el contenido de la sentencia de 21 de octubre de 1942. La sentencia recurrida admitió el desahucio, basado en la terminación del plazo, solicitado por el demandante, y el demandado, recurrente en casación, alega: 1) aplicación indebida del artículo 2.º, excepción 3.ª del Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1931, en cuanto tal excepción se hallaba derogada por el Decreto de 29 de enero de 1936, por tratarse de desahucio de una explotación industrial; 2) infracción por interpretación errónea de este Decreto, al estimarse que no era de aplicación al contrato debatido, y 3) estimación errónea del contrato, toda vez que en realidad era de arrendamiento de una explotación industrial.

A esto contesta el Tribunal Supremo: "Que al remitirse el artículo 1.º del Decreto de 21 de enero de 1936, en todo lo no regulado especialmente por sus preceptos, a la legislación de alquileres vigente en la citada fecha, resulta manifiesto que aun sin tener en cuenta los términos en que aparece redactado el preámbulo de dicha disposición, y de los cuales se infiere que aquellos no afectan a los contratos de la naturaleza del controvertido en el presente juicio, es de aplicación el artículo 1.º del Decreto de 2 de agosto de 1934, en relación con el artículo 2.º del de 29 de diciembre de 1931, y constituyendo fundamento básico del fallo la afirmación de que, en virtud de las citadas disposiciones, los arrendamientos de locales destinados a espectáculos se rigen por los preceptos de la legislación común cuando el contrato tenga un término de duración inferior a dos años, al no impugnarse debidamente esta afirmación de la Sala sentenciadora no pueden prosperar los motivos primero y segundo del recurso." Y un poco más adelante: "Que no planteada en momento apropiado ni discutida, por tanto, en el juicio la cuestión de si el arrendamiento recaía sobre una explotación industrial, es visto que no pudo resolverse tal cuestión en el fallo ni cabe traerla al recurso."

Otra sentencia, la de 2 de junio de 1943, viene a confirmar el criterio mantenido en la anterior, cuando dice: "Porque esta deducción tiene por base el equivocado supuesto de que el Decreto de 21 de enero de 1936, que como queda dicho reguló el arrendamiento de los locales para el comercio y la industria, sin modificar lo que estaba dispuesto respecto a los destinados a recreo o espectáculos, había comprendido en su artículo 1.º a los de esta clase, sin distinguirlos de

(38) FERREIRO, ob. cit., pág. 17.

los de aquélla, apreciación inaceptable ya que continúa vigente el número 3 del artículo 2.º del precitado Decreto-Ley, cuyo precepto, al referirse expresa y literalmente a los locales y establecimientos de recreo y espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos, abraza con su tenor y sentido, por tener la segunda de las indicadas palabras significado más amplio que la primera, el arriendo de los locales provistos de cuantas cosas muebles son necesarias o útiles para el funcionamiento de los espectáculos a que se destinan.” Y lo mismo afirma la de 12 de junio de 1944: “La segunda de las citadas disposiciones (Decreto de 21 de enero de 1936) sólo se refiere a locales destinados al ejercicio del comercio o la industria, mas no a los establecimientos de recreo o espectáculos, cuyo régimen no se alteró por esa disposición.”

Una vez expuestos los antecedentes, tanto legislativos como jurisprudenciales, conviene valorarlos en su justa medida para mejor poder observar el acierto o desacierto del legislador en el artículo 6.º de la Ley.

3. *Valoración de estos antecedentes.*—En cuanto a la postura legislativa se refiere va a ser el mismo legislador quien, en principio, razone sus puntos de vista. Primeramente, ya se ha visto, somete esta clase de arrendamientos a la legislación común; mas después juzga haber sufrido un error, que trata de subsanar. Fundándose en un solo motivo, *la duración o permanencia de los mismos*, lo que para el legislador supone que *han de ser considerados como el ejercicio de una industria amparado por todas las disposiciones sobre alquileres*, a diferencia de los arrendamientos por temporada, fiestas o tournées, en los que no se da esta característica de duración o permanencia, es impulsado el legislador a promulgar el Decreto de 2 de agosto de 1934, introduciendo una excepción a la excepción encuadrada en el número 3 del artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Concretamente, el régimen legal de estos arrendamientos de locales y establecimientos de recreo y espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos, es el de la legislación común, excepto el beneficio de prórroga obligatoria que se concede a favor del arrendatario cuando se da el caso de que la duración del arrendamiento “hubiere excedido de dos anualidades consecutivas, o cuando en el contrato se hubiera fijado un plazo no inferior a dos años”, y todo esto porque esta duración hace que sean equiparados al ejercicio de industria, que merece ser amparado por la Ley.

Cuanto va dicho obliga a fijar la atención en los motivos que impulsaron la promulgación del Decreto de 21 de enero de 1936, que han de servir sobremanera para dar más luz en este problema. Se pretende en este Decreto proteger al arrendatario, creador y forjador de la industria, contra los abusos del propietario del local en que aquélla se hallaba establecida, quien sin haber intervenido para nada en la creación y sostenimiento de la empresa, de no estar el arrendatario facultado por la Ley para prorrogar el contrato a voluntad

propia, podía adueñarse de un valor que él no había creado, valor que contribuía en muchas ocasiones a aumentar el del local.

Este último Decreto protege, pues, al arrendatario del local y propietario de la industria contra los posibles abusos del dueño del local; el Decreto de 29 de diciembre de 1931, en su nueva redacción introducida por el de agosto de 1934, protege al arrendatario de un local o establecimiento de recreo o espectáculos, como teatros, casinos y cinematógrafos, cuando se dan los requisitos que a tal efecto son exigidos por esta disposición contra el arrendador de los mismos.

Se ha visto el criterio unánime de la jurisprudencia de fijar como derecho aplicable al arrendamiento de industria, interpretando el espíritu del Decreto de 1936, la legislación común, y, por otra parte, coincide en todos sus fallos jurisprudenciales referentes a los arrendamientos de locales de recreo o espectáculos en apreciar que no caen bajo el ámbito de aplicación del Decreto de 21 de enero de 1936, y que, por consiguiente, continúan sometidos a la legislación anterior. Y si bien es cierto que no dice se trate en estos casos de arrendamientos de industria, sino que los llama siempre locales o establecimientos de recreo o espectáculos, siendo en este punto menos explícito que la exposición de motivos del Decreto de 2 de agosto de 1934, que como se ha podido observar los asemejaba a los arrendamientos de industria, ocurre que en muchos casos no sólo se transmite un local en el que se puede montar por el arrendatario su propia industria de recreo o espectáculos, en cuyo caso es lógico quede protegido el arrendatario contra los posibles abusos del dueño del local, sino que, y seguramente éste será el caso más frecuente, se pueden dar en arrendamiento, por más de dos años, auténticas industrias de esta clase, en las que gozando el arrendatario del privilegio de la prórroga, obligatoria para el arrendador, éste, verdadero creador de la empresa, se verá completamente desprotegido y mermado en sus derechos por parte de la propia legislación de arrendamientos. O sea que hay una contradicción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque, de una parte, afirma que la legislación aplicable a los arrendamientos de industria será la legislación común, y de otra, establece que la legislación aplicable a los arrendamientos de locales o establecimientos de recreo o espectáculos, que, como se ha visto, en ocasiones son verdaderos arrendamientos de empresa, quedarán sometidos a la legislación especial de inquilinato.

Como causa primordial de esta aparente contradicción se puede señalar que el Tribunal Supremo se vió siempre precisado, al interpretar estas disposiciones, a seguir dentro de los cauces que éstas le marcaban, sin posibilidad de salirse de los mismos, por lo que al no haber distinguido el legislador entre arrendamiento de locales destinados al ejercicio de esta clase de industrias y el arrendamiento de estas industrias, englobando bajo la confusa denominación de locales y establecimientos de recreo y espectáculos, tales como casinos, tea-

tros y cinematógrafos, tanto unos como otros, difícilmente el Tribunal Supremo podía establecer un régimen distinto para el caso en que considerase se trataba de un arrendamiento de industria.

4. *Excepción que encierra este artículo.*—La redacción del artículo 6.º es la siguiente: “Si el arrendamiento fuere de una industria o negocio que, aunque comprendido en el artículo 4.º, perteneciere a la clase de espectáculos, tales como locales de recreo, casinos, teatros, circos o cinematógrafos, y el primero de enero de 1947 excediese de dos años de duración, o se celebrase después de dicha fecha por plazo igual o superior, el arrendatario gozará del beneficio de prórroga obligatoria, y en el caso de que el arrendador haga uso de la facultad que le confiere la causa primera de excepción del artículo 76 se aplicará lo dispuesto en el capítulo VIII para los locales de negocio, salvo el requisito b) del artículo 90, que no será exigible, y en lo relativo a la indemnización, que se limitará al importe de una anualidad de la renta. Tampoco tendrá el arrendatario derecho al traspaso.”

Tanto REYES (39) como FERREIRO (40) afirman que en este artículo se halla recogido el contenido de los Decretos anteriores sobre esta materia. Una cosa conviene hacer notar, y es que en el artículo 6.º se habla de “si el arrendamiento fuere de una industria o negocio...”, mientras en los anteriores Decretos, aun cuando se les equiparaba al arrendamiento de industria, no se dice de una manera tan paladina. Con esto queda deshecha la ambigüedad que se notaba en el Decreto de 29 de diciembre de 1931. El arrendamiento de locales de negocio referente a esta materia está comprendido en el artículo 1.º de la Ley, y el artículo 6.º viene a ser una excepción al régimen que para los arrendamientos de empresa señala el 4.º (41).

La redacción de este artículo permite afirmar que estos contratos deben considerarse, para todos los efectos, comprendidos dentro del régimen legal que marca para los arrendamientos de empresa el artículo 4.º, excepto, y aquí está su peculiaridad, en los casos en que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 6.º, en cuyo caso gozarán del beneficio de prórroga obligatoria (42).

Por otra parte, es fácil comprender que cuando no se dé el su-

(39) REYES: *La nueva Ley de Arrendamientos urbanos*, en “B. de Inf. del Ministerio de Justicia”, 1, 1947, pág. 8.

(40) FERREIRO, ob. cit., pág. 17.

(41) CONDÓMINES, ob. cit., pág. 52, dice: “Conforme a la definición del artículo 1.º, es evidente la inclusión de los espectáculos entre los locales de negocio.”

(42) BELLÓN, ob. cit., págs. 29 y 30, afirma que: “Bien se advierte que los referidos contratos van sometidos a un régimen particular, mixto del común que como industria les corresponde y del especial, con el limitado beneficio que aquí se les asigna.” “A los fines de aplicación de este precepto, está claro y no creo suscite dudas: aplicación limitada de esta Ley a los negocios de espectáculos, en los términos que se indican.” Y a continuación dice que “la competencia para conocer de las controversias que se susciten parece de esta jurisdicción, porque ya no es la común y su régimen el que actúa, cuando le afecta este particularismo que trae la norma especial”.

puesto de empresa, o porque solamente se arrienda el local, o porque junto con el local van una serie de elementos, pero que no reúnen las condiciones exigidas por el artículo 4.º para poder ser considerados como empresa, la aplicación de la legislación especial de arrendamientos urbanos ha de ser íntegra en virtud de los artículos 1.º ó 5.º, según los casos (43).

Ahora bien, la principal cuestión a dilucidar es la de si una vez calificadas estas relaciones arrendaticias como de arrendamientos de empresa o negocio existe una razón que justifique un régimen excepcional, como es el que les asigna la Ley. No han faltado autores que hayan criticado este precepto. Así, BELLÓN (44) dice: "Si la calidad de estos negocios se ha creído acreedora de protección especial, ¿por qué no fué completa llevándola por entero a la esfera de esta Ley? Huyendo de crítica, no insisto en este punto."

Mas la pregunta se puede hacer de otra manera muy distinta: Si estos arrendamientos lo son de empresa, ¿por qué no han de seguir el régimen establecido para los mismos por el artículo 4.º de la Ley?

Se puede redargüir a esta pregunta que no va de acuerdo con la legislación anterior ni con la doctrina del Tribunal Supremo, como fácilmente se desprende de la defensa que de este artículo hizo FERREIRO al rebatir la crítica que del mismo hacía G. HERNANDO (45). Decía este último que le parecía justa la protección de la Ley al arrendatario cuando es éste quien crea el negocio; pero que este respeto al arrendatario debería desaparecer cuando es el propio propietario quien lo crea y quien lo hace nacer, puesto que la cesión arrendataria del negocio ya montado aprovecha al arrendatario en el producto que representa la diferencia donde está reflejada su iniciativa personal, ya que es lo único que aporta al acervo y de lo que no se aprovecha el arrendador a la terminación del contrato. A estas razones, rebosantes de lógica y buen sentido, contesta FERREIRO aduciendo la siguiente justificación: "Porque si el volumen del negocio en cuanto al espectáculo es grande, muy íntima es también, para sostenerlo con éxito durante más de dos años, la participación del arrendatario, y sobre todo existe una razón, que consiste en que la protección no es una novedad, sino un derecho ya concedido desde el Decreto de 2 de agosto de 1934, que ha sido recogido en su espíritu y en su letra por la nueva legislación."

Fácilmente pueden ser superadas las dos razones en que este autor fundamenta su defensa del artículo 6.º: la primera, porque cosa pa-

(43) GARCÍA ROYO, al comentar el art. 5.º, dice: "Las prescripciones comentadas operan también respecto a los locales arrendados para la industria o negocios de espectáculos, tales como teatros, casinos, cinematógrafos, etc., aunque los ordenamientos del art. 6.º pudieran inducir a creer lo contrario, ya que sus normas afectan únicamente al supuesto de que lo arrendado sea en realidad una industria—negocio—empresa de dichos espectáculos, conforme al concepto creado respecto a aquélla en el art. 4.º" Ob. cit., pág. 239.

(44) BELLÓN, ob. cit., pág. 29.

(45) FERREIRO, ob. cit., pág. 18.

recida ocurre en otras muchas industrias o negocios. Tratándose de una industria, industria que ha sido creada por el arrendador, aun cuando el arrendatario haya contribuido a darla un mayor volumen, teniendo en cuenta que recibió una unidad patrimonial con vida propia, un negocio ya montado, funcionando o no, pero dotado de vida, e, durar más de dos años el arrendamiento no parece causa suficiente como para que el arrendatario pueda, a voluntad propia, prorrogar el arrendamiento, con lo que el daño que en la mayoría de los casos se le puede ocasionar al arrendador, verdadero forjador de la industria, es considerable.

Y la segunda porque, como pretende FERREIRO, la nueva regulación sobre esta materia no ha recogido el espíritu y la letra de la legislación anterior y menos de la jurisprudencia. Sin saberlo, los legisladores han introducido una modificación: en la legislación anterior no se hablaba de "empresas de espectáculos", sino de "locales y establecimientos de recreo y espectáculos, como casinos, teatros y cinematógrafos", por lo que estaba más justificada esta excepción en la legislación anterior a la Ley, donde dentro del contenido del artículo 2.º, párrafo tercero del Decreto de 29 de diciembre de 1931, modificado por el de 2 de agosto de 1936, se hallaba incluido el supuesto de ser el arrendatario quien crease la industria, siendo la duración superior a dos años un indicio de que allí el propio arrendatario había establecido una industria que merecía protección legal; y dada la confusión que en torno al concepto de empresa existía, es excusable que junto a este supuesto se considerase también como incluido aquél en que en realidad el objeto del arrendamiento fuese una auténtica industria de esta clase de espectáculos. Mas una vez construída con trazos precisos la figura y el concepto del arrendamiento de empresa por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, y plasmada una definición de empresa en el artículo 4.º de la Ley, es menos justificable la excepción que con arreglo al principio general establecido en el último artículo citado establece el artículo 6.º Y por lo que respecta al criterio jurisprudencial en este punto, la cosa está aún más clara. No es que exista una contradicción entre la doctrina jurisprudencial que ha dado origen al artículo 4.º de la Ley, y la que al parecer favorece la excepción del 6.º, sino que el Tribunal Supremo, como anteriormente se apuntaba, no podía hacer otra cosa que moverse dentro de los límites que le marcaban los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 2 de agosto de 1934, como fácilmente se desprende además de la postura adoptada por este Tribunal, cuando de una manera u otra él debe calificar el contrato de arrendamiento de industria o no, refiriéndose siempre a "locales y establecimientos de recreo", aun cuando en ocasiones uno de los motivos fundamentales a que aludía la parte recurrente era el de que se trataba de una industria amparada por el Decreto de 21 de enero de 1936.

En definitiva, este precepto constituye una novedad bastante notable comparado con la legislación anterior, y más aún si se le mira

desde el punto de vista del criterio general establecido por la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo. Y esto lo pone de manifiesto de manera que no da lugar a dudas la última frase de este precepto, que resulta impertinente y fuera de lugar, y que solamente se justifica teniendo en cuenta que esta norma legal no ha sabido calibrar en toda su extensión el significado y las consecuencias provenientes de la excepción que pretende introducir, o que mejor dicho, introduce, al artículo 4.º

Con la frase "tampoco tendrá el arrendatario derecho al traspaso" termina la redacción del artículo. Frase equívoca que REYES (46) justifica diciendo: "Mas como aquí no existe patrimonio mercantil no puede haber derecho al traspaso, limitándose el del arrendatario al de la indemnización del abono de una anualidad de la renta cuando el propietario desee o necesite la industria para explotarla él, lo que puede lograr sin sujeción a los requisitos exigidos cuando se trata de un arrendamiento de local de negocio." La confusión de conceptos que se aprecia en estas afirmaciones hace que su crítica sea poco menos que imposible. La razón por la que esta frase sobra es muy sencilla: con arreglo a lo establecido en el artículo 4.º, todos los arrendamientos de empresa se regirán por la legislación común, y, por consiguiente, el arrendamiento de empresa de la clase de espectáculos se regirá por la legislación común, en todo menos en lo referente a la prórroga obligatoria del contrato cuando reúna los requisitos exigidos, y como en el Derecho común no cabe el traspaso, que implica una subrogación de derechos y obligaciones, prohibida en este Derecho, a no ser que medie el consentimiento entre las partes, resulta del todo inadecuada esta afirmación, puesto que aunque el arrendador permitiera al arrendatario el traspaso la legislación aplicable sería la común (47).

Además, si la legislación anterior pretendió, al establecer la excepción que dió origen a la que ahora se comenta, evitar una serie de anomalías y situaciones equívocas, el artículo 6.º, más bien que suprimir, originará una serie de problemas de difícil solución, como han previsto ya algunos de los comentaristas de la Ley (48), entre otros GARCÍA ROYO (49), el cual vislumbra "las dificultades y serios problemas que pueden plantearse, aunque se haga prevalecer la naturaleza propia del arrendamiento sobre la que puedan atribuir los contratantes, cuando éstos, en negocios de calificación dudosa, en la que junto a un cierto carácter de espectáculos se puedan dar negocios de restaurante, salas de té, salones de baile, etc., pretendan, para acogerse al beneficio de prórroga que establece el artículo 6.º, calificarlos como contratos de la naturaleza de los en él comprendidos".

(46) REYES, loc. cit., pág. 8.

(47) Vid. ALVAREZ GUERRA: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos urbanos*, 1947, pág. 13, y GARCÍA ROYO, ob. cit., págs. 253 y ss.

(48) BELLÓN, ob. cit., págs. 27 y 28, presenta una serie de supuestos prácticos que necesariamente han de originar dudas y confusiones.

(49) GARCÍA ROYO, ob. cit., pág. 242.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

En torno a la vigente ley de arrendamientos urbanos

¿Es aplicable a los locales destinados a cochera?

NATALIO REAL DE LA RIVA

Abogado

SUMARIO: *Antecedentes del caso.—Planteamiento de la cuestión. Solución jurídica.—Consecuencia legislativa.—Final.*

1. *Antecedentes del caso.*

Antes de promulgarse la Ley de 31 de diciembre de 1946, el derecho aplicable a los contratos sobre arrendamientos urbanos se escparcía en numerosas y diversas disposiciones legislativas, dictadas por el Poder público a partir del 21 de junio de 1920 en beneficio del arrendatario para asegurar su permanencia en el disfrute de la *cosa* más allá del plazo convenido, cercenando de este modo los derechos del arrendador. Y si es cierto que estas disposiciones sobrepujaban al Derecho común e interferían su vigencia, rompiendo, al propio tiempo, el equilibrio de la autonomía privada dentro de la libre contratación, también es verdad que tales normas especiales justificaron su presencia en la vida jurídica y acreditaron su oportunidad, basándose en la necesidad de estabilizar los inquilinatos y cortar los posibles desahucios en masa que como problema se cernían en aquella época ante la escasez de viviendas en España.

Pues bien, a tanta fecundidad legislativa (más de treinta disposiciones fueron verdías sobre el tema en poco menos de quince años) puso coto la Ley de 31 de diciembre de 1946, siendo loable su deseo de reducir a unidad la pluralidad ambiente, urbanizando y sistematizando la reglamentación sobre tan importante zona arrendaticia.

Que se haya logrado o no tal propósito es materia que no concierne al tema que nos proponemos; dejando de ocuparnos, por las mismas razones, de ese sugestivo problema de carácter económico, consistente en averiguar si la temerosa especulación que actualmente

se advierte en los nuevos alquileres proviene, en gran parte, de la ínfima renta latente en los antiguos contratos (cuya revisión en alza debería permitirse, al menos por razones de estabilidad monetaria), y de cuya pérdida trata de compensarse el sector patrimonial afectado mediante tan audaz contrabalance; prescindiendo, por idénticos motivos, de tratar a fondo el aspecto procesal de dicha Ley, no muy afortunado en su origen, según puso de relieve el profesor PRIETO CASTRO (1), y ya en parte corregido por la Ley de 21 de abril de 1949.

Aquí, y ahora, de lo que se trata es de conocer si el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos abarca e incluye a los arriendos de locales destinados a cochera, o si, por el contrario, esta especie arrendaticia queda abandonada al Código civil y ha de regirse únicamente por sus preceptos. Enunciando en pocas palabras: ¿el arriendo de cocheras es Código civil o Ley de Arrendamientos?

Como no perseguimos la especulación dogmática, yendo solamente en pos de una modesta exégesis, de sobra se les alcanzará a los lectores de este trabajo que dicho interrogante habrá de cerrarse a la vista del tablero legislativo vigente en nuestros días. Y aunque a primera vista la cuestión parezca simple y llana—y en realidad lo sea—, tenemos conocimiento de que son muchos ya los casos judicialmente planteados al respecto y muy diversas, dispares e incluso antagónicas las resoluciones dictadas por los Tribunales de Justicia, algunos de los cuales se inclinan a favor de la Ley de 31 de diciembre de 1946, amparando al arrendatario en el disfrute del local mediante la prórroga forzosa del contrato, mientras que otros, al cobijarse en el Derecho común, declaran el inminente desahucio, sin derecho a indemnización. Este criterio judicial difícilmente puede ser revisado por la jurisprudencia, ya que el procedimiento elegido para tan audaz experiencia muere ante el Juzgado de Primera Instancia y no asciende al Tribunal Supremo. Pero aunque así no fuera, tan de prisa van las cosas que es posible que cuando tan Alto Tribunal clamara ya lo hiciera en el desierto, pues el carácter español, de suyo insurgente y litigante, aprovecha, cual ninguno, la coyuntura favorable y la acción se multiplica por contagio.

En todo caso, tales acciones—o reacciones—de desahucio merecen nuestra disculpa; pero su estimación judicial no puede alentarse por el juriconsulto prudente cuando el Derecho constituido no ofrece margen ni fundamento para esta clase de incursiones judiciales, so pena de sembrar la confusión y el desorden, pues si el legislador cree no ha llegado todavía la hora de retirar su protección al arrendatario, al buen jurista no le es dable otro camino que laborar silenciosamente por la vuelta a la normalidad con aportaciones doctrinales, según lo ha hecho recientemente el profesor DUALDE a través de su *moderna monografía sobre el "Concepto de la causa en los contratos"* (2), en cuyo trabajo se ocupa de ese tema palpitante de "Los imperativos contractuales", de forma particularmente sugestiva y atrayente.

La inquietud, fuerza motriz al fin y al cabo, bien canalizada, galvaniza la tarea común, al igual que ahogan el esfuerzo los inútiles desbordamientos.

El abogado consciente no debe relegar los deberes de la toga al terreno estrictamente profesional, "pues si estima que una orientación legislativa o jurisprudencial puede resultar inadvertidamente dañosa, está en la obligación de decirlo, razonando su criterio", según la autorizada opinión del maestro FÉREZ SERRANO, expuesta en las mismas páginas de esta revista (t. I. f. III, pág. 76).

Y con estos antecedentes salimos al paso del erróneo criterio, deseando que nuestro pararrayo disipe la tormenta que ya se cierne, en forma de desahucios, sobre los Juzgados españoles, no sin antes advertir que cedemos el paso a otra cualquier opinión más autorizada o mejor fundada, cortesía forense, por desgracia, en desuso.

II. *Planteamiento de la cuestión.*

Necesariamente hay que admitir que la Ley de 31 de diciembre de 1946 no regula ni menciona siquiera aquellas relaciones jurídicas arrendaticias ya creadas o que pudieran crearse sobre locales destinados a cochera, cuyo término gramatical tampoco aparece citado ni por descuido en el dilatado texto legal que nos ocupa, y que, en cambio, éste se dedica al enunciado de principios y a desmenuzar las más variadas incidencias que pudieran surgir a través de los inquilinatos y arrendamientos de locales de negocios, ejercitando esta labor de manera arriesgadamente prolija y casuística. Ahora bien, dentro de las escasas excepciones que escapan a la regla general de cobertura, contenidas en los artículos 2.º, 3.º y 4.º, tampoco figura inserto este supuesto arrendaticio, sin que se le remita, por tanto, a la esfera de acción del Código civil. Luego lo que verdaderamente ocurre es que dicha Ley para nada se ocupa de esta cuestión, y así las cosas, tan infundada tiene que resultar a primera vista la opinión que se incline por el régimen de excepción como la que lo haga a favor de la legislación común.

Pero estos últimos, bien avenidos con el principio clásico de interpretación restrictiva que se impone para esta clase de Leyes, proclaman la vigencia del Código civil y patrocinan el desahucio sin indemnización en cualquier tiempo, hora y circunstancia, bastando para ello que se trate de un local destinado a cochera particular (que no es vivienda ni local mercantil, dicen) y que esté vencido el plazo contractual. De donde se deduce que el propietario puede entablar esta acción en todo instante.

Esa tesis no es correcta y a demostrarlo vamos:

A) El mismo principio protector que presidió toda la legislación promulgada desde el año 1920 es el que informa y justifica a la nueva reglamentación: y hasta tal punto se tutelan los derechos del su-

jeto arrendatario, que su renuncia es imposible en razón a tal principio, según se advierte en la exposición de motivos (B. O. 1 enero 1947) y declara en el propio texto (artículo 11). El amparo, pues, ha subido de punto y se ha convertido en protección blindada. (El empleo de este término guerrero creo se excusa por la adecuada significación jurídica que encierra.)

B) Que a partir del 31 de diciembre de 1946 no hay otra legislación aplicable a los arrendamientos urbanos distinta a la entonces promulgada, es punto que se aprecia fácilmente con sólo meditar acerca del empaque y del tono que quiere imprimirse a dicha Ley. Empero, cualquier duda se aclara leyendo el segundo párrafo de la exposición de motivos, que textualmente dice: "Hasta donde es posible, dado su fin específico, aspira la presente Ley a resolver con carácter de permanencia las cuestiones derivadas de los contratos propios de la relación arrendaticia urbana, a cuyo efecto establece no sólo las normas a que habrán de someterse los derechos y obligaciones de las partes, sino un conjunto de presunciones que facilitarán la conjugación de sus preceptos y la resolución de los litigios, para cuya elucidación se autoriza expresamente la interpretación analógica, criterio impuesto por la prolija y variada gama de problemas que pueden suscitar esta clase de contratos." Y nótese que tal pretensión exhaustiva más tarde se hace tangible a través del artículo 13, al ordenar se apliquen todos los preceptos de la Ley (por analogía) a cualquier materia sobre arrendamientos urbanos.

Si algunos (pocos) casos quedan fuera de su radio de acción y se remiten a otras órbitas, ello acontece por considerarlos la Ley como materia extraña a la que regula (artículos 2.º, 3.º y 4.º: cesiones temporales, viviendas secundarias en arrendamientos rústicos y arriendo de patrimonios mercantiles, accesoriamente enclavados en locales urbanos), pero nunca para admitir ninguna intromisión ni competencia en su propia esfera, en la que se basta y sobra; y de ahí la derogación absoluta de todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos que campea en la disposición transitoria núm. 27.

C) Intencionadamente reducimos nuestro estudio a los locales destinados a cochera, pues, según nuestras noticias, sólo a ellos afectan los desahucios decretados gracias al vanal criterio casuístico de no poder encajar cómodamente las relaciones jurídicas contractuales dentro del modo de los inquilinatos o del arriendo de locales para negocios.

La cochera (que es un local apto para encerrar y guardar vehículos) presupone una edificación estable, sólida y cubierta y se encuentra sita dentro del casco urbano.

El propietario (o arrendador con facultades para ello) que en posesión de tal inmueble cede su uso y disfrute a otra persona mediante pago de renta, no hay duda que ultima perfectamente un contrato de arrendamiento urbano, resultando accidental que se denomine "co-

chera" el objeto arrendado, pues tal sólo proviene del uso a que se destina el *local*, que en modo alguno pierde su condición genérica de construcción urbana cerrada.

Con lo dicho es suficiente para que estos contratos queden afectos a la reglamentación especial, pues si la Ley no los remite particularmente al Código civil y la misma alcanza toda la materia arrendaticia de carácter urbano, claramente se sigue la necesaria aplicación de sus preceptos al punto controvertido por analogía, o mejor, identidad.

Reconocemos que la interpretación analógica está en crisis, hasta el punto de que alguien cree que no se funda en la lógica, sino en la magia (3). No obstante, el artículo 13 de la Ley la acoge como fuente supletoria del derecho arrendaticio urbano, cuyos principios hay que aplicar también a los casos no regulados expresamente, y esto a pesar del artículo 6.º del Código civil.

D) Sin embargo, siempre es triste agarrarse a una Ley por este clavo ardiendo de la interpretación analógica o extensiva, y lamentable el olvido legislativo, sobre todo teniendo en cuenta que la reglamentación de 31 de diciembre de 1946 se ocupa de otras infinitas cuestiones de menor peso y volumen. Puede servir de disculpa el hecho de que en capitales importantes la cochera va englobada en el arriendo de la vivienda, como un servicio más del piso. Pero esto es la excepción aislada. Por lo general, el coche particular se encierra en un garaje o en un local privado, independiente, máxime si se trata de vehículos de transporte.

III. *Solución jurídica.*

Evidentemente que el arriendo de cocheras está protegido por la Ley de 1946, y que sólo por necesidad o derribo del inmueble puede decretarse el desahucio, y esto en los términos y condiciones establecidos.

Ahora bien, como es distinto el tratamiento que se emplea para las viviendas y locales de negocio, conviene examinar en cuál de ellos encaja mejor el arriendo de cocheras, o si conviene establecer un nuevo apartado para estos locales.

El profesor Cossío, no dudando que la Ley de 1946 es aplicable a estos locales, procede a clasificar las cocheras particulares dentro del régimen de viviendas y al garaje (entendiendo por tal el local más amplio donde el arrendatario guarda vehículos ajenos mediante retribución) como local de industria (4). Esta segunda catalogación nos parece afortunada, pero no así la primera, aunque reconocemos la dificultad de mejorarla por la estrechez legal. Por ello creemos mejor sugerir, para el caso que nos ocupa, una nueva especie que podría denominarse "simples locales", con cuya adición quedaría más completa la reseña y división de los arrendamientos urbanos, introducida por el artículo 1.

IV. *Consecuencia legislativa.*

Como el problema brevisimamente tratado lo suscita y provoca el vacío legislativo que sobre la materia se advierte en la Ley de 31 de diciembre de 1946 (y en gran parte también la errónea interpretación dada por algunos juristas y prácticos del Derecho), entendemos que la mejor solución al caso se logra proponiendo se corrija el texto legal en los siguientes o parecidos términos:

Artículo 1. El arrendamiento que regula esta Ley es el de fincas urbanas, y comprende el de viviendas o inquilinato, el de simples locales y el de locales de negocio. La primera denominación se refiere a los contratos de arriendo que recaigan sobre edificaciones habitables; la segunda corresponde a las construcciones cerradas sin destino mercantil, y la tercera comprende todos los locales para ejercer una actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo.

Art. ... o disposición transitoria o adicional núm.—El arriendo de cocheras particulares queda incluido en el concepto genérico de simples locales, con sometimiento a las disposiciones de esta Ley.

Pero si el arrendatario, o los familiares que convivan bajo el mismo techo, carecen de vehículo propio desde hace más de un año, podrá negársele la prórroga forzosa del contrato, ejercitando el propietario del local la inmediata acción de desahucio, siempre que lo haga para encerrar su propio vehículo y no disponga de otro local para ello de su pertenencia, y a base de indemnizar al primero en el importe de nueve mensualidades.

Art. ... o disposición transitoria o adicional núm.—En todo caso, si el arrendatario se encuentra en el supuesto antes dicho, el propietario podrá también negar la prórroga del contrato y promover el desahucio con el fin de transformar tal local en vivienda, con entrega de la misma indemnización de nueve mensualidades.

Si la pretendida transformación no se llevare a cabo dentro del plazo de un año, a contar desde el momento en que el local quedó libre, el arrendatario saliente podrá optar entre regresar al local, empleándolo de nuevo para sus fines propios de cochera, o exigir al propietario que lo sea otra indemnización igual a la percibida.

Sólo dos palabras para fundamentar estos preceptos.

Al incluir en el texto la denominación de simples locales no sólo se amplía la conceptualización arrendaticia de carácter urbano, sino que el nuevo tipo, además de llenar un vacío, servirá para sumirse todas las especies locatarias que la inquietud humana pudiera originar, producidas por la febril y vertiginosa imaginación de nuestros días.

El articulado propuesto carece de numeración, porque nadie mejor que el legislador que lo acoja puede insertarlo donde mejor convenga, dentro de la unidad y sistema que preside la reglamentación por él creada.

Al autorizar el desahucio del inquilino que carece de automóvil, coche o camión, y dar prevalencia a la necesidad del propietario, se

realiza un postulado de indudable equidad, habiéndose fijado la indemnización en el importe de nueve mensualidades para que se distinga como intermedia entre la de seis y doce asignada en el supuesto de vivienda y locales de negocios, y para compensar, en cierto modo, al arrendatario que se ve impelido a desalojar inmediatamente y sin preaviso el local contratado. (Como en algún pasaje de este trabajo ya hablamos de camiones, y de nuevo hemos vuelto ahora a citar esta clase de vehículos, creemos conveniente hacer constar que la cochera donde se encierra tal carruaje, sea particular o de servicio público, y donde se guarda el taxi, no pierde por ella las condiciones de simple local, puesto que el arrendatario que así disfruta la cochera no practica en ella ningún acto de comercio, y es precisamente cuando el vehículo sale del local el momento de empezar la tarea de carácter lucrativo y mercantil; por todo lo cual de ninguna forma pueden catalogarse tales locales como de negocio, aunque a primera vista asalte la vacilación.)

Y por último, creemos oportuno y de actualidad admitir el desahucio de cocheras vacías con el fin de transformarlas en viviendas, porque de este modo se atiende a lo preferente y se coopera a mejorar el problema de escasez de viviendas que nos aflige; y así, sin darnos cuenta, nos vamos acercando a la normalidad contractual, anhelada por todo buen jurista.

V. Final.

Si en contra de lo dicho se estimara, por quien puede hacerlo (y aquí incluimos no sólo al legislador, sino también a todos los amantes del Derecho), que la regulación de esta clase de arrendamientos corresponde ya al Código civil, creemos honradamente que tal mención debe de constar de manera terminante en la Ley, pues la claridad, antes que perjudicar, beneficia al Derecho y a los altos principios de economía procesal que deben presidir nuestro enjuiciamiento.

BIBLIOGRAFIA

Sólo anotaremos algunos trabajos publicados a partir de 1947, sin mencionar las monografías, porque las que representan una aportación estimable son harto conocidas.

(1) LEONARDO PRIETO CASTRO: *Reflexiones teóricas y jurisprudenciales de carácter procesal sobre la Ley arrendaticia urbana*. "Anuario Derecho civil", tomo I, fasc. IV, pág. 1545.

(2) JOAQUÍN DUALDE GÓMEZ: *Concepto de la causa en los contratos (Los imperativos contractuales)*. "Anuario Derecho civil", t. II, fasc. II, pág. 527.

(3) JOAQUÍN DUALDE GÓMEZ: *Una revolución en la lógica del Derecho*. Bosch. Barcelona, 1933, pág. 75.

(4) ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL: *El arrendamiento de locales de negocio*. "Anuario Derecho civil", t. I, fasc. IV, pág. 1290.

- JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Hacia un nuevo Derecho civil*. Reus, 1933, pág. 97.
- ALFONSO DE COSSÍO Y CORRAL: *El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. "Anuario Derecho civil", t. I, fasc. II, pág. 473.
- ARTURO GALLARDO RUEDA: *Los problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La nueva ordenación de solares*. "Anuario Derecho civil", t. I, fascículo III, pág. 1027.
- LINO RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE: *Directrices generales de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. "Rv. Dcho. Priv.", 1948, pág. 354.
- FRANCISCO DE A. CONDÓMINES: *La interpretación de la Ley de Arrendamientos Urbanos*. "Rv. Dcho. Priv.", 1947, pág. 664.
- MIGUEL MORENO MOCHOLI: *Sobre naturaleza jurídica del derecho del arrendatario*. "Rv. Gral. de Legislación y Jurisprudencia", enero 1948.
- TOMÁS OGAYAR AYLLÓN: *Exposición sistemática de la nueva Ley de Inquilinatos*. "Rv. Gral. de Legislación y Jurisprudencia", mayo 1947.
- JOAQUÍN DOMÍNGUEZ DE MOLINA: *Protección posesoria del derecho arrendaticio*. "Rv. Gral. de Legislación y Jurisprudencia", febrero 1947.
- MANUEL COMELLAS SALMERÓN: *La necesidad del propietario de ocupar la vivienda como causa de desahucio*. "Rv. Dcho. Procesal", segundo trimestre 1947.
- FRANCISCO R. VALCARCE: *Sucesión arrendaticia urbana*. "Rv. Dcho. Procesal", cuarto trimestre 1947.
- ROBERTO REYES: *Laguna de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. "Revista Dcho. Procesal", segundo trimestre 1948.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.¹

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Una encuesta ejemplar: «Sucesión testada a favor del viudo en la Rioja»

En la revista *Berceo* (1949, año IV, núm. XIII, págs. 525-541), órgano del Instituto de Estudios Riojanos, ha publicado J. Vallet de Goytisolo el resumen de una encuesta promovida por la Sección Jurídica de dicho Instituto acerca del tema indicado en el título. "La encuesta la han contestado catorce notarios de la Rioja. A ellos fué dirigida, porque los fedatarios son los confesores de esos últimos deseos, que, bien serenamente en la intimidad del estudio, o ansiosamente desde el lecho de un doliente, diariamente se le confían."

Señala Vallet la actualidad del tema propuesto: "En estos últimos años, a partir del Congreso Nacional de Derecho civil, celebrado en Zaragoza la semana del 3 al 10 de octubre de 1946, ha vuelto a flotar en el ambiente jurídico el problema de la posibilidad y conveniencia de un Código único para regir el Derecho civil, lo mismo de las regiones llamadas de Derecho común como de las forales. Un Código que recogiese, de cada legislación, las instituciones más adecuadas, fundiéndolas en un todo armónico. Plantear este problema es tanto como suscitar la discusión en torno a la conveniencia, o no de ampliar los derechos sucesorios del cónyuge viudo"; si bien añade que "no es intención de la Sección Jurídica del Instituto de Estudios Riojanos el propugnar por reforma alguna ni siquiera la de juzgar sobre su conveniencia. Pero sí que, en cambio, hemos creído útil auscultar el común deseo de los riojanos".

Se propusieron las preguntas siguientes:

- 1.^a ¿Cuál suele ser, normalmente en la Rioja, el deseo o voluntad de los testadores en relación a los derechos viudales de su consorcio?
- 2.^a ¿Suele presentar variantes tal regla general cuando el cónyuge del testador no sea de edad procreta?
- 3.^a ¿Quid si el testador es viudo con hijos de matrimonio anterior?
- 4.^a ¿Se observan diferencias en las disposiciones a favor del consorte entre los testadores que son labradores y los comerciantes e industriales.
- 5.^a ¿Cómo suele resolverse, en los testamentos otorgados en tierras riojanas, la contraposición del testador antes expuesta, de disponer a favor de su consorte, con los límites que el Código civil pone a la libertad del testador?

En cuanto a la primera indica Vallet que "resumiendo las contestaciones re-

1. En esta Sección se publican informaciones sobre los más diversos aspectos del vivir jurídico.

cibidas, podemos decir que ese deseo oscila entre dejar al cónyuge viudo el usufructo universal e instituirle en el pleno dominio de todos los bienes del causante". La fórmula utilizada varía fundamentalmente debido a la existencia o inexistencia de hijos (pues en este último caso se prefiere el usufructo, con objeto de que los bienes no pasen a los parientes del supérstite) y la posición económica de la familia (cuando es modesta se utilizan formas que permitan la disposición en caso de necesidad, libremente apreciada), pero siendo en todo caso escasísimos los supuestos en que los cónyuges se limitan a instituirse herederos en la cuota viudal legal.

La segunda de las preguntas propuestas "no ha recibido contestación unánime". Aparte de que se observa que en general los testamentos son otorgados por personas de edad avanzada, "un grupo de comunicantes, manifiesta que, si se da la variante por la que se interesa, entonces la voluntad del testador se orienta a dejar sólo a su consorte el usufructo condicionado a su permanencia en estado de viudez; o a someter la disposición hereditaria o legado a la condición resolutoria de no contraer el instituido otro matrimonio, o bien se limita su disposición a favor del supérstite a dejarle el usufructo o cuota legitimaria. Otro grupo afirma no haber observado variación...". Añade Vallet que "la condición de no contraer nuevas nupcias no es frecuente que la impongan los varones a sus mujeres y es mucho más corriente que sean éstas las que ligen a ellos con aquélla".

Tampoco la tercera pregunta ha tenido contestación unánime: "Así se ha indicado que "no sólo no varía la regla general en este caso, sino que es cuando más interés suelen tener los testadores en establecerla para evitar así que los hijos del primer matrimonio molesten al cónyuge viudo", y que "el espíritu riojano de justicia suele ser indiferente ante el hecho de haber o no hijos de distintos matrimonios. Atiende sólo a las condiciones objetivas (origen de los bienes y edad o imposibilidad física del cónyuge)"; un grupo de Notarios hace constar que la solución en este caso se concreta en un usufructo universal sin facultades dispositivas, señalando alguno que "muchas veces se pretende mejorar a los hijos del segundo matrimonio", "con lo que—señala Vallet de Goytisolo—, pone el dedo en la llaga del vicio que se persiguió en Navarra con la extensión a los hijos del segundo matrimonio de las limitaciones de la ley Hac Edictalí. En cambio, en general, hemos observado... que el espíritu riojano de justicia... llega a querer conseguir un reparto por igual de todos los bienes entre los hijos, pero sin atender al matrimonio en que los hubieron ni a la procedencia de los bienes". Contesta otro Notario que "en este caso, el usufructo del supérstite suele quererse limitar al tercio de libre disposición", señalándose, finalmente, la imposibilidad de poder sentar una regla general, porque multitud de circunstancias (por ei.: que haya o no hijos del segundo matrimonio, que se haya o no practicado la liquidación y adjudicación de la primera sociedad conyugal y la partición de bienes del causante, etc.) producen en cada supuesto distintas soluciones.

La Conferencia de Roca Sastre acerca de "La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el Derecho sucesorio" ha suscitado el planteamiento de la cuarta pregunta. "Es cierto—dice Vallet—que tal diferencia se concreta más tratándose del reparto entre los hijos de la herencia, que no en lo que se refiere

a los derechos que se otorgan al cónyuge viudo. Por ello, en las regiones donde predomina el uso de instituir heredero único es donde la distinción suele resultar patente. Mientras se oscurece allí donde predomina en el agro, como en toda Castilla, la idea de matener la igualdad entre todos los hijos. No obstante, el recuerdo de aquella costumbre contraria al Usatje Vidua que excluyó la aplicación del mismo en Barcelona, por entenderlo perjudicial al desarrollo del comercio—cuya derogación después pasó a ser general para todo el Principado desde las Cortes de Perpignán de 1351 por la Constitución Hac nostra—, ha hecho que sostengamos la pregunta concretando sus términos. En casi la totalidad de las respuestas se asegura no haber observado ninguna diferencia al respecto". Aisladamente, sin embargo, se han señalado particularidades y excepciones; así, que la única diferencia... consiste en que cuando los testadores son labradores, como generalmente son propietarios de la casa de labranza donde habitan, señalan para formar parte del pago de la herencia, o legado, ésta misma con preferencia a la que conceden gran importancia y que "los comerciantes e industriales desean que sus herederos y al frente de ellos el viudo, continúen unidos mientras éste viva, y el usufructo de los bienes que constituye la industria o el negocio es la forma que estiman más adecuada a sus intenciones post mortem".

Finalmente, señala Vallet los límites que el Código civil impone a los descos de los testadores, e indica cómo ese espacio resulta poco amplio para el desarrollo que en los matrimonios bien avenidos, cada cónyuge quisiera dar a sus disposiciones testamentarias a favor de su consorte. Ello, no sólo en la Rioja, sino en casi toda la Península desde el Cantábrico hasta el Estrecho de Gibraltar y, también, en el Archipiélago canario". Muestra cómo en cada región o comarca se han buscado soluciones para lograr el cumplimiento de la voluntad del cónyuge premuerto, que se encamina a favorecer a su consorte (que "en muchas Notarías han llegado a concretarse en verdaderas cláusulas de estilo comarcales o locales"), y hace una exposición de las utilizadas fuera de la Rioja: la llamada cautela Socciniana legal (a. 828, 3 C. c.), la cautela Socciniana expresa o una serie de variantes degeneradas de la misma, y la atribución de la legítima en nuda propiedad, valorándola según las reglas que el legislador fiscal ha fijado a efectos de la determinación de su base liquidable para pago de Derechos reales, señalando, con completa indicación bibliográfica, la admisibilidad de cada una o las críticas de que puede ser objeto. Ninguna de estas fórmulas ha arraigado en la Rioja; "aquí se ha preferido seguir un camino más contundente, a la par que más sencillo. Así lo ha refrendado nuestra encuesta, contestada unánimemente en lo que a este extremo se refiere". "Suele dejarse al cónyuge viudo, además de su cuota legal, el tercio íntegro de libre disposición en *pleno dominio*. Pocas veces se le deja el usufructo, y aun entonces, frecuentemente se le agrega la facultad de disponer en caso de necesidad, dejando al exclusivo juicio del usufructuario la apreciación de que exista tal necesidad". Ello es consecuencia del carácter riojano, que "retrata aquí su peculiar generosidad y su visión de la vida práctica y sencilla. En lugar de ofrendar al cónyuge viudo el usufructo universal, amenazando al hijo que no acepte tal disposición con la pérdida de su parte libre, aquí se prefiere seguir un camino contrario. Se lega directamente al cónyuge superviviente el pleno dominio del tercio libre. Con ello, en primer lugar, se le posibilita la disposición intervivos para caso de necesidad, y, además, se le concede

un nuevo resorte para mantener el poder familiar. El cónyuge viudo, como dueño absoluto de bienes que fueron del causante, tiene en sus manos el favorecer con ellos a los hijos que le respeten su total disfrute y perjudicar a quienes se le rebelen. Saben los esposos al testar que, dado el hondo espíritu que aquí se siente en igualar a todos los hijos, ninguno de estos será privado, por su padre o madre viudos, de participación hereditaria alguna, sin que una razón de verdadero peso lo justifique. Y, a la vez también saben que esa posibilidad de hacer diferencias, con el consiguiente aumento de poder paterno que supone, hará que los hijos, casi siempre, respeten y acaten el deseo de su padre o madre viudos, de querer seguir disfrutando y administrando como propio todo el caudal doméstico, incluida la herencia del finado consorte. Y en la práctica así se respeta siempre”.

Significa esta encuesta un plausible y logrado intento de ir desvelando el orden jurídico patrio, lo que adquiere la mayor importancia en relación al tema propuesto en el que está el orden llamado a convertirse en ordenamiento, pues si bien la transformación sufrida por el Derecho común o de Castilla—en un intento de acercamiento a las legislaciones forales—como reforma significó mucho en el aspecto examinado, como solución no puede ciertamente recibir completa alabanza. Pero no es sólo este servicio lo que presta valor a la obra realizada: no es solamente una inestimable ayuda en orden a la solución de un caso concreto; significa también uno de los caminos a seguir para que la creación de un Derecho auténticamente español no constituya una utopía de nuestros mejores juristas; una afirmación del carácter nacional del Derecho, que se impone en el momento histórico y al que en vano intentaríamos hurtarnos; una aportación en orden a la unidad de nuestro Derecho civil cuya conveniencia nadie, de buena fe, puede dudar. Es de desear que este tipo de encuestas se generalice; servirán de guía al legislador futuro, porque, entre el amplísimo campo de posibilidades que el Derecho natural permite al positivo, la solución que mejor se adopte al pensamiento del pueblo es, sin duda, la que una prudente política jurídica ha de escoger, con objeto de proporcionar firme base de validez al Derecho. Sería miope, sin embargo, circunscribir la importancia de esta labor a una cuestión de política jurídica; es la misma política de Derecho la que impone la adaptación de un Ordenamiento jurídico a la costumbre de la Patria, porque ello constituye—y conviene insistir en este punto—uno de los presupuestos de su legitimidad, como ya Santo Tomás ha señalado (S. Th. 1.^a 2.^a, qu. 95, a. 3) y no meramente una conveniencia del legislador. Señalemos, a este respecto, que todas las precauciones son pocas tratándose de la regulación del frágil organismo familiar, en la que ha de lograrse a toda costa superar la tergiversación, por desgracia tan frecuente, del orden de valores que el matrimonio entreaña, e indiquemos también que el camino tan felizmente iniciado por esta encuesta, que no dudamos ha de tener seguidores, pudiera ser uno de los más seguros para la preparación de la reforma de nuestro Derecho de sucesiones, inspirado en un criterio harto materialista, hasta el punto de que casi exclusivamente en el Derecho penal—debido a la escasa profundidad de sus reformas—, aletan todavía algunas consecuencias de una concepción más adecuada de sus instituciones.

El I Congreso Nacional de Derecho Procesal

El Instituto Español de Derecho Procesal, de creación reciente y debida a un grupo entusiasta de procesalistas españoles, ha dado una espléndida muestra de vitalidad, promesa de mayores resultados, organizando el I Congreso Nacional de Derecho Procesal, que se celebró en Madrid en los días 8 al 13 del pasado mes de mayo.

En este Congreso no se trataba de llegar a conclusiones o a sentar bases para una futura reforma de las leyes procesales; los componentes de la Junta Directiva del Instituto, percatados de que dicha labor es—y siempre debe ser—larga, meditada y, sobre todo, con conocimiento general previo de todas las personas a quienes interesa la legislación procesal, limitaron sus miras, en cuanto al referido Congreso, al estudio de cuestiones o puntos de partida que sirvan de base a un posible proyecto de reforma de nuestras Leyes de Enjuiciamiento civil, criminal y orgánica. Es decir, se trataba, sencillamente, de poner de manifiesto el enorme interés que los letrados españoles tienen por las cuestiones procesales, así como la importancia de ser oídos públicamente en materia de las posibles reformas de nuestro Ordenamiento procesal.

Es evidente que este propósito había de bastar para reunir en el marco de las Salas de nuestro Tribunal Supremo a gran número de letrados, provenientes de las más diversas ramas de la especialización (Abogacía, Judicatura, Fiscalía, Cátedra, etc.); así ocurrió.

A efectos del funcionamiento, dada la amplitud de los temas a debatir, el Congreso se organizó sobre la base de su división en tres secciones: de Proceso civil, de Proceso penal y de Organización de Tribunales, presididas, respectivamente, por D. Manuel de la Plaza, D. Ildefonso Alamillo y D. Francisco Ruiz Jarabo, si bien una dolencia de este último obligó a actuar al Vicepresidente, señor D. Antonio Reol.

Inaugurado el Congreso, dieron comienzo las sesiones de las Comisiones: habían sido designados por la Junta Directiva del Instituto diversos informadores para los múltiples temas propuestos y repartidas entre los congresistas las conclusiones provisorias de los trabajos llevados a efecto por aquéllos.

En la Comisión de Proceso civil, informaron el primer día (lunes 8) los señores Fairén Guillén y Rodríguez Solano, sobre el tema "El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites", y el Sr. Leyva, sobre "La intervención del Ministerio público en el proceso civil"; el segundo día se debatió sobre los temas "La oralidad y la escritura en el proceso civil" (informador, Sr. Prieto Castro) y "El problema de la instancia única y de la doble instancia" (informador, Sr. Cortés García); el día 10 informaron los Sres. Plaza y Gaspar, sobre el tema "La casación. ¿Casación o instancia? Los recursos análogos a la casación. Ventajas e inconvenientes", y el Sr. Rodríguez Vaicarce, sobre "El procedimiento ordinario y los procedimientos especiales: límites en que deben contenerse las especialidades de procedimiento".

En la Comisión de Proceso penal, el día 8 informaron los Sres. Viada ("Reforma de la fase instructora en el proceso penal: potestad del Juez para sentenciar") y Gasque Pérez-Aznar ("Regulación del procedimiento adecuado al su-

puesto anterior"). El día 9, los Sres. De Miguel Garcilópez ("Actuación del Fiscal en el proceso penal") y Gómez Orbaneja ("Reforma del régimen de la querrela particular"), y el día 10, los Sres. Viada ("Reforma de la situación del sujeto pasivo del proceso penal") y Gómez Orbaneja ("La acción civil en el proceso penal").

En la Comisión de organización de Tribunales, el día 8 se debatió sobre "Profesionalización de la Justicia" (informadores, Sres. Aragonesez Alonso y Reol Suárez) y sobre "Garantías del órgano jurisdiccional" (informador, señor Menéndez Pidal). El día 9, sobre "El problema de la unificación o separación de las carreras Judicial y Fiscal" (informador, Sr. Reol Suárez) y el día 10, sobre "Organización del Secretariado y personal auxiliar de la Administración de Justicia" (informador, Sr. Comellas Salmerón) y "Garantías frente al órgano jurisdiccional" (informadores, Sres. Aragonesez y Reol).

Las sesiones se celebraron bajo el principio de libertad de discusión, de tal modo, que después de los informadores intervinieron numerosos letrados congresistas, para manifestarse a favor o en contra de sus informes, o bien para apuntar ideas de interés no tratadas por aquéllos. Muestra de lo que se trataba de conseguir en el Congreso, esto es, de dar una salida pública y verbal al interés que los letrados españoles, cualquiera que sea su especialización, sienten por las materias procesales, es que, en ocasiones, incluso los coinformadores estaban en desacuerdo entre sí. Esto es, no se trataba de imponer puntos de vista, sino de debatirlos. De aquí que las sesiones se caracterizaran por el interés—que en ocasiones llegó a la espectación, dada la calidad de los intervinientes—y por el elevado tono científico de las discusiones.

Estaba previsto y se continúa por el Instituto de Derecho Procesal en la idea de no solamente publicar las actas del Congreso y los trabajos aportados con ocasión del mismo, sino también de abrir las páginas de la *Revista de Derecho Procesal* a las polémicas que en torno a dichas actividades puedan suscitarse, ya que la escasez de tiempo disponible y la extensión e interés de los temas tratados fué causa de que a veces quedasen en la penumbra, extremos de gran interés. Igualmente es intención del Instituto el tomar como temas para los Coloquios que celebra (y que ya celebró con éxito durante el pasado invierno) los que lo fueron del Congreso, a fin de oír en ellos a todos los letrados que tengan interés y deseen hacerlo; posibles puntos de partida para un segundo Congreso Nacional en el que pudiera llegarse a conclusiones de importancia.

Terminadas con ello las secciones de las Comisiones, el día 12 se celebró una reunión conjunta de las mismas, en la que los presidentes dieron cuenta de los trabajos llevados a cabo. Se clausuró el Congreso el sábado 13, con un discurso del Excmo. Sr. Ministro de Justicia.

Coincidiendo con la celebración del Congreso, tuvieron lugar otras actividades científicas de carácter procesal, ligadas lateralmente con el mismo. Destacó la intervención, en sendas conferencias, de los profesores Carnelutti y Allorio; pronunciaron sus discursos de ingreso en el Instituto de Derecho Procesal los señores Goldschmidt-Alcázar, Rodríguez Soñano, Fairén Guillén y Jiménez Asenjo, y se resolvió un concurso de monografías procesales convocado anteriormente por el Instituto, haciéndose entrega de los premios correspondientes; de todo lo cual se dará por el referido Instituto la necesaria publicidad.

Desde el punto de vista de su organización administrativa, el Congreso fué un éxito de la Comisión organizadora.

F. V. G.

Inauguración de la Escuela Judicial

No podemos silenciar un hecho de gran trascendencia ocurrido en el segundo trimestre de este año: La inauguración de la Escuela Judicial, creada por Ley de 26 de mayo de 1944, dependiente del Ministerio de Justicia e incorporada a la Universidad española.

Asistieron al acto los Ministros de Justicia y Educación Nacional, así como destacadas personalidades de la Magistratura y de la Universidad. Bendijo los nuevos locales el Decano de la Facultad de Derecho, don Eloy Montero, celebrándose a continuación, en el Salón de actos de la Escuela, la ceremonia de apertura, en la que pronunció sentidas palabras el Fiscal del Tribunal Supremo y Director de la Escuela, don Manuel de la Plaza.

Cerró el acto un vibrante discurso del Ministro de Justicia, Excmo. Señor Don Raimundo Fernández Cuesta, quien hizo patente lo mucho que se esperaba de la Escuela, en el sentido de lograr un plantel de futuros jueces españoles que acrecienten, si cabe, el prestigio de la gloriosa Magistratura.

J. H. C.

Plazo para el lanzamiento en los casos de desahucio del art. 157 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

Para los supuestos en que se asigna vivienda a personas por razón del cargo que desempeñan, preceptúa el artículo 157 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que procederá su desahucio "cuando el demandante acredite haber quedado extinguida la relación laboral por virtud de la cual disfrutaba".

No ofrece dudas, por tanto; que el precepto citado quiere que la extinción de la relación laboral determine de modo automático el término del disfrute de la vivienda que por tal motivo se ocupe, era preciso dar el obligado cauce a este precepto. Por ello, el Decreto de 12 de mayo de 1950 (*B. O.* núm. 152 de 1 de junio de 1950), se limita a disponer que el plazo para ejecución de la sentencia que declare haber lugar al desahucio será el de dos meses, que establece el apartado d) de su artículo 170, sin que en ningún caso pueda ampliarse aquél.

J. H. C.

Aclaración del art. 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos

El Decreto de 26 de mayo de 1950 (*B. O.* número 166 de 15 de junio de 1950), se enfrenta con la situación que se crea a los funcionarios de la carrera Diplomática, cuando por razón de su carrera residan en el extranjero, a los efectos de la convivencia regulada por el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1940.

Lo resuelve en base a la equidad, ya que el deber de residencia inherente a su cargo no puede implicar la pérdida de los derechos que concede el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; por otra parte, la interpretación auténtica de que es objeto el artículo 71, se ajusta al artículo 40 del Código civil, y así dispone en su artículo primero: Que "los funcionarios de la Carrera Diplomática que al ser destinados al extranjero, habitasen una vivienda en compañía de sus familiares dentro de los grados a que se refiere el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conservarán los derechos previstos en el mismo para el caso de que falleciese el inquilino titular del contrato".

J. H. C.

B) EXTRANJERAS

El Anteproyecto del profesor Galvao Teles sobre mandato para el futuro Código civil portugués

Los trabajos preparatorios del nuevo Código civil lusitano continúan atrayendo la atención de los juristas del país vecino. En varias ocasiones este ANUARIO se ha referido ya al estado de los mismos, dando cuenta de la tarea codificadora y de los anteproyectos publicados. No hace mucho tiempo tuvimos la ocasión de ofrecer a nuestros lectores un comentario informativo acerca de otros dos capítulos (compraventa y locación) del futuro cuerpo legal, también elaborados por el profesor Galvão Teles, que tiene a su cargo toda la parte de los contratos en especial (1).

Recientemente ha aparecido en una importante revista portuguesa ese nuevo anteproyecto (2), del cual nos proponemos dar una idea de su contenido e innovaciones más importantes.

Ocioso parece advertir que se trata de un simple esbozo, sujeto a ulteriores modificaciones y adaptaciones, cuando en su día sea objeto de discusión en el seno de la respectiva Comisión. Su autor lo brinda a la consideración de los estudiosos, con el fin de que sobre él recaiga una amplia crítica que ayude a forjar el proyecto definitivo.

Consta de seis secciones (I. Disposiciones preliminares; II. Obligaciones del mandatario; III. Obligaciones del mandante; IV. Resolución del contrato; V. Mandato con representación, y VI. Mandato sin representación), con un total de 30 artículos.

En el anteproyecto se define al mandato diciendo que es el contrato por el cual una de las partes se obliga a practicar uno o más actos jurídicos por cuenta de la otra (art. 1.º). Puede ser oneroso o gratuito, presumiéndose tal, a no ser que tenga por objeto actos que el mandatario practique profesionalmente, porque en este caso se presume oneroso (art. 2.º, § 1.º).

Se fija la medida de la retribución atendiendo a la voluntad de las partes, y

(1) Vid. t. II, fasc. IV, págs. 1513 de este ANUARIO.

(2) *Mandato (anteproyecto de un capítulo do futuro Código civil português, en "Boletim do Ministerio de Justiça"*, núm. 16, enero 1931, págs. 38 y ss.

en su defecto, por su orden, a las tarifas profesionales, a los usos o a la decisión del tribunal (art. 2.º, § 2.º).

Es mantenida la distinción clásica entre mandato general, comprensivo únicamente de los actos de administración ordinaria, y mandato especial, que abarca, además de los actos en él referidos, los que son necesarios a su ejecución (artículo 3.º).

Regula el anteproyecto de forma bastante completa, la pluralidad de mandatos, de mandantes y de mandatarios, así como el mandato colectivo (arts. 4.º, 14, 10 y 18). En cuanto a lo primero, se establece que habrá tantos mandatos como personas, salvo que se declare que deban actuar conjuntamente. Para el caso de pluralidad tanto de mandantes como de mandatarios, se sanciona la solidaridad de las obligaciones: de los primeros, en cuanto a la práctica de actos jurídicos de interés común, y de los segundos, cuando resulte el deber de gestionar de forma conjunta. Y la revocación del mandato conferido por varias personas a través de un solo acto y para asunto común, únicamente produce efecto si es realizada por todos los mandantes.

Las obligaciones esenciales del mandatario quedan fijadas así: 1.º Practicar el acto o actos comprendidos en el mandato, según las instrucciones del mandante; 2.º Dar sin demora al mandante todas las informaciones relativas al estado de la gestión, que él pida o tenga interés en conocer; 3.º Comunicarle prontamente la ejecución del mandato, y 5.º Entregar al mandante lo que percibió para o en consecuencia de la ejecución del mandato, si no lo gastó normalmente en esa ejecución (art. 5.º).

Una interesante disposición contiene el artículo 6.º, y es que el mandatario puede dejar de ejecutar el mandato, o apartarse de las instrucciones recibidas, cuando sea razonable suponer que el mandante lo hubiera querido así, si conociere ciertas circunstancias que no sea posible comunicarle a su tiempo.

El artículo 7.º recoge una particular aplicación del principio *qui tacet consentire videtur*, justificada por la celeridad de las transacciones del moderno comercio jurídico: "Comunicada al mandante la ejecución o inejecución del mandato, su silencio por tiempo superior a aquel dentro del cual tendría que pronunciarse, según los usos, o, en la falta de éstos, la naturaleza del asunto, vale como aprobación, aunque el mandatario haya excedido los límites del mandato o no haya respetado las instrucciones del mandante, salvo siempre acuerdo en contrario".

Los intereses a pagar por el mandatario sobre las sumas recibidas del mandante son fijados por el artículo 8.º, y en el 9.º se disciplina todo lo referente al sustituto y auxiliares de mandatario. Disposición acertada que, por establecer un régimen más preciso y desenvuelto que el del actual Código (arts. 1.342-1.343), merece algún comentario.

El mandatario—según el § 1.º del artículo 9.º—sólo puede hacerse sustituir por otro en la ejecución del mandato si el mandante le dió autorización para ello. En la duda, la sustitución no implica *transmisión* del mandato primitivo, sino constitución de un *nuevo* mandato, *en nombre del mandante*, de quien el sustituto queda también siendo mandatario (§ 2.º).

Se admite, pues, la cesión del contrato, no *ex lege*, sino *ex voluntate contractuum*, como ya previene el vigente Código (art. 1.343) para el caso de que el

mandante la autorice (3), y en la duda se da paso a un nuevo contrato de mandato entre el *dominus* y el sustituto. La alternativa parece que excluye la posibilidad de un submandato. Pero como el § 4.º dispone que el mandatario puede servirse de auxiliares en la ejecución del mandato, si otra cosa no resulta de la naturaleza de éste o del contenido del acto o actos a practicar, nada obsta a que el mandatario utilice los servicios de aquéllos a través de contratos derivados (subcontratos de mandato) (4).

La sección tercera está dedicada a las obligaciones del mandante. Estas son: 1.ª Suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato, si no se pactó otra cosa; 2.ª Pagar la retribución que corresponda; 3.ª Reembolsarse los gastos hechos, que él haya razonablemente considerado indispensables, con los intereses legales, desde que fueron efectuados; 4.ª Indemnizarle los perjuicios sufridos como consecuencia del mandato, aunque el mandante haya procedido sin culpa (art. 11).

En la sección IV se agrupan en diferentes subsecciones todos los supuestos de resolución del contrato: revocación, rescisión y caducidad del mandato.

En cuanto a la primera, según el artículo 15, el contrato de mandato puede ser revocado en cualquier momento y por cualquiera de las partes, no obstante acuerdo en contrario o renuncia a ese derecho (§ 1.º). Pero si el mandato fuera también conferido en interés del mandatario o de terceros, no podrá ser revocado por el mandante, salvo diverso acuerdo (§ 2.º). Con recto criterio se limita en este caso la facultad de revocación; era justo, en efecto, salvaguardar los legítimos y contrarios intereses de la otra parte y de los terceros.

En el artículo siguiente se regula la revocación tácita, y en el 17 el deber de indemnizar los perjuicios causados.

Por lo que se refiere a la rescisión, el artículo 19 del anteproyecto establece que, existiendo una justa causa, cualquiera de los interesados puede rescindir el contrato de mandato, sin obligación de indemnizar, no obstante estipulación en contrario.

Por último, de acuerdo con el artículo 20, el mandato caduca a consecuencia de la muerte o incapacidad superviniente del mandato o del mandatario.

En armonía con el artículo 21, aquellas circunstancias, cuando afectan al mandante, no hacen caducar el mandato, siempre que éste haya sido conferido también en interés del mandatario o de terceros; en los otros casos, la caducidad se produce a partir del momento en que la muerte o incapacidad sea conocida por el mandatario, y deje de haber peligro en la demora de la ejecución del mandato, si la misma ejecución ya comenzó.

Como se ve, este precepto consagra una especie de prórroga legal del mandato, que debería considerarse extinto en virtud del principio general del artículo 20. De esta forma, no hay lugar para el supuesto de mandatario aparente originado por la gestión continuada de los negocios, ignorando el fin del mandato.

El último artículo de la subsección se ocupa de la caducidad por muerte o incapacidad del mandatario.

(3) Cfr. GALVAO TELES: *Cessão do contrato*, en "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa", vol. VI, 1949, págs. 167-168.

(4) Vid MESSINEO: *Dottrina Generale del contratto*, 3.ª ed., Milán, 1948, págs. 427 y ss.; BACCIGALUPI: *Appunti per una teoria del subcontratto*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1943, I, págs. 181 y ss., y autores allí citados.

El anteproyecto acaba con dos secciones, dedicada una al mandato con representación (sección V), y otra al mandato sin representación (sección VI). Así se pretende incorporar al futuro Código una de las más brillantes conquistas, definitivamente logradas para la ciencia del derecho por la pandectística alemana de la segunda mitad del pasado sig.o. El actual Código civil portugués, como el napoleónico, el italiano de 1865 y el nuestro, contiene totalmente el mandato con la representación voluntaria (arts. 1.318 y sigs.).

La distinción aparece claramente en los artículos 24 y 25, ocupándose el primero del *mandatario con poderes de representación*, y el segundo del *mandatario que obra en propio nombre* (mandatario sin poder).

“Si el mandatario fuera representante, por haber recibido poderes para actuar en nombre del mandante, se aplican también las disposiciones de los artículos... (referentes a la representación)” (art. 24, § 1.º).

Por tanto, no sólo se distingue entre mandato con o sin poder, sino que también, se separa a la representación del mandato indisolublemente ligados hasta ahora en las viejas codificaciones del 800, por considerar el mandato como la única fuente o fundamento necesario de la representación voluntaria (5).

“El mandatario a quien hayan sido conferidos dichos poderes—dispone el párrafo segundo del mismo artículo—tiene la obligación de actuar, no sólo por cuenta, sino también en nombre del mandante, salvo si otra cosa fué estipulada.”

La sección V acaba con un precepto (art. 25.º) sobre revocación o renuncia de la procuración, que, según el mismo, implica revocación del contrato de mandato.

El mandato sin representación se encuentra ampliamente reglamentado en la última sección del capítulo. Según el artículo 26, si el mandatario actúa en propio nombre, adquiere los derechos y asume las obligaciones correspondientes a los actos que celebra, aunque el mandato sea conocido por los terceros que también participan en aquellos actos o son sus destinatarios.

En lo que afecta a los derechos adquiridos en ejecución del mandato, el artículo 27 preceptúa: 1.º El mandatario está obligado a transmitir al mandante los derechos adquiridos en ejecución del contrato: 2.º Tratándose de la propiedad de cosas no sujetas a registro, la entrega judicial de las mismas producirá el efecto de su transmisión: 3.º En cuanto a los créditos, el mandante goza de acción subrogatoria directa.

Los tres últimos artículos del capítulo se refieren a las obligaciones contraídas en ejecución del mandato, responsabilidad por las obligaciones de los terceros y acreedores del mandatario.

El anteproyecto sobre el contrato de mandato del profesor Galvão Teles presenta las mismas características que el anterior sobre venta y locación: técnico no muy exagerado, lenguaje sobrio y preciso... y, sobre todo, el haber sabido recoger con buen criterio las soluciones más justas y acertadas.

Juan B. JORDANO BAREA

(5) Vid. FERPER CORREIA: *A procuração na teoria de representação voluntária*, en “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, vol. XXIV, 1948, fascículo II, págs. 258-260.

II. SENTENCIAS DE INSTANCIA

Retracto arrendaticio

SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1949

CONSIDERANDO: Que, en la vigente legislación española, la declaración de rebeldía no implica conformidad con las pretensiones de la parte contraria (sentencias de 28 de mayo de 1914, 18 de mayo y 26 de julio de 1946), ni siquiera autoriza para tener por confesados los hechos establecidos por el actor, sobre quien sigue pesando la carga de probarlos, de conformidad con las normas de carácter general que regulan la distribución del "onus probandi" entre los litigantes (sentencias de 27 de noviembre de 1897, 4 de mayo de 1909 y 18 de noviembre de 1927).

CONSIDERANDO: Que por lo mismo, en el caso de que se trata, es preciso determinar si concurren los supuestos fácticos en que se genera el retracto arrendaticio rústico, y aparecen cumplidos los requisitos a que su viabilidad viene condicionada.

CONSIDERANDO: Que dicho retracto legal, instaurado en nuestro vigente Derecho por el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, según resulta del tenor literal del precepto aludido, y se hace notar, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Social de 26 de noviembre de 1944, "se origina sin duda de la conjunción de dos hechos: el arrendamiento de fincas y su transmisión onerosa".

CONSIDERANDO: Que la condición de arrendatarios de los accionantes respecto de las fincas que cada uno retrae, resulta acreditada por las declaraciones de los testigos que depusieron sobre el contenido de las preguntas segunda, tercera y cuarta del interrogatorio, y en cuanto a M. C. G., con relación a las que se comprenden bajo las partidas 1.ª a 18 del hecho primero de la demanda, aparece además reconocida en el juicio de desahucio que contra él, y por el apoderado del demandado, se promovió en 26 de marzo de 1945, pues en el hecho segundo de la demanda inicial del mismo se hace constar que las fincas aludidas, en unión de otras varias, "fueron adquiridas por don J. I. F., a medio de compraventa consignada en documento público, de fecha 21 de julio de 1942, en ocasión de que las disfrutaba y llevaba en arrendamiento el aquí demandado (o sea el M. C., actor en la presente litis), pagando la renta anual de 250 pesetas".

CONSIDERANDO: Que la transmisión onerosa de los predios arrendados, asimismo se desprende inequívoca de las actuaciones, y, más concretamente de la escritura pública de compraventa, testimoniada en las diligencias preliminares unidas en cuerda floja, otorgada entre don M. C. I. y don J. I. F., el 21 de julio de 1942, en la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires, ante el escribano don A. B. A., en relación con las declaraciones testimoniales relativas al particular a que se contrae la pregunta quinta, que concretan las fincas transmitidas en virtud del contrato de referencia, las cuales no se detallan en éste; siendo de advertir que, el propio demandado, en la querrela criminal que

formuló contra R. S. C. y F. C. V., admite haber adquirido las fincas retraídas por éstos a medio del aludido contrato de compraventa, e igual admisión se hace por su apoderado, en el juicio de desahucio a que se alude en el anterior Considerando, respecto a las que se retraen por M. C., salvo las que son objeto de las partidas 19 a 21, ambas inclusive, ya que las mismas no se comprendieron en dicho juicio.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, y toda vez que ninguno de los retrayentes es propietario de las de cien hectáreas en secano o diez en regadío en el territorio nacional (respuestas a la pregunta sexta), hay que convenir que, al efectuarse la transmisión onerosa de las fincas cuestionadas se produjo para ellos la posibilidad de retraerlas mediante el ejercicio de la acción adecuada y cumplimiento de los requisitos legales.

CONSIDERANDO: Que, cual se expresa en la sentencia de 18 de noviembre de 1946, el legislador, al regular el retracto arrendaticio rústico..., "quiso armonizar el bien social a que atiende... con la garantía de que esta institución no pudiera convertirse en amenaza pendiente durante tiempo indefinido contra la subsistencia de actos traslativos de dominio y sus posibles derivaciones originarias de derecho de tercero" (en igual sentido, las sentencias de 19 de enero y 19 de febrero de 1948, también de la Sala de lo Social), estableciendo con tal finalidad un lapso de temporaneidad para la utilización del derecho de retracto por su titular, que no es procesal, sino de caducidad, de suerte que afecta y condiciona sustantivamente la vida misma del derecho (sentencia citada de 18 de noviembre de 1946), y que inicialmente fué de un mes, siendo ampliado a tres por la reciente Ley de 17 de julio de 1949, de aplicación al retracto litigioso, en virtud de lo dispuesto en la segunda de sus disposiciones transitorias, en cuya Ley, que dió una nueva redacción a los artículos 16 y 17 de la de 15 de marzo de 1936, se fija como raíz del cómputo del plazo para retraer, en primer término, el hecho de la notificación del contrato traslativo que el adquirente está obligado a hacer al arrendatario, y sólo en su defecto la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

CONSIDERANDO: Que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, principalmente a través de las sentencias de 13 de mayo de 1940, 12 de mayo y 2 de diciembre de 1941, 29 de abril, 11 de mayo y 10 de diciembre de 1923 y 21 de noviembre de 1945, ha puesto de relieve la necesidad absoluta de que si el comprador se escuda ante el retracto que se pretende, pese a su incumplimiento de la obligación de notificar, en la caducidad del derecho tomando como punto de partida para computar el plazo al efecto fijado el conocimiento de la transmisión por el retrayente, "*haya de resultar demostrado patentemente que se tenía cierto, cumplido y bastante para la noticia de todas las condiciones del contrato*", de suerte que permita al arrendatario formar juicio completo sobre la venta efectuada, a fin de resolver si le conviene o no utilizar su derecho, pues es el único medio de que quien adquiere la finca arrendada se vea constreñido a cumplir su taxativo deber de notificar impuesto en beneficio del arrendatario, y también de que no valgan habilidades o desidias para evadirla, y de que el incumplidor de tan terminante obligación en ningún caso pueda resultar favorecido por su acto contra "legem", superándose en la raíz del cómputo que implica en conocimiento por cualquier medio, que tiende a que se conserve el derecho a retraer, y no debe producir el

efecto contrario, o sea, que se pierda, salvo en circunstancias particulares y constancia de una realidad inludable que suponga abuso contrario.

CONSIDERANDO: Que la doctrina recogida en el anterior Considerando es de evidente aplicación al supuesto que se examina, pues no sólo el demandado omitió verificar la notificación del contrato adquisitivo a los arrendatarios, sino que existen motivos fundados para suponer que les ocultó los términos concretos en que había adquirido las fincas y cuyo conocimiento era indispensable para que aquéllos pudieran decidir si convenía a sus intereses ejercitar el derecho de retracto, por lo menos con relación al M. C., a quien se negó a exhibir el título de adquisición en el acto conciliatorio a que con tal finalidad le llamó, según así se hace notar en el segundo de los Considerandos de la sentencia que puso término al juicio de desahucio de que se deja hecha mención, siendo también en extremo significativo a este respecto el hecho de que a la demanda rectora del mismo no se hubiese acompañado el título de propiedad, limitándose a decir el accionante que las fincas de cuyo desahucio se trataba, las había adquirido en unión de otras varias, "a medio de compraventa, consignada en documento público, de fecha 21 de julio de 1942", sin hacer, por consiguiente, mención del lugar de otorgamiento, funcionario autorizante, precio ni siquiera objeto contractual ya que no detalla cuáles fueron las otras fincas adquiridas en virtud del título invocado por lo que es incuestionable que el conocimiento de la transmisión que por ello pudiera tener dicho retrayente no fué lo cabal, completo de detalles y exacto que la jurisprudencia requiere para que pueda servir de raíz del plazo condicionador de la subsistencia del derecho a retraer.

CONSIDERANDO: Que, por ello, y puesto que los accionantes niegan haber tenido, hasta el 15 de mayo de 1948, conocimiento bastante de las condiciones del contrato de compraventa originador del derecho retrayente, y de los autos nada resulta en contrario, ha de tomarse como punto de partida para el cómputo del plazo de caducidad señalado en el artículo 16 de la Ley vigente, el día en que aquéllos afirman haber adquirido tal conocimiento, por lo que, evidentemente, la acción de retracto subsistía cuando la demanda se formuló o sea, el 7 de junio del mismo año de 1948.

CONSIDERANDO: Que, aun cuando la legislación especial no impone al arrendatario que pretenda retraer la obligación de iniciar su demanda con la consignación del precio si es conocido, o si no fuere, de dar fianza de consignarlo luego que lo sea, tal obligación es evidente, según proclaman, entre otras, las sentencias de 10 de diciembre de 1940, 25 de mayo de 1943, 31 de marzo y 24 de noviembre de 1944, porque: 1.º) Lo exige la propia naturaleza del derecho de retracto, que si otorga subrogación adquisitiva no es a título de promesas o expectación de cumplir los pactos contractuales en que se suceda, sino de realidad de tal cumplimiento por quien exige que otro se avenga a cumplir; 2.º) El artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos estatuye un tipo de retracto legal cuyo contenido, por afectar a relaciones de derecho privado, no puede sustraerse a las condiciones genéricas de esta institución en cuanto no se hallen expresamente modificadas, y no lo han sido las reglas sustantivas ni las procesales que ordenan la consignación como uno de los elementos de aquélla, ni se advierte pugna alguna entre la necesidad de la medida y los móviles y tendencia de este nuevo retracto; 3.º) La cita concreta en dicho artículo 16 del 1.518

del Código civil, al que se refiere sin la más leve alteración, y en el cual se condiciona el uso del derecho de retracto por el reembolso del precio, supone la del precepto número 2 del 1.618 de la Ley procesal, que en este particular se armoniza y completa con aquéi, como de ello dan fe las sentencias de 31 de octubre de 1897, 16 de octubre de 1905 y 7 de noviembre de 1925, por cuanto persigue la seguridad de tal reembolso.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con la doctrina expuesta, los retrayentes prestaron fianza, que les fué admitida, de consignar el precio correspondiente a las fincas retraídas, una vez determinado; aunque es de advertir que, en el supuesto de autos, el incumplimiento de dicho requisito no obstaría al éxito de la acción que se agita, toda vez que, según el criterio sentado en la citada sentencia de la Sala de lo Social de 25 de mayo de 1943, el defecto que supone la falta de consignación o afianzamiento, en su caso, debe ser *excepcionado*, pues tal garantía se encuentra fuera del ámbito del concepto de *orden público*, en nombre del cual le es dable a la autoridad judicial poner veto al éxito de la demanda, saltando sobre el principio dispositivo básico en nuestro enjuiciamiento, por tratarse de una medida procesal con el único objetivo de *intereses puramente privados*, de asegurar el demandado el reembolso del precio que hubiese satisfecho.

CONSIDERANDO: Que los accionantes, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17 de la repetida Ley de 15 de marzo de 1883, han asumido el compromiso de no arrendar ni enajenar las fincas retraídas hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición de las mismas.

CONSIDERANDO: Que ni la circunstancia de haberse vendido varias fincas en un solo acto, ni la de haberse concertado la venta por un solo precio, se oponen al retracto de cualquiera de las fincas vendidas, respecto de las cuales sea procedente, con sujeción a las disposiciones en vigor, porque equivaliendo el contrato en tales circunstancias celebrado o la venta de tantas cuantas fincas se enajenen, puede el retrayente subrogarse, cual previene el artículo 1.521 de la Ley sustantiva, en el lugar del primer adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, incluso en cuanto al precio, una vez determinada la parte del mismo que corresponda a las fincas retraídas, y porque, de lo contrario, el derecho de retracto, a pesar de haberse establecido en interés social, quedaría a merced de confabulaciones dolosas que la ley no ampara (sentencias de la Sala de lo Social de 25 de junio de 1948, cuya doctrina reitera la establecida en las de 26 de noviembre de 1895, 13 de abril de 1896 y 12 de enero de 1904, entre otras muchas).

CONSIDERANDO: Que tampoco es óbice el éxito de la acción de retracto el que, por haberse fijado el precio de la venta en moneda extranjera, y habida cuenta las disposiciones prohibitivas sobre el particular, no puede verificarse el reembolso en la misma moneda, pues en tal evento procede hacerlo en la de curso legal en España, según el precio de cotización oficial en la fecha de conclusión del contrato, como así se desprende de la sentencia de 19 de noviembre de 1948, también de la repetida Sala de lo Social.

CONSIDERANDO: Que no ha lugar a hacer especial condena de costas.

III. NOTAS CRITICAS

La responsabilidad civil del médico en Francia

El profesor Savatier, de la Facultad de Poitiers, pronunció no ha mucho tres conferencias (1) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lovaina, que recogen interesantes aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en Francia. En la primera de esas conferencias se aborda lo que el autor llama el "humanismo médico". Le preocupa el movimiento social y jurídico, subyacente a la responsabilidad civil del médico. Pone de actualidad ese aspecto de la responsabilidad una doble revolución, biológica y jurídica. Revolución biológica, porque el papel del médico ha cambiado extraordinariamente de un siglo a esta parte. Y revolución jurídica, dice, porque la responsabilidad civil, a la que el *Code* sólo consagraba unos pocos artículos, es hoy la materia más viva de todo el Derecho civil. El hombre de nuestros días cree que no debe sufrir la fatalidad. Cuando experimenta un perjuicio, tiende a identificarlo con una injusticia; y para ésta busca un responsable, alguien que quede obligado, frente a él, a una reparación. Este sentimiento se ha generalizado tanto, que aquellos escasos preceptos del Código francés concernientes a la responsabilidad han sido una inmensa cantera con la que se ha construido un gran edificio jurisprudencial: Esta tendencia general, juntamente con la mayor autoridad científica en los médicos, pone de actualidad el tema de su responsabilidad civil.

La materia es difícil: evidentemente, la responsabilidad de un médico no debe apreciarse como la del conductor de un automóvil. Hay todo un mundo entre ambos. El automovilista debe obedecer las órdenes del agente que regula el tráfico, y por otra parte, las prescripciones del Código de circulación están al alcance de cualquier profano. El médico, en cambio, ejerce una profesión reservada; doblemente reservada por su carácter científico y por esa especie de sacerdocio humano que lleva consigo. De aquí una doble dificultad para juzgar la responsabilidad civil del médico; dificultad que tuvo presente el Tribunal francés de casación en sentencia de 18 de octubre de 1937, al establecer el siguiente principio fundamental: "El médico no responde, fuera de la negligencia o imprudencia que todo hombre puede cometer, sino cuando, habida consideración del estado de la ciencia, o de las reglas consagradas por la práctica de su arte, la imprudencia, la inatención o la negligencia que se le impute, revele un desconocimiento seguro, palpable ("*méconnaissance certaine*") de sus deberes". Esta fórmula implica una distinción importante.

En una primera especie de responsabilidad, el médico es considerado simple-

(1) Recogidas en la obra *La responsabilité médicale*. P. Lethielleux, éditeur. Paris. 1948, 85 págs. Esta obra, junto con otras suyas, nos la envió amablemente el profesor SAVATIER.

mente en cuanto hombre, de manera que respecto de ella los Tribunales pueden apreciarla sin recurrir a la técnica. En cambio tratándose de aspectos técnicos, los Tribunales se niegan a hacer, necesariamente, una fuente de responsabilidad de cualquier imprudencia, inatención o negligencia imputable a un médico. La primera especie de responsabilidad entra de lleno en el que Savatier denomina "humanismo médico", designación que prefiere a la corriente palabra "deontológica", cuyo valor—dice—parece exclusivamente técnico.

Advierte cómo la especialización, que va haciendo desaparecer esa venerable figura del médico "de familia" o "de cabecera", no ha hecho disminuir, sin embargo, el poder del médico sobre el enfermo. Al contrario, ese poder crece sin cesar, sobre todo en tres dominios o ámbitos: el reino de los anestésicos, la medicina psíquica y la inseminación artificial. Sobre la problemática de esas bases de partida va examinando Savatier la necesidad de mantener en el contrato médico el respeto a la igualdad humana, la siempre tan difícil cuestión del derecho del enfermo a la verdad, y el respeto a su libertad, al orden público y a las buenas costumbres en el contrato médico.

Uno de los problemas de mayor importancia actual es el de la inseminación artificial. Los *Cahiers Lænnec*, la mejor revista francesa y católica de Deontología jurídica, publicaron en 1947 un número completo (2) dedicado a este problema, en el que colaboraron médicos, filósofos, teólogos y juristas. Y en esa publicación fueron los propios médicos, más que los juristas, quienes subrayaron la importancia de la responsabilidad civil en que incurren los profesionales que dirigen la inseminación artificial. Varias páginas se dedican a las que denominan "precauciones de orden jurídico". La situación se estudia en la citada publicación a propósito de Inglaterra, donde la inseminación artificial ha logrado cierta clientela. Preocupa la protección del médico, de la madre, del hijo, de la familia y hasta la protección del "dador". Son muchos los necesitados de amparo. El doctor Palmer, autor del artículo a que se alude (3), se pregunta si alcanzará responsabilidad civil al médico cuando el experimento se vuelva contra la salud o contra la situación familiar de la madre; y cuál será la responsabilidad del médico respecto al marido y a la familia del hijo cuando la adquisición de una herencia se ponga en riesgo por una inseminación artificial; y frente al "dador". ¿no tendrá responsabilidad el médico si la paternidad de aquél le crea dificultades o le impone cargas imprevistas? El doctor Palmer aconseja al médico, en vista de lo anterior, que se prevenga mediante cláusulas de exoneración de responsabilidad. Mas Savatier estima que ese proceder—tan discutible—no sería admitido por la jurisprudencia francesa, hostil a las cláusulas de irresponsabilidad. Especialmente en Medicina por su relación con el cuerpo y el alma del hombre, se hace notoriamente inadmisibles pactar la irresponsabilidad.

La inseminación artificial es un claro exponente—añade Savatier—de los riesgos que implica la soberanía de la ciencia sobre el hombre, de la deshumanización de la humanidad. Toda nuestra construcción del orden humano en relación con la vida se fundamenta en el matrimonio, donación libre, recíproca e irrevocable de dos seres humanos. Y cualquier acto que atenta el derecho matrimonial

(2) Reeditado luego, formando un volumen, *L'insemination artificielle*. P. Lethieulleux, Editeur, París, 1947.

(3) En la ob. cit. *L'insemination artificielle*, págs. 21 y ss.

es incompatible con los deberes del médico, sometiéndole a una indiscutible responsabilidad (4).

La segunda conferencia—tal vez la más interesante, desde el punto de vista jurídico—trata de la relación entre la técnica y la responsabilidad civil del médico. Comenzando por señalar los límites de la apreciación del juez en el aspecto técnico, se examina sucesivamente la responsabilidad del médico en la profilaxis, en el diagnóstico y en el tratamiento; así como la responsabilidad del cirujano y de los especialistas que colaboran a la función médica (analistas, radiólogos, etcétera), para terminar en la cuestión fundamental de la prueba de la responsabilidad del médico. La tercera conferencia, bajo el título “La doble responsabilidad del médico al servicio del enfermo y al servicio de la sociedad”, se ocupa de temas de la máxima actualidad: ejemplo: la responsabilidad de los médicos que colaboran en servicios públicos o empresas particulares (médicos del Registro civil, certificaciones de defunción, médicos de compañías aseguradoras, de dispensarios, igualatorios, etc.).

Se caracterizan las tres disertaciones del profesor Savatier por estar firmemente apoyadas en abundante jurisprudencia, y sabido es el interés de la doctrina de los Tribunales franceses en punto a responsabilidad civil. Por ello, a título informativo, y porque, en cambio, nuestra jurisprudencia es casi nula respecto a responsabilidad *civil* médica (5)—tal vez porque en esto no nos alcanzó aún la “fiebre de la responsabilidad” (6)—, merece la pena recoger algunas sentencias francesas:

1) Un médico en un caso—al parecer fortuito—de fractura de pierna, diagnosticó cáncer óseo: pero no se atrevió a comunicárselo al paciente. Y como estimara preciso cortar la pierna, así lo hizo. Sólo el posterior examen histológico del miembro amputado demostró la inexistencia del cáncer; se trataba simplemente de una fractura retardada, consecuencia de un reblandecimiento óseo. La *Court d'Angers* no reprochó al facultativo la falta de técnica de creer equivocadamente que se trataba de un cáncer, pues estimó que el *error de diagnóstico*, cuando se explica por las circunstancias del caso, no implica responsabilidad para el médico. Pero consideró responsable a éste por no advertir al enfermo las razones por las que creyó necesaria la operación y por ocultarle su diagnóstico, contentándose con el consentimiento de la mujer del paciente, la cual no estaba facultada para disponer de la integridad corporal de aquél (*Angers*, 4 de marzo de 1947. *Jurisclasseurs periodique*, 1947, 2. 3525).

(4) No parece necesario recordar que la inseminación artificial pugna abiertamente con la doctrina de la Iglesia católica. Vid. al respecto el discurso de S. S. Pío XII al IV Congreso Internacional de Médicos Católicos (29 septiembre 1949), en el que el Pontífice condena semejante aberración en las dos variantes que los ingleses llaman *artificial insemination bi donors* y *artificial insemination by parents*.

(5) BENZO: *La responsabilidad profesional del médico*, Madrid, 1944, expone detalladamente (págs. 641-689) un caso en el que se pretendió exigir responsabilidad *criminal* a un tocólogo español por el supuesto delito de homicidio por imprudencia, consecuencia de un tratamiento por salvarsán. Después de pruebas sumariales muy minuciosas, se llegó a dictar auto de procesamiento; pero la Audiencia Provincial lo dejó sin efecto (no sin que hubiera opiniones opuestas entre los miembros de la Sala), por entender que se trataba de cuestión puramente científica.

(6) Vid. las consideraciones que expone el Dr. MARAÑÓN en su prólogo a la obra citada de BENZO.

2) Antes de cualquier tratamiento y, sobre todo, antes de cualquier operación quirúrgica, el enfermo debe prestar su consentimiento de manera libre y clara (París, 12 marzo 1931, *Dalloz*, 1931, 2, 141; Req. 28 enero 1942, *Dalloz crit.*, 1942, 63). Sin duda, este criterio no es admisible sin excepciones.

3) Otra muestra del derecho del enfermo a conocer la verdad: En un gran hospital de París, los alumnos internos estudiaban la arteritis y su tratamiento interesándose en especial por un método a base de ciertas inyecciones en las arterias enfermas. Un paciente que frecuentaba el hospital y habra sido curado y examinado allí radioscópicamente, conservando una ligera cojera, recibió un día una carta del director del servicio médico, rogándole que volviera al hospital para un nuevo examen. Una vez en el hospital, se le inyectó una sustancia cuyos efectos se suponían, más no se conocían con certeza. Y el resultado fué que de simp'le cojo que era, quedó en inválido completo, pues hubo que cortarle una pierna. La carta que había recibido le permitió incluso ante el Tribunal de Casación, exigir responsabilidad al investigador médico que—sin duda alguna, desinteresadamente—cometió la falta de no comunicarle el riesgo que corría (Tribunal del Sena, 16 mayo 1935, *Dalloz*, 1936, 2, 9; y Req. 28 enero 1942, antes cit.).

4) En el curso de una operación, cuando el cirujano descubre en el paciente, dormido por la anestesia, un mal que reclama una intervención inmediata porque es peligroso esperar, podrá tomar unilateralmente la decisión que estime oportuna (París, 20 febrero 1946, *Jurisclasseurs périodique*, 1946, 2, 3075). Pero es preciso que se trate de un peligro palmario, de modo que no pueda dudarse legítimamente de la necesidad del sacrificio impuesto por el cirujano; si el mal descubierto en el paciente no implica peligro inmediato, sino que, inversamente, la nueva operación puede significar un serio ataque a la integridad corporal de aquél, el cirujano debe cerrar la herida y permitir que el enfermo tome la decisión libremente (Donai, 10 julio 1946, *Dalloz*, 1946, 351).

5) Incorre en responsabilidad el médico que sobrepasando los límites tolerables de la mala escritura, incluso en su profesión, llega al extremo de hacer que un farmacéutico lea, normalmente, en la receta de aquél un específico distinto al prescrito (Angers, 11 abril 1946, *Jurisclasseurs périodique*, 1946, 2, 3163).

6) La corrección defectuosa de las pruebas de impronta de un libro de fórmulas, que indicaba las dosis de medicamentos tóxicos, hace responsable al médico, autor del libro, frente a las víctimas de esas fórmulas erróneas (Sena, 13 abril 1911, *Gazette des Tribunaux*, 25 octubre 1911).

7) Es responsable el cirujano que se desinteresa de los cuidados postoperatorios que precisa el paciente y deja que una enfermera ponga a éste un calentador a tan alta temperatura que le quema las plantas de los pies (Bourges, 2 febrero 1938, *Gazette du Palais*, 1938, 1, 723; París, 27 junio 1943, *Gazette du Palais*, sup. de agosto 1943, p. 119).

8. Cuando una anestesia debe hacerse con novocaína y el cirujano, en lugar de ésta, inyecta al enfermo un líquido formolizado, incurre en responsabilidad (Trib. Seine, 27 junio 1939, *Gaz. du Pal.*, 1940, 1, 61).

9) Hay cierta tendencia en la jurisprudencia francesa a declarar responsable al médico que se abstiene de inyectar el suero antitetánico en caso de herida profunda o infectada (Valenciennes, 26 diciembre 1930, *Sirey*, 1931, 3, 71). Pero prevalece la tesis de que, como la vacuna antitetánica está lejos de ser siempre inofensiva, será preciso, antes de imputar al médico el no haberla aplicado, examinar

si le pareció contraindicada por el estado del paciente o innecesaria en consideración al origen y aspecto de la herida (Montpellier, 1.º febrero 1935, *Sirey*, 1935, 2.143; París, 26 abril 1945, *Dalloz*, 1945, 2.47).

10) El error en el diagnóstico no lleva consigo, necesariamente, responsabilidad (muchas sentencias; ej., Angers, 4 marzo 1947, *Dalloz*, 1948, 298). Pero el médico está obligado a saber interpretar y a requerir signos clínicos externos, que puedan evitarle errores graves y frecuentemente irreparables; así, será responsable el médico que, en un caso delicado, se haya contentado con una sola radiografía a cuando el estudio completo del órgano enfermo exigía su examen desde distintos ángulos (Grenoble, 4 noviembre 1946, *Dalloz*, 1947, 79). Y respecto al embarazo, el médico no debe hoy ignorar los métodos fundados en las hormonas, que permiten determinar con seguridad si una mujer está o no encinta; métodos que impiden confundir un embarazo con un quiste o un fibroma, que pudiera impulsar a operar, por lo que el facultativo que no recurra a tales procedimientos, ya clásicos, incurre en responsabilidad (Toulouse, 26 mayo 1939, *Gaz. du Palais*, 1940, 1.61; Req. 22 abril 1943).

11) En los casos del cirujano que olvida en el cuerpo del paciente una compresa o un instrumento quirúrgico, las soluciones de la jurisprudencia varían, según las circunstancias. Se declara la responsabilidad del cirujano que dejó en el cuerpo del enfermo una compresa, si es que la operación se desarrolló normalmente; en cambio, deja de ser responsable de semejante olvido cuando en el curso de la operación se presentan accidentes, dificultades especiales de urgencia que ponen en peligro la seguridad de la operación (París, 16 abril 1934, *Dalloz hebdomadaire*, 1934, 321; Montpellier, 29 mayo 1934, *Dalloz heb.*, 1934, 453). La situación no es igual si lo olvidado, en vez de ser una compresa, es un instrumento quirúrgico; entonces, según los Tribunales, el cirujano es responsable porque debió contar sus instrumentos antes de la operación y recontarlos antes de cerrar el cuerpo del operado (Burdeos, 23 marzo 1939, *Gaz du Palais*, 1939, 1.980).

12) Las radiodermitis que sufra un enfermo con ocasión de un examen radiológico a que le somete el médico, hacen incurrir a éste en responsabilidad (Tribunal del Sena, 18 diciembre 1947, *Dalloz*, 1948, 107). Y en las transfusiones de sangre, responde el especialista que la preparó, cuando no fué debidamente controlada y, en especial, cuando el grupo a que pertenecía la sangre inyectada era incompatible con la sangre del paciente. En este sentido, hay diversas sentencias.

Y todavía se llega a más: París, 25 abril 1945 (*Dalloz*, 1906, 190) exige que el especialista en transfusiones compruebe, mediante la reacción Wassermann, que no se trata de sangre luética, porque aun reconociendo que en la práctica médica anterior no era frecuente tomar esa precaución, el especialista no debe limitarse a seguir las rutinas médicas, sino tomar las iniciativas que exijan los avances de su ciencia, por lo que al no haberlo hecho así el Tribunal de París declaró la responsabilidad.

Andrés DE LA OLIVA
Profesor adjunto de Derecho civil.

BIBLIOGRAFIA

Libros

A. D. DE ANDRADE, Manuel: "Noções elementares do Processo civil".
Universidade de Coimbra.

Esta obra de tan eminente profesor de la Universidad de Coimbra, compendia las lecciones dirigidas al 4.º Curso de Derecho en el curso de 1948-1949. Precedida de una a manera de explicación introductiva del autor, así como de unas palabras de su compilador, se estudia en sus páginas la totalidad del proceso civil portugués.

Sus primeros capítulos integrados en el Título I, versan sobre la parte general del Derecho procesal, su concepto y el de proceso, estudio de sus fuentes positivas así como los problemas surgidos en la interpretación y algunas legales.

En el siguiente Título se clasifican los procesos, delimitándose el ámbito de aplicación de cada uno, partiéndose de las categorías proceso declarativo y proceso ejecutivo. Poseyendo el texto un evidente carácter práctico y docente, admite el autor la distinción de nomenclatura tan discutida como la de proceso contencioso y voluntario. En esta misma parte, con una sistemática que no estimamos acertada, desarrolla el estudio del título ejecutivo.

En las siguientes partes de la obra nos dá una visión del proceso civil portugués, en sus diversas formas. En el Título 3.º trata de las condiciones de la acción y de los presupuestos procesales, así como las consecuencias que su defectuosa observancia o su omisión provocan.

Las distintas formas procesales las expone, primero, con respecto al proceso declarativo ordinario, haciendo, dentro siempre del carácter resumido de su obra, un detenido estudio de las excepciones. De especial interés para nosotros, porque carecemos de ello, es el trámite de saneamiento o condensación, en virtud del cual, el juez puede poner término al proceso, debido a ciertos defectos de forma o de fondo considerados indispensables, o por la conciliación, tendiendo también a realizar política judicial tan eficaz y útil como la de reducir el litigio a las cuestiones, desembarazándolo de las ya decididas o superfluas. El tercer capítulo de este título versa con amplitud del período instrucción, estudiando detenidamente cada clase de pruebas, previa una exposición general de las mismas. Tras el estudio de la sentencia y sus efectos, así como del problema de costas, etc., termina el autor esta parte describiendo las particularidades que presentan los procesos declarativos sumarios y sumarísimos.

Las distinciones del objeto sobre el que recaiga el proceso ejecutivo

(por cuantía cierta, por cosa cierta, por prestaciones de hacer) dan lugar a modalidades, tratando separadamente de cada una de sus clases, e igualmente trata, con separación, de los procesos ejecutivos sumarios y sumarísimos. Las últimas partes del libro son dedicadas a exponer el principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, al estudio detenido de los diversos recursos ordinarios y extraordinarios, concluyendo con una parte final en donde son descritos los diversos principios que han de regir el proceso civil especialmente el declarativo.

Nos hallamos en presencia de una obra en que, de forma resumida y esquemática, se presenta de modo fácil al alumno de Derecho procesal, una completa exposición del sistema procesal portugués. Puede decirse que, a pesar del reducido volumen del libro, su finalidad la llena totalmente, compensándose la limitación del tratado con referencias, por notas al pie de las páginas, a aquellas obras en que más detenidamente son estudiadas esas instituciones que, por la finalidad inmediata del libro, son expuestas muy someramente. Así queda facilitada la tarea para el estudiante que desee ampliar sus conocimientos.

La bibliografía, no extensa, es acertada y siempre eficaz. No hay que perder de vista el carácter elemental de la publicación. Quizás, dado su destino, es por lo que la parte doctrinal carece de una adecuada elaboración que no supondría perjuicio para el derecho positivo. Otro reparo hemos de hacer a la sistemática que, si, en general, estimamos acertada, sin embargo, falla en cuanto a la colocación del título ejecutivo y de los principios procesales, dentro del orden general de materias tratadas. Salvo estas ligeras objeciones, sólo elogios merece esta edición de las lecciones del profesor Andrade.

Carmelo DE DIEGO
Juez de Primera Instancia.

ANDREOLI: "La rendita vitalizia", vol. VIII, tomo III, fascículo IV, del "Trattato di Diritto civile italiano", de Vassalli. Turín, 1949.

El monumental Tratado de Derecho civil que el gran Vassalli dirige, ha venido enriqueciéndose este último año con una serie de nuevos volúmenes escritos por los prestigiosos civilistas italianos, consolidase así el merecido prestigio de que goza esa publicación, posiblemente la más importante y ambiciosa de la dogmática jurídica contemporánea.

El libro que ahora vamos a comentar, dedicado al estudio de la renta vitalicia, es obra de Andreoli. Una vez más el profesor de la Universidad de Siena viene a mostrarnos cuan justificada es la fama de que goza.

Considera el autor que, cualquiera que sea su fuente generatriz, las relaciones de renta vitalicia presentan siempre un substracto unitario: la naturaleza típica de una relación obligatoria de duración determinada, en virtud de la cual el deudor tiene que entregar al acreedor prestaciones periódicas de dinero u otras cosas fungibles mientras dure la "vida contemplada". La contemplación de esa vida suele referirse a la persona del acreedor, pero no hay ningún obstáculo para que se refiera a la del deudor o a la de un extraño.

Dos grandes apartados cabe hacer respecto a las fuentes de origen de la renta: la voluntaria y la legal. En el primero se encuadran las rentas provenientes—o que pueden derivar—de un contrato vitalicio oneroso, de una promesa unilateral, del contrato de seguro sobre la vida, de un contrato a favor de tercero, de las donaciones y testamentos. En el segundo tienen cabida las rentas propiamente “ex lege” y las establecidas por sentencia judicial.

El nuevo Código italiano no incurra en el defecto sistemático del de 1865 que regulaba todas las diferentes figuras de renta dentro del contrato vitalicio, como si éste representase la única fuente. En el Código de 1942, el título de “renta vitalicia” dado al capítulo XIX del título III del libro IV, pone ya de relieve que la relación de renta puede derivar, además del contrato vitalicio oneroso, de otras fuentes no menos importantes; no obstante falta también en el nuevo Código italiano una identificación exhaustiva de las varias fuentes de renta, que sólo es contemplada desde el ángulo del contrato vitalicio oneroso (a cuya disciplina se concede un relieve preponderante, al igual que acontecía en el Código anterior), del contrato a favor de tercero, de las donaciones y los testamentos; falta la referencia a la promesa unilateral, al contrato de seguro sobre la vida, a la Ley y a la sentencia, para acabar de completar el sistema.

Pero si bien varían los presupuestos para la instauración de una renta vitalicia según las peculiaridades de la fuente creadora, una vez constituido y perfeccionado el “vinculum iuris” entre acreedor y deudor de la renta se aplican en todos los casos una serie de principios generales comunes; así todo lo referente al desenvolvimiento, ejecución y extinción. Toda renta presenta siempre, cualquiera que sea su fuente generatriz, la naturaleza de una relación jurídica obligatoria de duración y ejecución periódicas, que se extingue a’ desaparecer la “vida contemplada”.

El autor estudia por separado las diferentes clases de renta atendiendo a su origen. Comienza por tratar la constituida por contrato oneroso, deteniéndose en el contrato vitalicio que es la figura que el Ordenamiento más destaca al regular la renta; se ocupa a seguir de la renta originada por promesa unilateral y por contrato de seguro sobre la vida; se detiene después en la renta establecida a título gratuito, y finalmente en la legal, dentro de la que incluye la constituida por sentencia.

Este estudio particular de cada figura sirve al autor para realizar una reconstrucción unitaria de la figura de la renta.

Las varias fuentes—nos dice—generan relaciones de renta vitalicia que su desenvolvimiento, ejecución y extinción no dejan de presentar ciertas peculiaridades derivadas de la fuente específica de que proceden; pero tales peculiaridades no desvirtúan ni eliminan un sustrato común que permite y justifica reconstruir de modo orgánico y unitario la relación de renta.

Así, cualquiera que sea la fuente de que procede, en toda renta se constituye entre acreedor y deudor una relación que en su estructura, ejecución y extinción, se conduce a un esquema típico unitario. En toda renta hay un acreedor investido del poder de recibir las prestaciones periódicas,

un deudor obligado a entregarlas, y una "vida contemplada" que al extinguirse hace desaparecer la relación de renta.

Toda renta supone una relación obligatoria de duración y ejecución periódica, sea cual sea la fuente que la generó. El objeto de esas prestaciones periódicas está representado generalmente en dinero, si bien caben prestaciones mixtas (parte en dinero y parte en otros bienes fungibles).

También respecto a la ejecución encuéntrase principios comunes en todas las hipótesis de renta; el deudor tiene el deber de satisfacer las prestaciones periódicas a que queda vinculado, hasta que la renta se extinga, sin poder eximirse de ese cumplimiento o pedir que se anticipe el fin de la renta alegando excesiva onerosidad por mutaciones imprevisibles en las condiciones generales del mercado.

Finalmente, respecto a las causas de extinción, se encuentran de igual modo principios comunes a todos los casos de renta. Causa de extinción general, y típica de la renta es el fin de la "vida contemplada"; otra causa extintiva general es la "datio in solutum", cuando el deudor transfiere al acreedor—con consentimiento de éste—una cosa mueble o inmueble o un capital en dinero con el fin de extinguir su derecho de renta; también es causa extintiva general la novación, en cuanto no cabe excluir que el acuerdo de las partes pueda substituir a la originaria relación de renta; y lo mismo acontece con la remisión, confusión, cumplimiento de las condiciones y prescripción.

Este es, en esquema, el contenido del libro de Andreoli. Original y sugestivo como todos los suyos; y del mayor valor dogmático, pues que el autor presenta por primera vez, bien sistematizada, una construcción unitaria que comprende las diferentes figuras de la renta vitalicia.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

COHEN, Albert: "Traité théorique et pratique des Fonds de Commerce".
París, 1948; 2 tomos.

En otra nota nuestra dando noticia de la obra de Savatier sobre las metamorfosis económicas y sociales del Derecho civil de hoy, citábamos unas palabras del ilustre profesor de Poitiers, calificándolas de clarividentes, y que en realidad pudieran servir de portada al Tratado de Cohen sobre el "fonds de commerce": "a la depreciación de los bienes durables, de los bienes en sí independientes del trabajo y de la actividad de sus propietarios, se opone la multiplicación y la valoración de nuevos bienes, de los que el Code, y aun el Derecho civil de antes del siglo XX, no tenía noticia: la empresa mercantil, el despacho profesional, la explotación agraria, la empresa artesana. Este progreso plantea problemas porque el Derecho tradicional se adapta mal a ellos...".

Pues bien, la legislación francesa sobre prenda y venta de empresa mercantil representa un gran esfuerzo para conseguir tal adaptación. La obra de Cohen viene a aumentar el esfuerzo doctrinal por completar tal labor, tratando sistemáticamente y en extenso la miríada de problemas a que da lugar la circulación por la vida jurídica del "fond". La biblio-

grafía francesa sobre la materia es ciertamente abundante desde que en 1898 se reconoció por el legislador la posibilidad de dar en prenda la empresa y, aun antes, desde que el famoso "arret" de 1888 abrió por fin el camino a tal posibilidad. Los problemas prácticos que originó tal admisión primera fueron tan notables que reclamaron la labor de comentario (1). Y es que, como dice Savatier, la adaptación era difícil. Así se tuvo que llegar a la ley de 1909 para afrontar ampliamente el problema, tratando ya no sólo de la prenda, sino de la venta y de la aportación en sociedad que, a pesar de todo, venían practicándose al amparo de la publicidad que proporciona la simple tradición.

Los comentarios a esa ley de 1909, sus complementarias y modificativas son numerosos, pero ninguno ha alcanzado la extensión y riqueza de problemática del de Cohen, que tiene, además, el mérito de ser reciente y recoger, por lo tanto, las modificaciones que siguiendo las circunstancias ha sufrido aquella ley básica de 1909.

No podemos ofrecer ni siquiera un ligero resumen de la extensísima exposición contenida en estos dos tomos, pero sí señalaremos lo útil que resulta para caminar por el complicado sistema de la ley de 1909, que se caracteriza por la multitud de medidas previstas para proteger a los acreedores, a los terceros, al prestamista, al vendedor... El afán de conseguir un equilibrio entre todas estas protecciones ha hecho que la legislación tenga una serie de mecanismos no muy fáciles de comprender para los no habituados a las garantías credituales de tipo francés, a base de privilegios, notificaciones, purgas, renovaciones de inscripción, derechos de preferencia, etc. De ahí, como decimos, el interés de la labor de Cohen, que hace un buen desmenuzamiento de tales cuestiones y además aborda todas las que pueden presentarse en la vida del "fond" al margen de esa legislación. Así trata de la propiedad, posesión, donación, usufructo, partición, ventajerencia—otro tema muy trabajado por la doctrina francesa—, régimen matrimonial, en fin, de todo lo que le puede ocurrir a aquél desde el punto de vista jurídico. Cuando faltan normas especiales que sólo existen en las hipótesis previstas por la ley de 1909 resuelve los problemas con buen sentido, demostrando un gran conocimiento de la vida comercial, sin lo cual la obra perdería gran parte de su interés. Se trata incluso de los intermediarios que intervienen en el tráfico del "fond" a los cuales tuvo que dedicar atención el legislador francés por ciertos motivos, y al final ofrece un formulario de acuerdo con lo que suele ser frecuente en este tipo de obras.

Estas son las cualidades y el contenido del Tratado de Albert Cohen, que en España ha de resultar muy útil para todos los estudiosos del Derecho mercantil y aun del Derecho privado en general, pues aunque se haya abordado alguna vez el tema de los negocios jurídicos sobre la em-

(1) Según Maquier et Pruvost, fueron tales las dificultades prácticas para la aplicación de la reforma de 1898, que los Tribunales de Comercio se negaban, a pesar de todo, a admitir la prenda de empresa. *Des Nantissements constitués sur le fond de commerce*. París, 1885, pág. 12.

presa (3) y se contengan buenas referencias en los Tratados y obras de conjunto, no existe una obra semejante a la que comentamos. Incluso puede ser una buena fuente de información para el legislador que se decida alguna vez a acometer la reglamentación de esta materia, que en algunos aspectos está siendo reclamado por las necesidades del comercio (4).

Alberto BALLARIN
Letrado de la D. G. R. N.

CORREIA, Eduardo: "A conversão dos negócios jurídicos ineficazes".
Coimbra, 1949.

El ilustre profesor de Derecho penal de la Universidad de Coimbra, doctor Eduardo Correia, sale en este trabajo de los límites de su especialidad para demostrar sus profundos conocimientos de la técnica civil, precisamente en uno de los puntos más interesantes y discutidos: la conversión del negocio jurídico.

Comienza el autor advirtiendo que la ineficacia de los negocios jurídicos no siempre es incurable. El remedio que el Ordenamiento proporciona para sanar la ineficacia es la conversión, o sea la transformación—dadas ciertas condiciones—de un negocio ineficaz en otro susceptible de producir—total o parcialmente, del mismo modo o de otro semejante—los efectos jurídicos queridos.

Agrupada Correia en tres apartados las diferentes teorías sobre el fundamento de este instituto.

1) Según Satta, para que sea posible la conversión de un negocio ineficaz en otro válido es preciso que en el negocio primario se pueda captar una voluntad real—expresa o tácita—que sirva de base al negocio secundario.

Esta teoría parte de una concepción individualista que eleva el papel de la voluntad a la categoría de fuente de todo el Derecho, y coloca la voluntad real y psicológica en el centro del negocio jurídico, condicionando los efectos de éste a su adecuación al contenido de aquella voluntad.

Critica Correia esta teoría alegando que si hubiera de existir una voluntad real en la que debiera fundarse la conversión, nos encontraríamos ante este dilema: o la ineficacia del negocio no fué prevista, en cuyo caso no puede hablarse de voluntad real, pues ésta no fué representada y sin representación no hay voluntad, o fué prevista y se dispuso expresa o tácitamente la validez de otro negocio para tal hipótesis, y entonces existirá una manifestación de voluntad en alternativa a la que si llamamos conversión será reconociendo de antemano que tal figura carece en absoluto de autonomía.

(2) Vid. *Los negocios jurídicos sobre la empresa mercantil*, de CALVO ALFAGEME. "Anales de la Academia Matritense del Notariado". Madrid, 1944.

(3) Alguien ha habido ya que se ha presentado en el Registro de la Propiedad pretendiendo inscribir la prenda de empresa en el libro de hipoteca mobiliaria, como prenda sin desplazamiento.

2) Otra corriente, representada por Larenz, Bodda, Pugliati y Raúl Ventura, prescinde del elemento voluntad al fundamentar la conversión. No es la voluntad la que crea los efectos jurídicos del negocio, sino el ordenamiento, el cual determina el criterio a seguir para encuadrar el querer manifestado por las partes en uno de los tipos negociales previstos. Si una manifestación de voluntad no es idónea para quedar incluida en el tipo contractual elegido por las partes, puede acontecer que se declare la nulidad del acto o que se reconozca que esa voluntad es idónea en referencia a otro tipo negocial. En este último supuesto estaremos en presencia de una conversión.

Esta teoría parte de una concepción universalista, dentro de la cual el Ordenamiento es fuente de todos los efectos jurídicos, quedando la voluntad relegada al papel de condición necesaria para que se produzcan los efectos concretos que la Ley impone.

Correia hace notar que esta teoría viene a negar a la voluntad su función modeladora y su papel decisivo en la elección del tipo negocial. Aun cuando los efectos jurídicos deriven de la Ley, para que puedan considerarse ligados a un negocio es necesario que se armonicen con el contenido de la voluntad negocial que se deduce de la voluntad declarada. No existiendo voluntad modeladora del contenido negocial, no puede determinarse el tipo de contrato que las partes celebran ni, por tanto, el conjunto de sus efectos. Dentro de esa doctrina la conversión tendría que ser configurada como posibilidad de que determinado contenido negocial, que las partes no quieren ni incluyen en sus declaraciones, sustituyese a otro que fué querido, pero resulta jurídicamente ineficaz. De esta forma viene a negarse a la voluntad su primordial función modeladora del contenido negocial.

3) Por último, según la moderna dogmática alemana, recogida en el B. C. B., existe en este instituto una ficción basada en una voluntad hipotética, la que las partes hubieran tenido de prever la ineficacia del negocio que celebran. Es ésta la teoría que Correia acepta.

El autor hace constar que la doctrina portuguesa, de acuerdo con el articulado legal, admite que el juez pueda integrar las lagunas del contrato (cuando la reglamentación de esos puntos que constituyen lagunas sea indispensable para dar ejecución al restante contenido esencial de las declaraciones de voluntad), de armonía con la voluntad que razonablemente puede pensarse tendrían las partes si hubiesen previsto esas lagunas.

Por tanto, si el contenido de los negocios, tal y como fué querido, puede integrarse por el juez apoyándose en la voluntad hipotética de las partes, también será posible que basándose en esa voluntad hipotética pueda el intérprete construir un nuevo negocio que sustituya al efectivamente querido cuando éste resulte ineficaz.

No cabe invocar la inestabilidad jurídica y el arbitrio judicial que tal sistema acarrearía, porque esos inconvenientes se presentan en todos los supuestos de integración, sin que ese subjetivismo—controlable por vía de recurso—sea suficiente para impedir al intérprete proceder a integrar las lagunas. Por el contrario, el principio de economía de los efectos ju-

rídicos viene a reforzar la legitimidad de la conversión, concebida de esta manera.

Correia examina una serie de supuestos en los que el Ordenamiento portugués permite que un negocio jurídico se mantenga apoyado en una voluntad hipotética de las partes, o reconoce casos particulares de conversión. Ello le lleva a concluir que en el sistema jurídico portugués el principio general de la conversión encuentra ciertas manifestaciones. Los preceptos legales invocados demuestran que no es extraña al Ordenamiento lusitano la posibilidad de asentar un negocio sobre la voluntad hipotética de las partes. Con ello se elimina el argumento de más peso que puede esgrimirse contra la conversión: el que no pueda considerarse admitida en la Ley. El hecho de que la Ley no la prevea de modo general y expreso, supone sólo una laguna del sistema jurídico que será necesario colmar. Y la buena fe y la economía jurídica exigen que se colme esa laguna, admitiendo así la conversión de un negocio ineficaz en otro válido apoyado en la voluntad hipotética de las partes.

Cuando ante la imposibilidad de conseguir los efectos del negocio perseguido en vía primaria se procura investigar si las partes (de haber previsto la ineficacia) hubieran querido otro negocio que atenuada o aproximadamente alcanzase los mismos fines, se está a operar sobre los efectos que las partes querían conseguir de modo efectivo a través de la celebración de un negocio. La confianza que depositaron en la producción de esos efectos impone que se averigüe la voluntad hipotética que conduce a la conversión. Y será la propia medida de esa confianza la que ha de marcar los límites de la voluntad hipotética que constituye la base del negocio sucedáneo del ineficaz.

Este modo de construir el instituto de la conversión no es compatible con el tradicional dogma de la voluntad. Simplemente atribuye a la voluntad de las partes, dentro de la teoría del negocio jurídico, un papel modelador; la voluntad deja así de tener un sentido meramente psicológico, para recibir significado a través del cruzamiento con otros intereses en el plano teleológico en que todo el Derecho se sitúa.

Después de precisar el fundamento de la conversión estudia Correia los presupuestos de esta figura.

En primer lugar, es necesario que exista un negocio ineficaz. En cualquier hipótesis de ineficacia es posible admitir la conversión, siempre y cuando las razones que conducen a la ineficacia no impidan construir la voluntad hipotética de las partes, base del nuevo negocio.

Pero es necesario que la ineficacia sea real y no meramente posible; así, por ejemplo, en los casos de anulabilidad—en los que el negocio produce sus efectos hasta tanto que sea anulado—el funcionamiento de la conversión sólo puede tener lugar cuando la anulabilidad sea invocada y el negocio deje de producir efectos.

Es necesario que las partes no conozcan la ineficacia del negocio, ni siquiera la prevean eventualmente, ya que el fundamento de la conversión radica en la voluntad hipotética de las partes, es decir, la voluntad presumible en el caso de que hubiesen previsto la ineficacia. Pero basta

que uno solo de los contratantes la desconozca para que esta figura pueda entrar en juego.

Es preciso, además, que en el negocio primario ineficaz se encuentren los requisitos indispensables para la validez del secundario en que aquél va a convertirse. Pero no se necesita que en el ineficaz se encuentre la voluntad del contenido del nuevo negocio, pues la conversión exige que las partes no hayan previsto la ineficacia, y, por tanto, mal podrán querer otro negocio que aquel se les figura eficaz. Ahora bien; sí que es preciso que en el negocio primario se encuentre el material indispensable para construir el secundario. La finalidad económico-jurídica que las partes revelan querer alcanzar con la celebración del negocio ineficaz, es la que permitirá determinar que ellas querrían también el otro negocio si hubiesen previsto la ineficacia del primero. Por tanto, la causa será el instrumento más idóneo de valoración para construir la voluntad hipotética.

Sobre la relevancia de los motivos para poder llegar a impedir la conversión, el autor idea un ingenioso expediente que no deja de ser susceptible de crítica.

El negocio secundario en el que el primario ineficaz se convierte, no implica una sustitución de la voluntad de las partes por la de la Ley. Es la voluntad hipotética de los contratantes, deducida de la finalidad que persiguen, la que fundamenta el nuevo negocio. No se trata de averiguar lo que las partes razonablemente harían en caso de ineficacia, sino de precisar lo que querrían, dada la voluntad concreta manifestada en el negocio para llegar a conseguir una determinada finalidad jurídico-económica.

De esta forma, en la conversión la voluntad de las partes continúa a modelar sus intereses, en la medida en que los efectos se mantienen dentro del dominio negocial fijado y querido por los contratantes. Precisamente, por haber sido trazada por la voluntad de las partes la finalidad jurídico-económica que persiguen, puede la Ley—en nombre de la confianza por ellos depositada y de la economía jurídica—sustituir a los contratantes en la modelación de los contenidos negociales, que no habiendo sido efectivamente queridos por ellos, es de suponer lo serían si hubiesen previsto que el negocio celebrado para conseguir aquella finalidad era ineficaz, y fuesen, por tanto, forzados a proveer a sus intereses por otro camino.

Cuando se dan todos los requisitos apuntados puede tener lugar la conversión. Pero esto no significa que necesariamente se producirá. Ha de ser requerida por las partes y no decretada de oficio por el juez. La conversión es un medio para proteger la confianza de las partes en la tutela jurídica, y, por tanto, no puede imponerse contra los propios intereses y la propia voluntad de ellos.

Este es, en esquema, el contenido del trabajo del profesor Correia. Un estudio sistemático y claro. En él se alían el análisis de la dogmática más relevante con la exégesis convincente de los preceptos del Ordenamiento en referencia a la materia. Pero sobre todo destaca por su afán de presentar las soluciones dentro del marco de los intereses, médula del Derecho, siguiendo así la orientación dominante en la escuela jurídica de Coimbra.

Mucho puede esperar la doctrina iusprivatista portuguesa del profesor

Correia si prosigue en este campo su investigación. Tanto, cuanto ya ha demostrado dentro del dominio del Derecho penal.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

CRUSELLS INGLES, José, Intendente Mercantil: "Letra de cambio. Código de comercio, jurisprudencia, ley uniforme". Editorial Crusells.

La mejor recensión que de la obra que nos ocupa pudiera hacerse sería copiar el prólogo que a la misma ha escrito Gay de Montellá, donde en pocas líneas se da completa noticia de lo que va a ser el libro que se abre a nuestra curiosidad. Se trata sencillamente de un libro práctico.

No es a juristas precisamente a quien más puede aprovechar el libro del Sr. Crusells sobre la letra de cambio, sino a comerciantes, negociantes, empleados de Banca, en fin a todas aquellas personas que giran la letra, la acepta, endosan, avalan, etc., etc.

El autor tiene una virtud fundamental, la claridad de la exposición; no habrá en su libro muchas teorías ni citas doctrinales (aunque estas últimas no falten) pero se abordan y enfocan con criterio ponderado, con citas jurisprudenciales, en fin, con la suficiente amplitud todos los problemas que en la vida de la letra pueden surgir. El método de exposición con preguntas y respuestas y un cuestionario después de cada capítulo, y con gráficos aclaratorios de conceptos, es enormemente práctico, es un método que pudieramos llamar catequístico que quizás pueda parecer algo infantil al jurista acostumbrado a tener entre sus manos obras doctrinales como la que sobre los títulos de crédito escribió don Agustín Vicente Gella por ejemplo, pero esta forma de escribir del autor tiene la ventaja de que su obra puede llegar perfectamente a toda clase de público y que interesará muy particularmente a aquellas personas que intervienen en la vida de la cambial sin grandes conocimientos jurídicos.

Comienza el autor definiendo la letra de cambio, y hablando de las personas que intervienen en la misma y acto seguido trata de dos problemas a cual más interesantes para quien tiene algo que ver con una letra, el del timbre de las mismas y el de la letra de cambio y los bancos.

Sigue luego exponiendo el derecho positivo español sobre las letras de cambio y tras un capítulo dedicado a la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885, en que lo que en definitiva hace es poner epígrafes a dicha Exposición, aborda en los sucesivos los problemas de la forma de la letra, de los términos y vencimientos de la misma, de las obligaciones del librador, del endoso, de la presentación y aceptación de las letras, del aval, del pago, de los protestos de la intervención en la aceptación y el pago de las acciones cambiarias, del recambio y la resaca y de la acción de enriquecimiento.

Finalmente, el último capítulo de la obra está dedicado al Derecho Internacional Privado que tanta importancia tiene en estas cuestiones dada la enorme difusión de la letra y que las necesidades del comercio presentan análogas características en los países más diversos.

Como ya hemos dicha la publicación del Sr. Crusells ni es doctrinal ni tiene la pretensión de serlo, por ello se limita a recoger el derecho positivo sobre la letra y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las cuestiones dudosas. Citas de autores no hay sino las indispensables y siempre para ilustrar puntos concretos. Se trata de una obra de divulgación popular más que de investigación jurídica y desde este punto de vista puede reputarse lograda.

Magníficas la encuadernación y la edición.

José María A. DE MIRANDA
Juez de Primera Instancia.

FERRER CORREIA: "A procuração na teoria da representação voluntaria". Coimbra, 1948.

El profesor Ferrer Correia viene en este trabajo a ocuparse de un tema trascendente dentro de la problemática del Derecho civil. Y, como en sus anteriores publicaciones, contribuye de modo decisivo a la resolución de más de un punto oscuro, presentándonos un cuadro sistemático y completo de la materia objeto de su estudio.

Vamos a exponer, en síntesis, las líneas generales de este trabajo.

En el primer apartado, Ferrer enuncia su concepto de la representación, afirmando que se da en ella un fenómeno de escisión entre la causa (acto negocial), que es actuada por el representante, y el efecto, que es recogido directamente por el representado.

Considera presupuestos del instituto: Que el agente se comporte, de modo objetivo, como representante ("contemplatio domini"), y que actúe con poderes representativos que justifiquen la conclusión del negocio en nombre del representado y con efectos directos para éste.

Los poderes representativos pueden derivar directamente de la Ley (representación legal) o de la voluntad del representado (voluntaria). Dentro de esta última especie pueden presentarse dos hipótesis: que la voluntad del representado se manifieste después de celebrado el negocio (ratificación) o que sea declarada antes de concluirlo (procuración).

En términos generales, y a título de concepto provisional, define la *procuración* como acto por el que se concretan los poderes representativos.

Explica la equiparación entre mandato y representación voluntaria en virtud de causas históricas que extienden sus reflejos hasta las codificaciones del pasado siglo. El error que ello supone sólo había de ponerse de manifiesto a través del riguroso proceso de crítica y reconstrucción dogmática a que procedieron los juristas alemanes de la segunda mitad del XIX.

No basta reconocer, con Ihering, que no todo mandato confiere poderes representativos y admitir que toda representación voluntaria tiene su fundamento en el mandato; junto a éste, aparecen a veces la sociedad y el arrendamiento de servicios como fuentes de la representación. Por tanto, si el fenómeno representativo no presupone el mandato ni el mandato

implica necesariamente representación, hay que reconocer que habrá una diferencia de naturaleza entre una y otra figura.

El fundamento de la representación voluntaria no reside en el mandato ni en ninguna de las relaciones subyacentes que pueden originarla. El elemento capaz de fundamentar la eficacia representativa es la *procuración*, el acto de concesión de poderes representativos; acto que participa en su naturaleza de la esencia del negocio jurídico.

El concepto fundamental de la *procuración* que Laband descubrió no llega a consolidarse en la doctrina sin lucha.

Los autores que rechazan el criterio de Laband intentan sustituir la idea fundamental del "poder" por la de relación gestoria; pero dentro de esta corriente de pensamiento difieren unos autores de otros respecto al modo de determinar cuándo el gestor está autorizado para representar el principal. Expone Ferrer los diferentes criterios propuestos y procede a una crítica de los mismos.

Comienza por rebatir a Schlosmann cuando se pronuncia por la inutilidad del concepto de *procuración*. El fundamento de la eficacia representativa reside en la declaración de voluntad del representado dirigida a apropiarse los efectos de los futuros negocios que el representante realice, la cual se contiene en el negocio de *procuración*. Viene así a demostrarse que este negocio posee un contenido propio y que puede mantener su autonomía frente al contrato de gestión subyacente (mandato, sociedad, arrendamiento de servicios).

Rechaza también la teoría que ve el fundamento de la eficacia representativa en la Ley. El Ordenamiento—a juicio de los autores que siguen esta corriente—, para tutelar los intereses de los terceros, hace derivar esa eficacia de la situación objetiva creada por la relación gestoria. Pero Ferrer advierte que esa situación objetiva sólo merece tutela cuando puede legítimamente presumirse que el representado quiso autorizar al representante a obrar en su nombre, y, por tanto, le permitió concluir negocios cuyos efectos repercutirían directamente en el representado; si éste prohíbe al gestor obrar en nombre del principal, tal prohibición será oponible "erga omnes" siempre que se torne reconocible por los terceros. Por tanto, la voluntad declarada del "dominus negotii" es, en fin de cuentas, la que decide acerca de la eficacia representativa; la declaración de esa voluntad constituye el *negocio de procuración*; trátase de una declaración unilateral dirigida por el representado a los terceros.

Queda así demostrado el valor autónomo del negocio de *procuración* y su independencia frente a la relación gestoria.

Pero antes de admitir decididamente que sea ese negocio el que fundamenta la eficacia representativa, Ferrer intenta probar que sólo admitiendo este fundamento quedarán convenientemente resueltos los problemas relativos al régimen interno de la representación voluntaria.

Así—nos dice—, en los supuestos de procuración genérica no existe entre representante y representado un contrato de gestión. Pero si el representante, abusando de la confianza del "dominus negotii", contrata con un tercero, el representado quedará vinculado. Por tanto, en este supuesto se

producen los efectos propios de la representación sin que exista negocio gestorio. Consecuentemente, esos efectos sólo pueden encontrar fundamento en el negocio de procuración.

Analiza en segundo lugar el problema de la extensión de los poderes representativos. Dentro de él, el punto que mayor importancia práctica presenta es el de la eficacia de las declaraciones restrictivas de procuración hechas al representante por separado. Aplicando los principios generales de la interpretación, hay que concluir que esas instrucciones separadas sólo podrán oponerse a los terceros cuando éstos obran de mala fe (conociendo esas restricciones) o culposamente (no debiendo ignorarlas). Para fundamentar técnicamente este resultado que en justicia se impone, el medio más idóneo es considerar la procuración como negocio autónomo respecto al contrato gestorio, como un negocio unilateral dirigido a los terceros; de esta forma será lógico que resulten irrelevantes las circunstancias ignoradas por la otra parte (el tercero), si no las podía conocer. Por ello, el mejor camino para resolver este problema es también el de considerar el negocio unilateral de procuración como fundamento del fenómeno representativo.

Trata después los supuestos de divergencia entre la voluntad del representado y el contenido objetivo de la declaración, estudiando por separado la divergencia intencional y la no intencional.

Respecto a la primera, en el caso de que la falta de seriedad de las declaraciones sea reconocido bien sólo por el representante como por éste y los terceros, se llega al mismo resultado práctico, tanto admitiendo que el fundamento de la eficacia representativa reside en el contrato gestorio como pensando que se encuentra en el negocio de procuración. Pero ya no ocurre lo mismo si la falta de seriedad es sólo conocida por el tercero: aceptando cualquiera de las teorías que no encuentran el fundamento del fenómeno representativo en el negocio de procuración, hay que concluir que el destinatario de las declaraciones del representado es siempre el representante; por ello, no se le podrá oponer la falta de seriedad del acto cuando él la desconozca, ni podrá oponerse tampoco a los terceros—incluso de mala fe—que vengan a contratar con el representante. De este modo llegaríamos al resultado peregrino de que los actos celebrados por el representante que desconozca la falta de seriedad en la concesión de los poderes representativos, con un tercero que conozca esa falta, serán oponibles al representado. Sólo admitiendo que el fundamento de la eficacia representativa radica en el negocio unilateral de procuración que el representado dirige a los terceros, puede afirmarse en este caso la ineficacia del contrato celebrado por el tercero conocedor de la falta de seriedad, con el representante que la desconocía.

En el supuesto de divergencia no intencional (y concretamente de error), Ferrer demuestra que las condiciones que la Ley exige se verifiquen en la persona de la otra parte para que el error pueda ocasionar la ineficacia de un negocio, deben aquí cumplirse en la persona del tercero. Por ello, el expediente jurídico adecuado para mantener la eficacia del acto representativo en caso de error, será del mismo modo sostener que el fundamento

del mismo se encuentra en el negocio autónomo y unilateral de procuración dirigido por el representante a los terceros.

Se ocupa también de los supuestos de vicios del consentimiento, y en especial del dolo. Concluye que las condiciones objetivas que la Ley exige en la persona del otro contratante para considerar ineficaz un negocio en virtud del dolo, deben darse en los terceros, si es que se quiere hablar de representación viciada por dolo. La representación debe ser inatacable en caso de dolo cuando el tercero lo ignore sin culpa, e impugnabile cuando el dolo proceda del tercero, aunque el representante obre de buena fe. El único expediente capaz de explicar con rigor técnico este resultado es considerar que el fenómeno representativo se funda en el negocio unilateral y autónomo de procuración dirigido por el representado a los terceros.

Por último, el estudio de las causas extintivas de los poderes representativos proporcionan también elementos para argumentar en favor de la autonomía conceptual de la procuración. El mandato se extingue cuando se revoca comunicando este hecho al mandatario; pero ello no supone sin más el fin de la autorización representativa. El que el mandato se revoque no puede afectar a los terceros que desconozcan ese hecho, por tanto, los negocios que el mandatario realice—después de revocarse el mandato con terceros de buena fe, vincularán al mandante. Se extingue así el mandato y subsisten los poderes representativos; esto sólo puede obedecer a que mandato y representación, incluso cuando coinciden, tienen fundamentos distintos.

De todo lo dicho el autor puede ya concluir que la procuración es independiente del contrato gestor; independiente por su origen, por su estructura y por su destino. Existe una independencia material entre esas dos figuras que permitió a algunos autores afirmar la naturaleza abstracta del negocio de procuración, ya que se construye como si por debajo de él no existiese una de las relaciones jurídicas fundamentales que ha de servirle de base y que puede ser uno de los varios contratos causales (mandato, sociedad, arrendamiento de servicios).

El negocio de procuración, que constituye el fundamento del fenómeno representativo es un negocio unilateral dirigido por el representante a los terceros.

Sentados estos presupuestos, Ferrer puede dar ya un concepto definitivo de la procuración, como remate de su estudio: la procuración es el acto por el cual el representado se vincula frente a persona determinada al público, a recibir y soportar en su esfera jurídica los efectos de los negocios que en su nombre realice el representante, dentro de los límites objetivamente señalados, y al mismo tiempo adquiere el derecho de hacer por suyos, directamente, esos negocios.

En este resumen, el lector tiene ya una base para juzgar por sí el trabajo del profesor de Coimbra. Son notables en él tanto la lógica de los argumentos empleados como la selección bibliográfica y el afán de poner siempre la elaboración conceptual al servicio de las soluciones justas que vienen a proteger los intereses de quienes se encuentran comprendidos en

el ámbito del instituto que estudia. El mejor elogio que de este trabajo puede hacerse es afirmar que no desmerece de los anteriores del profesor Ferrer, alguno de los cuales fué ya dado a conocer por el ANUARIO.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

FUNAIOLI: "Il giuoco e la scommessa". vol. IX, tomo II, fascículo I, del "Trattato di Diritto civile italiano" de Vassalli. Turín, 1950.

En línea de principio, nos dice el célebre profesor de la Universidad de Ferrara, no pueden considerarse ilícitos el juego y la apuesta. Pese a las objeciones de los moralistas el juego es permitido (en mayor o menor medida) en todos los Estados, e incluso se le protege dentro de ciertos límites. El juego y la apuesta no son en sí y en todo caso actos contrarios a la Ley; es más, a veces es el propio Estado quien especula con la pasión de los que quieren tentar la suerte, como sucede en el instituto bien poco edificante de la lotería.

Las prohibiciones del juego y de la apuesta variaron en el curso de la historia, e incluso en cada país el criterio del legislador está condicionado de una parte por la oportunidad, de otra por los criterios de moral y las circunstancias específicas del caso. Basta pensar en la diferencia que existe entre juegos presididos únicamente por el afán de lucro y aquellos en los que sólo se pretende probar la capacidad atlética, técnica o de ingenio de los participantes, o los otros en que el riesgo económico sólo sirve para reforzar el interés de una controversia de ideas, para convencernos que no puede sostenerse un mismo criterio en todos los supuestos.

La obra de Funaioli es un estudio completo de estas dos figuras: su naturaleza, sistema normativo a que están sometidas y sus manifestaciones concretas.

Elemento típico del juego y de la apuesta es su carácter aleatorio: si faltase éste para ambas partes, nos encontraríamos frente a una donación, una venta, etc., pero no a un negocio de juego o apuesta.

Distinguen algunos autores el juego de la apuesta atendiendo a si la victoria está o no condicionada por un hecho dependiente de la actividad de las partes. Ese equívoco criterio puede considerarse hoy superado. Las diferencias no deben encontrarse en la forma externa sino en el contenido esencial.

A juicio del autor, en el juego existe normalmente una promesa recíproca de prestaciones subordinadas a condiciones opuestas. En la apuesta, el fin que el apostante persigue ("animus iocandi" le llama Funaioli, expresión equívoca, que se presta a producir confusiones con la figura de los actos "iocandi causa") es ganar. Por ello llegan algunos a decir que el juego a diferencia de la apuesta tiene un fin exclusivo de pasatiempo; el artículo 1.934 del Código italiano concede plenos efectos civiles al juego deportivo, y los niega a la apuesta. La apuesta surge cuando existe una diversidad efectiva de pareceres y representa—más que el juego—un medio de dar satisfacción a quien ha dicho la verdad; la prestación que de

ella deriva puede considerarse como una pena impuesta a quien erró. Cabe una apuesta unilateral y no un juego de esta naturaleza.

Por regla general las deudas de juego y apuesta constituyen obligaciones naturales. Como tal las estudia el autor, deteniéndose en la voluntariedad de las prestaciones y en la "soluti retentio".

Pero esta regla general presenta dos excepciones en el Ordenamiento italiano: la primera viene recogida en el art. 1.934 que concede plenos efectos civiles a los juegos deportivos; el legislador quiso estimular la pasión por esas competiciones y juzgó que el juego era medio indispensable para su desarrollo. La segunda deriva de los arts. 718 y siguientes del Código penal, que prohíbe los juegos de azar; estos juegos son civilmente nulos, si bien no deja de aplicarse en ellos la irrepetibilidad sancionada por el art. 2.035, con base en el principio "in paris causa turpitudinis"; pero no debe confundirse el carácter de obligación natural que presentan las deudas de juegos lícitos no deportivos, con la irrepetibilidad de las de los prohibidos: si bien en ambos casos la prestación entregada es irrepetible el fundamento dogmático en uno y otro es diferente, y la distinción presenta interés práctico, sobre todo para juzgar la eficacia civil de relaciones y negocios ligados con el juego (por ejemplo, mandato por causa de juego).

Respecto a la novación y reconocimiento de letras y pagarés destinados a pagar deudas de juego y apuesta, Funaioli considera que como las obligaciones naturales no tienen eficacia jurídica obligatoria, cuando se prometa el cumplimiento de la deuda de juego o apuesta asumiendo un nuevo vínculo, éste no producirá efectos pues debe aplicarse al supuesto la regla "nulla actio nulla soluti conditio".

Plantea el autor el debatido problema de si estará o no protegido en todo caso el mutuo celebrado bajo forma de subvenciones al jugador para que continúe jugando. Aplica también en este caso la regla "nulla actio nulla soluti conditio", salvo cuando las circunstancias lo impidan: Trátase de precisar si ese mutuo constituye en cada caso concreto un contrato de mutuo autónomo—en cuya hipótesis será tratado como todos los negocios de esa naturaleza—o un contrato diferente del de juego pero no autónomo respecto a él—en cuyo supuesto el aforismo latino tendrá plena aplicación.

En referencia al mandato para jugar o apostar considera Funaioli que el encargo de jugar a nombre del mandante no es por lo general ineficaz ni desprovisto de acción visto que el mandatario (retribuido o no) no puede considerarse asociado en el juego al mandante.

El autor analiza por separado las figuras más relevantes de las instituciones que estudia: lotería, concursos de figurines, concurrencias a premios, pronósticos de resultado en juegos deportivos, juego de bolsa y contratos diferenciales. Y encuentra espacio al exponer estas figuras para enriquecer su estudio con nuevas apreciaciones.

Finalmente, en un último apartado trata Funaioli las cuestiones que pueden surgir sobre juego y apuesta dentro del Derecho Internacional privado.

El libro, escrito en estilo claro y atractivo, con ejemplar sistemática y un grande bagaje bibliográfico, hace honor a la famosa colección que Vassalli dirige y resulta uno de los estudios más completos y útiles sobre la materia.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

JUGLART, Michel de, profesor en la Facultad de Derecho de Burdeos: "Droit rural" (1). Tomo I. L'exploitation rural; tomo II. Derecho rural especial. París, 1949-50.

He aquí una obra moderna, casi inmediata—el segundo tomo es de 1950—, sobre Derecho agrario francés. No sólo, pues, los italianos en el apogeo de su doctrina civilística se han interesado por la materia después de darle cierta independencia científica, sino que también en Francia se trata de agrupar el lugar aparte "todo el conjunto de normas aplicables a los bienes y a las personas que habitan en el campo" (2). No nos ha de extrañar que así sea, y antes bien, debemos prepararnos a seguir el mismo camino en España, porque es la evolución científica, junto con los nuevos hechos económicos y sociales la que nos señala (3). Veamos, por ejemplo, lo que a propósito de la agricultura francesa, con una estructura económica y sociológica más sólida que la nuestra, dice Savatier, otro de los grandes civilistas franceses que estudian cuestiones agrarias (4): "en nuestra época de convulsiones, nada queda inmóvil. La tierra misma, esta vieja y sólida tierra de Francia y lo que fué sobre su seno el campesinado francés, rompiendo los antiguos cuadros, se lanza a la busca de nuevas instituciones jurídicas. Un dinamismo que utilizan y orquestan las campañas políticas y los "slogans" de los partidos transforma, a golpes de leyes masivas, el estatuto de los campos de Francia".

.. ¿Hacia dónde nos lleva este dinamismo? Parece ser que hasta un derecho especializado por profesiones. Ya no se considera la sociedad como una suma de individuos abstractos, iguales, sino como un combinado de corporaciones, formadas por un conjunto de empresas en las que, a su vez, se encuadran los individuos en función de su trabajo productivo. El viejo Derecho civil prolifera en nuevos Derechos profesionales: el mercantil, el agrario, el industrial, el artesano. El fenómeno no es nuevo. Basta echar una ojeada a las Partidas para ver cómo entonces ya se legislaba de una manera importante por profesionales. En nuestro mismo Código se

(1) Por nuestra parte, traduciríamos Derecho rural por Derecho agrario y no por Derecho rural, más literalmente, porque las expresiones Derecho agrario y empresa agraria han obtenido en España la confirmación de un uso frecuente.

(2) Definición de Derecho agrario comúnmente admitida en Francia, según Juglart, y a la que podrían hacerse importantes objeciones no sólo desde el punto de vista gramatical.

(3) Algo importante se ha dicho ya en España sobre el tema en *La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en materia sucesoria*, ROCA SASTRE, *Anales*, 1942, Madrid.

(4) *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*. París, 1948, pág. 141. SAVATIER, en efecto, ha escrito un magnífico Manual de Arrendamientos Rústicos.

halla en germen la especialización, pero la hora actual se caracteriza porque tal especialización pretende hacerse a base principalmente de una idea nueva, la idea de empresa (5). El Derecho debe servir a esta idea como sirve a la de familia; debe conservarla, casi mimarla.

Así, en efecto, Juglart dedica el primer volumen de su obra a la explotación agraria (6), entrando de lleno en sus problemas, sin plantearse, como suele ser frecuente en las obras italianas, el de la delimitación del Derecho agrario y sus relaciones con las demás ramas jurídicas (7).

La primera cuestión que plantea la explotación agraria es la de señalar sus elementos constitutivos, que Juglart trata someramente. La clientela es una clientela civil, pero se puede transmitir y proteger prácticamente como la comercial (8). El nombre de origen, otro de los elementos, puede ir, en efecto, ligado a los productos más o menos transformados de la explotación. En cuanto a la delimitación de lo agrario, excluye las explotaciones forestales y las de caza, y pesa y cita la posición jurisprudencial, según la cual la explotación agraria es ante todo "culturale", es decir, destinada al cultivo—así traduciríamos nosotros—, teniendo como base el inmueble, la finca destinada a la producción agrícola, comprendiendo edificaciones para la explotación y otras habitables, tierras, pastos y otros elementos necesarios para la autonomía de una finca rústica. Después amplía la materia gracias a la idea de accesoriidad que permite incluir en la explotación agrícola nuevos elementos.

El título II de este tomo se dedica a los caracteres jurídicos de la explotación, sobre todo, al primordial de la indivisibilidad. Enumera las teorías para explicarla: la que la considera "pars fundi" la de la dependencia, inmovilización por destino, universalidad, de la institución y la más reciente de unidad económica y territorial (9), a la que se adhiere después de presentarla como una conquista de la jurisprudencia francesa, plasmada ya legislativamente en la nueva redacción del artículo 832 del Código civil, que considera a la explotación como "unidad económica, que tanto en razón de su superficie como de los elementos mobiliarios e inmobiliarios que la componen, puede permitir vivir a una familia campesina ayudada según sus necesidades, por uno o dos criados permanentes y que puede ser explotada por esa familia". La idea de unidad "foncière" puede significar o bien una extensión de terreno que se considera indivisible desde el punto de vista de su productividad, o bien una extensión mínima de terreno capaz de absorber la capacidad de trabajo de una familia y al mismo tiempo de procurarle su subsistencia.

Es preciso confesar que estas ideas son extrañas al Derecho español,

(5) El Derecho nuevo, se ha dicho, tendrá como base la empresa y la familia.

(6) La explotación agraria es para Juglart lo que los italianos llaman Hacienda agraria. Los conceptos de explotación, empresa e institución no aparecen claros en la obra.

(7) Vid., por ejemplo, CARRARA: *Corso di Diritto agrario*, Modena, 1935.

(8) En Francia existe una acción de concurrencia desleal para tal fin.

(9) Traducimos unidad foncière por unidad territorial, porque parece que lo fundamental es una extensión reputada indivisible.

si exceptuamos alguna institución foral, como la casa aragonesa, en la que efectivamente se combinan estas dos ideas de explotación agraria o empresa y familia como un todo orgánico que no debe dividirse (10). En cambio, en el Derecho comparado se manifiestan en muchas legislaciones que establecen técnicamente el límite para la división de terrenos (11).

A continuación estudia los "índices de un reconocimiento de la unidad jurídica de la explotación agraria" en los derechos de crédito, sucesiones, contratos, etc. Este será ciertamente uno de los primeros estudios que habrá de realizarse para construir el Derecho agrario español, porque, sin duda, también nuestro legislador ha atendido en muchos casos a esa idea de unidad. Si con referencia a la empresa comercial se han enumerado ya cuidadosamente en la doctrina española los índices de reconocimiento, falta hacerlo en este otro terreno. Por ejemplo, en la legislación hipotecaria existen abundantes normas dictadas tal vez sin tener en cuenta la idea de empresa para protegerla, a pesar de todo, hacer lo posible la inscripción en un solo folio registral de la explotación agraria y sus transmisiones, etcétera. En materia de hipotecas, concretamente será fácil encontrar bases para esa construcción unitaria.

En el capítulo II de este título se refiere a la explotación como empresa. Ya hemos hecho constar en nota que éste no es de los temas más felizmente tratados por Juglart. A nuestro modo de ver, no cabe decir que el propietario entra en la empresa con el arrendatario; no es él, sino el derecho de arrendamiento, como bien incorporal, el que forma parte de la empresa del arrendatario. La confusión proviene de manejar el concepto, favorito de la doctrina francesa, de institución y que resulta sin duda demasiado abstracto y, sobre todo, demasiado impreciso. Con un criterio más realista hay que ver una empresa donde la hay, donde una organización ha hecho surgir un nuevo valor gestionado por el arrendatario que, por ello, es protegido por la ley, mediante el sistema de prórrogas que garantizan la permanencia de uno de sus elementos básicos, el derecho de arrendamiento. El propietario no es empresario, sino que, al arrendar, renuncia precisamente a serlo. Si se utiliza el concepto de empresa se ve claramente la razón de la protección del arrendatario, ordinariamente, explicada sólo por razones políticas, cuando no demagógicas. Así, donde una propiedad tradicionalmente privilegiada se debilita surge boyante otra nueva: la propiedad "culturale", paralela a la comercial, que tiene por objeto ese valor difícilmente materializable, pero que es una realidad evidente. Prueba de estas afirmaciones, es que la legislación francesa de arrendamientos no otorga los beneficios de prórroga y demás a las parcelas que no comprendan

(10) En otras regiones forales, en casi todas, se han creado y se viven instituciones que conducen prácticamente a la indivisibilidad.

(11) El Código civil suizo deja a los cantones la fijación de la extensión mínima de terrenos indivisibles.

En Francia estas ideas inspiran la legislación del Remembrement y numerosas normas del Estatuto de arrendamientos y aparcerías.

los elementos necesarios para la autonomía de cultivo de una finca rústica (12).

El libro II lo dedica el autor al deslinde de la explotación agrícola y de la comercial, que presentan, efectivamente, muchas zonas de interferencia.

El libro III estudia los procedimientos o formas jurídicas de la explotación agrícola. Los títulos I y II tratan de la aparcería y del arrendamiento, y de ellos daremos referencia más extensa en otra nota sobre un libro expresamente consagrado a ellos, escrito por el mismo Michel de Juglart en colaboración con Ourliac, profesor de Toulouse. El III está consagrado al alquiler de servicios en agricultura, tratando del difícil problema de la distinción del asalariado rural y del aparcerero en ciertas hipótesis especiales. No conoce, al parecer, la doctrina ni la legislación francesa la figura del coparticipante, bien dibujada por los autores italianos. Como "tercium genus" entre esos otros dos resulta imprescindible para encuadra la riqueza de matices que la realidad del derecho vivo ofrece, lo mismo en Francia que en España, y puede ayudar a aquella distinción que cobra importancia frente a las ventajas que la legislación ofrece al aparcerero, sobre todo en Francia, en el nuevo Estatuto.

Por otra parte, queremos hacer resaltar cómo, aun sin llegar a tener la condición de aparcerero, simplemente por el hecho de ser profesional de la agricultura se tiene a favor un derecho de retracto en determinadas condiciones. Esta original creación del nuevo Estatuto demuestra hasta qué punto nuevo Derecho ve al hombre como profesional. He aquí un criterio que podríamos llamar corporativista, que matiza, por otra parte, todo el derecho agrario francés, en el que alienta la idea de considerar a todos los agricultores solidarizados en una corporación (13). Relacionadas con este mismo criterio corporativista están las Comisiones paritarias de Trabajo para la Agricultura, que se estudian por Juglart en el capítulo III. No son éstos ciertamente los únicos organismos paritarios que conoce la legislación francesa en materia agraria, constituyendo un interesante tema de Derecho procesal y Derecho sindical agrario, cuyo estudio resultaría interesante y provechoso desde el punto de vista de nuestra organización sindical agraria.

Dentro de esta parte consagrada a las formas de explotación se trata de la explotación colectiva y sus dos manifestaciones: la sociedad de cultivo y la cooperativa. Estas últimas tienen una ordenanza de 1945 y aquéllas representan un renacimiento de la sociedad civil al mismo tiempo que parecen ser en muchos casos el medio que tiene el propietario de escapar a

(12) Artículo 20 de la Ordenanza de 17 de octubre de 1945, desvuelto por el arret de 12 de marzo de 1948.

(13) En 1940, las ideas del momento inspiraron en Francia el acta de 2 de diciembre de dicho año y la organización de una Corporación Nacional Campesina. Refiriéndose al espíritu de la nueva legislación de arrendamientos y aparcería, Ourliac y Juglart hacen notar que esas ideas subsisten en parte. *Ob. cit.*, pág. 4.

Savater, por su parte, censura este "pseudo-corporativismo, hijo de Vichy". *Obras citadas*, pág. 149.

las normas del Estatuto. Y es que realmente, al lado del arrendamiento debe existir siempre la posibilidad de que el propietario explote la tierra asociado con otros tomando él mismo parte en la dirección y en la financiación. En España juega este papel la aparcería en los casos que reúne estas características, pero en Francia el "metayage" ha quedado organizado de forma que la dirección corresponde al aparcerero y en tal caso han tomado vuelos las sociedades de cultivo. Pero son también empleadas para remediar la imposibilidad de proporcionarse individualmente los medios de cultivo necesarios, por lo que el Estado las ha favorecido fiscalmente.

El título IV se dedica a un tema interesante que nos ofrece el Derecho francés como ejemplo de realización de una labor colonizadora, mediante la iniciativa privada, de lo cual, sin embargo, tenemos precedentes en la legislación española. El medio empleado es la concesión de tierras abandonadas e incultas, reglamentada por una ley de 1942 y que ha puesto en producción 75.000 hectáreas en cuatro años.

Se contemplan después varios contratos agrarios franceses, a los que sería fácil encontrar paralelo en la riquísima variedad que nos ofrece nuestro Derecho consuetudinario.

El tema de la empresa en los regímenes matrimoniales es una manifestación interesante de esa labor de adaptación del derecho a esta idea de la explotación y se tratan, por tanto, problemas delicados de gestión, de indivisibilidad. Se glorifica la idea de una sociedad continuada entre el superviviente y los herederos para salvaguardar a aquélla de la desaparición (14).

En el libro V se añade un esfuerzo a todos los que ha realizado la doctrina francesa sobre venta de empresa; se estudian los problemas que plantea la partición de herencia y puede verse hasta qué punto está limitada la libertad de pacto por el deseo del legislador de atribución integral a uno solo. En esta misma línea se halla la institución del contrato de trabajo a salario diferido que dota al descendiente del explotante de un capital que le permitiera adjudicarse la empresa y "la cláusula de explotación agrícola" para que el esposo superviviente conserve la explotación en la que él ha colaborado. De todas estas figuras tenemos buenos y viejos ejemplos en el Derecho español que sólo esperan ser estudiados a fondo por si merecen que se extienda su campo de aplicación, siguiendo el ejemplo del legislador francés, que decididamente se ha lanzado, mediante todas estas fórmulas, a proteger la empresa, incluso nos atravesamos a sostener que el Derecho español nos ofrece un curioso ejemplo de reconocimiento de la empresa como valor. En todos los casos en que en nuestros Derechos forales, a la hora de hacer las capitulaciones, se fija dote en contemplación a la fortuna del otro esposo, se valora la empresa agraria en la que va a ingresar el nuevo esposo y no la suma de sus elementos. Sobre todo, en el *elechalde navarro*, la cosa se ve clara; incluso puede hablarse de que las empresas, las casas de labranza o caseríos tienen una cotización, de

(14) Sobre los precedentes en el antiguo Derecho francés de sociedad continuada y aspiraciones modernas a establecerla, puede verse la tesis de CHAIX: *Contribution à l'étude du patrimoine familial dans le Droit français*. Lyon, 1948.

modo que se sabe que para entrar en tal casa debe aportarse tal o cual cantidad, según su importancia, que se destina a indemnizar a los que no se quedan "para casa"; no cabe duda de que es la empresa, como organización, lo que se tiene en cuenta e incluso determinadas cualidades personales de capacidad de organizar o de destreza...

El tomo II, dedicado al estudio del Derecho agrario en especial, no ofrece gran interés. Es una visión desde el ángulo más especializado de un derecho de la agricultura de una porción de problemas de Derecho civil, administrativo y social, pero pueden encontrarse sugerencias y nuevas soluciones en materia de obligaciones reales, accesión, responsabilidad, venta de muebles por anticipación, sindicalismo y cooperativismo agrario y, al final, se aborda un tema de especial interés por el desenvolvimiento que ha adquirido recientemente "le remembrement" (15). El legislador llega a imponer permutas a todos los propietarios de un municipio, a fin de racionalizar las explotaciones desde el punto de vista económico. He aquí, pues, una notable influencia del factor económico en la concepción del derecho de propiedad, uno de esos matices científicos que influyen hoy las instituciones jurídicas; ya no sólo se quiere que la propiedad sirva al interés general, sino que se quiere que ese servicio quede asegurado, haciendo que las explotaciones sean técnicamente perfectas. El informe del ingeniero agrónomo es esencial para el "remembrement".

Este es en esbozo rápido el panorama de problemas que nos ofrece el derecho agrario francés moderno, que Juglart nos ofrece en este libro, más útil para conocer la legislación y la jurisprudencia francesas que para profundizar en los problemas teóricos, que toca sólo de pasada, pero con buen sentido en la mayor parte de las ocasiones. La información bibliográfica, limitada a la doctrina francesa, es muy completa. En suma, una obra interesante, no sólo para los franceses, sino para los españoles también, que tenemos casi todo por hacer en esta materia.

Alberto BALLARIN
Letrado de la D. G. R. N.

LO BIANCO, Dott, Antonio y Giuseppe: "Compendio della limitazioni e delle servitu prediali". Editora Ulrico Hoepli, Milano, 1948.

De "comentario gráfico" de las disposiciones del Código civil italiano se califica por los autores esta obra. En ella se van exponiendo los diversos preceptos relativos a limitaciones (parte primera) y a servidumbres prediales (parte segunda), seguidos en cada caso de una o más figuras explicativas—en total, 106—, claras y expresivas.

La falta de pretensiones científicas—manifestada por los propios autores—no excluye el que se haya logrado una obra de grandísima utilidad. Son muchos los casos de la realidad en que en un litigio sobre limitaciones o servidumbres, el verdadero problema es una "quaestio facti, non

(15) Sobre Remembrement existe una obra reciente: *Le Remembrement rural*, de SCHMIDT. París, 1949.

iuris". Para el estudio y resolución de esos problemas de hecho, la presente obrita será de gran provecho.

También en el aspecto pedagógico, tanto el docente como el estudiante se encuentran en muchas ocasiones con la necesidad de acudir a la representación gráfica del supuesto de hecho de un precepto relativo a limitaciones o servidumbres: deslinde y cerramiento de fincas, distancias intermedias entre construcciones, muros medianeros, presunciones de medianería, apoyo o inmisión de vigas en muro común, distancias entre plantaciones y muros divisorios, inmisiones de ramas o raíces en predio contiguo, huecos en muros que dan al fundo vecino, distancias para tomar vistas o luces, caída de aguas, aluvión, avulsión, cauce abandonado, servidumbres de acueducto, de paso forzoso, etc. En estas y otras cuestiones de análoga índole, el gráfico, el esquema, vale por muchas docenas de palabras de una explicación y economiza tiempo de estudio que, además, podría ser inútil por no captarse el supuesto de hecho de cada norma o por interpretarlo erróneamente. En este orden, la obra de los doctores Lo Bianco allanará mucho el camino.

Andrés DE LA OLIVA DE CASTRO

PORPETA CLERIGO, Florencio: "Instituciones de Derecho fiscal". Tomo I. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1950.

Aunque esta obra se ajusta al cuestionario de Legislación fiscal del programa de oposiciones a Notarías, lo que es un título de utilidad innegable, merece la consideración de un verdadero Tratado sobre el Impuesto de Derechos reales, que es la materia abarcada por el presente volumen.

Sirve a este doble carácter de la obra la combinación de diferentes tipos de letra y una gran cantidad de notas, lo que, además de permitir la acumulación de antecedentes, aclaraciones, citas de autores y de doctrina jurisprudencial que caracterizan a este tratado, hace grata su lectura y fácil la consulta.

A pesar de ser 1950 la fecha del libro, es en el apéndice donde se recogen los aumentos de tipos tributarios introducidos por las Leyes de 23 de diciembre de 1948 y 23 de diciembre de 1949, y asimismo las modificaciones introducidas por el vigente texto refundido de la Ley, Reglamento y tarifa general de los Impuestos de Derechos reales y sobre transmisiones de bienes, que es de 7 de noviembre de 1947, publicado en febrero de 1948, deficiencia ésta que, si se tiene en cuenta la no mucha entidad de esas modificaciones (nos referimos a las reformas del Impuesto, no a los aumentos de tributación...), ofrece, en cambio, la ventaja de que pueden apreciarse mejor esas variaciones.

El autor se muestra conforme con las más salientes, soliendo inclinarse para enjuiciarlas (y esto caracteriza su trabajo entero), en favor de la adaptación de los conceptos tributarios a los correspondientes del Derecho sustantivo. Sin embargo, en determinadas ocasiones, elogia preceptos reglamentarios que no siguen esta orientación. Así, cuando trata de la "fusión de Sociedades" (art. 19, párrafo (15) del nuevo Reglamento de 1947,

sin equivalente en el anterior de 1941), que, por entrañar siempre en realidad dos actos perfectamente diferenciables desde el punto de vista sustantivo, debería dar lugar, de acuerdo con los principios generales del impuesto, a una exacción fiscal también doble (disolución de la sociedad desaparecida y constitución de la nueva o ampliación de la absorbente), máxime teniendo en cuenta la gran capacidad tributaria de tales sujetos de la imposición y lo que exige, por tanto, la igualdad de cargas...

Y también, al referirse a las innovaciones del artículo 66 del Reglamento relativas al trato fiscal de los diferentes actos sujetos al impuesto que originen la transmisión de bienes cuyo usufructo y nuda propiedad se separen por el transmitente, la de dichos derechos, o la consolidación del dominio; materia igualmente regulada en el nuevo texto legal de espaldas a los principios generales que inspiran la tributación por Derechos reales, sin que esto quiera decir que sean rechazables en bloque todas las refermas en dicho artículo 66 introducidas.

Pero como no es nuestro objeto ahora criticar el nuevo Reglamento del Impuesto, hacemos punto final, esperando con gran interés la publicación del tomo II de estos documentadísimos estudios sobre Derecho fiscal.

Jaime MONTERO Y GARCIA DE VALDIVIA
Abogado del Estado

PRIETO CASTRO, L.: "Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil", Vol. I. Madrid, 1950. Imprenta Sáez. Distribución Instituto Editorial Reus, S. A.

Intentar descubrir al Catedrático de la Universidad de Madrid, señor Prieto Castro cuya firma tantas veces ha figurado en las páginas del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, sería descubrir el Mediterráneo. No hay jurista digno de tal nombre que no conozca y posea su "Derecho Procesal Civil" cuyos dos tomos son tan clásicos como pueden serlo las contestaciones del maestro Castán en derecho civil a las obras de Roca Sastre en el campo inmobiliario.

La obra del Profesor Prieto Castro ha dejado en los estudios jurídicos huella maciza e ingente. Antes de él, sólo atisbos; después de su "Exposición del Derecho Procesal Civil de España" han aparecido en la literatura jurídica obras de la envergadura de la de don Manuel de la Plaza y comentarios a la Ley de Enjuiciamiento, con un profundo sentido científico y doctrinal. Ha sido el Dr. Prieto el iniciador de la reforma de los estudios procesales, cuya obra podrá ser o no discutida (no lo será por mí, ciertamente, discípulo suyo en Zaragoza y formado siempre en su escuela y obras) pero no cabe ignorarla. Conocedor profundo de los idiomas extranjeros, al punto de tener publicaciones en alemán, ha sabido don Leonardo Prieto Castro nutrir de doctrinas los antiguos y rutinarios estudios sobre el proceso que tan necesitados estaban de ello.

En el prólogo de los "Estudios" que comentamos nos da el autor noticia breve de su obra en general y de sus propósitos al darlos a la imprenta.

ta; se trata de publicaciones anteriores que el Dr. Prieto ha tenido el acierto de juntar y encuadrar en un sistema. Es una recopilación de artículos desperdigados.

Ocho capítulos tiene el volumen I de los "Estudios".

El primero trata sobre las fuentes del derecho, y en particular sobre la jurisprudencia, y está formado por una serie de apostillas y comentarios a resoluciones del Tribunal Supremo y Audiencias aparecidas por primera vez en las Revistas de Legislación y Jurisprudencia y de Derecho procesal. Destaca en el capítulo un estudio sobre los derechos irrenunciables aparecido en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL en 1948.

El segundo capítulo recoge también comentarios y críticas aparecidos en dichas Revistas (de Legislación y del Derecho procesal) sobre cuestiones de jurisdicción, acción y competencia.

El tercer capítulo trata de las partes, y se recogen en él tres comentarios sobre litisconsorcio y allanamiento en los recursos, y, finalmente, sobre el cambio de partes en el proceso.

En el capítulo cuarto sobre el procedimiento y actos procesales, destaca un magnífico artículo que vió luz en la Revista Jurídica de Cataluña con ocasión del setenta aniversario del procesalista, mejor del enciclopédico, Carnelutti; en él el Dr. Prieto analiza con su profundidad y maestría habituales los principios sobre oralidad y escritura en el Derecho español; las referencias precisas al Derecho comparado y el estudio de dichos principios en la Ley de Enjuiciamiento, de justicia municipal de 1907, Código de trabajo, Ley de bases de 1944 sobre Justicia Municipal, llevan al autor a ponderadas y atinadísimas conclusiones huyendo de eclecticismos como de entusiasmos excesivos sobre las virtudes de oralidad o escritura. Completan el capítulo apostillas y comentarios aparecidos en las revistas citadas, y una breve y jugosa nota sobre la influencia de Rives y Martí en las reformas procesales, especialmente en la de 2 de abril de 1924, que introduce el impulso oficial en la Ley de Enjuiciamiento civil. El capítulo quinto, sobre la prueba, aparte de dos interesantes comentarios a sentencias sobre presentación de documentos en juicio por medio de fotocopias y sobre la eficacia de la prueba prescindiendo de la parte que la aporta, contiene dos trabajos a cual mejor. El uno sobre la exhibición de documentos en juicios que el Profesor Prieto partiendo del art. 603 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tras un estudio exhaustivo del derecho comparado examina el deber de exhibir documentos en juicio y el procedimiento para lograr tal exhibición así como las consecuencias de la no exhibición tanto respecto de las partes del juicio, como de terceros, de la Administración y de organismos autónomos. El segundo de dichos trabajos trata de la confesión judicial civil; en él el Doctor Prieto Castro demuestra que su cultura jurídica no se limita a los cuerpos legislativos del derecho comparado y doctrina extranjera, pues aunque sea una autoridad única en tales cuestiones no debe este aspecto de su obra cegar al lector; el Profesor Prieto conoce a la perfección y domina nuestro derecho histórico (lo demuestra su "Derecho Procesal Civil" al tratar por ejemplo del juicio sumario ejecutivo) y en el artículo

que nos ocupa hace gala de tal erudición y anatomía de los preceptos legales vigentes sobre la confesión en juicio a los que encuentra sus raíces. La crítica que hace a la Ley de Enjuiciamiento y Código por haber amalgamado sin orden ni concierto preceptos referentes a la prueba de confesión con otros relativos al juramento, dando lugar a una figura híbrida e incomprensible, es definitiva y llena de sugerencias.

El capítulo sexto se refiere a los recursos y su nervio lo constituye un trabajo sobre los hechos en casación aparecido hace algún tiempo en la Revista de Legislación y Jurisprudencia, en él, y tras un proemio sobre la doctrina actual de la casación y enumeración de los principales problemas que sugiere dicho recurso, aborda el de en qué casos y hasta dónde puede entrar a investigar la esencia de los hechos el Tribunal Supremo al conocer del recurso. Contiene asimismo el capítulo comentarios a resoluciones que tratan puntos concretos de los recursos de apelación y casación.

El capítulo séptimo trata sobre los juicios sumarios y especiales y está formado exclusivamente por comentarios a resoluciones judiciales sobre los juicios ejecutivos, el del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, interdictos posesorios, etc., etc.

El último capítulo se refiere a los juicios de Arrendamientos Urbanos. En él recoge el autor un artículo del Anuario en que hace ajustada crítica a la legislación vigente en nuestra patria y una serie de comentarios de las Revistas de Legislación y de Derecho Procesal en que aparecen tratados algunos de los problemas procesales del inquilinato, v. gr.: situación jurídica del subarrendatario, recurso de injusticia notoria, ejecución provisional de sentencias, etc. El valor de los artículos recogidos en este octavo capítulo resalta tanto más cuanto vienen a iluminar oscuridades y recovecos de la legislación sobre la materia arrendaticia y son de palpante actualidad.

El libro cuyo índice hemos dado a grandes rasgos a conocer es una obra de recopilación como ya hemos dicho. Artículos de revistas y comentarios y apostillas a resoluciones judiciales se amalgaman en magnífica síntesis encuadrados en sistemática perfecta.

El profesional encontrará en este libro puntos de estudio, sugerencias, nuevos aspectos de cuestiones, nuevas orientaciones jurisprudenciales..., en fin se trata de una obra de virtud "germinativa" de la que puede sacar enorme provecho y que no tiene desperdicio. No es desde luego un tratado doctrinal, pero es un complemento magnífico de la teoría, utilísimo también para los alumnos. El estudioso no podía hallar manjar más grato a su paladar que el que ofrecen los trabajos reunidos por el Doctor Prieto.

Tipográficamente la edición es correcta.

Felicitemos al Profesor Prieto Castro por su idea de recopilar trabajos desperdigados en síntesis magnífica y deseamos no nos haga esperar por mucho tiempo el volumen II de esta obra.

REVISTA DE ECONOMIA POLITICA. Volumen II, núm. 1, mayo 1950.
Instituto de Estudios Políticos.

Es muy grata noticia, la de que la *Revista de Economía Política* “reanuda su publicación con este fascículo, tras una larga e involuntaria interrupción”. Su propósito, en esta su segunda salida, es, se nos dice, recoger trabajos de investigación original junto a los que resumen el estado de un problema o documentan sobre lo que se pretende, se hace u ocurre en la vida económica de otros países, y ello con un amplio criterio, considerando como su “ámbito propio todo el campo de las ciencias sociales, en el deseo de conciliar la necesaria especialización que es la ciencia económica con el indispensable saber de conjunto acerca de la sociedad, la cual sólo en parte es actividad económica”.

El interés de los juristas por la economía es antiguo, natural y ahora más agudo que nunca; pues si bien es inadmisibles predicar que “el jurista es un servidor de la economía” (1), no puede dudarse que la realidad económica pone límites difícilmente franqueables a la realización del Derecho y que éste ha de conformar por la vida económica al regular la convivencia social. La preocupación general por la economía ha encontrado hasta ahora un valladar infranqueable a las fórmulas oscuras que convierten a la ciencia de la economía en doctrina exotérica inasequible para los no iniciados en sus misterios; por ello es tanto más de agradecer y puede ser tan fructífero el propósito de la dirección de la Revista de considerar a la economía como una parte del saber sociológico. El primer fascículo es un buen ejemplo de cómo los estudios económicos pueden interesar y servir directamente a los estudios del Derecho.

El sumario del número es el siguiente: Fermín de la Sierra, “La situación monopolítica de algunas industrias españolas”; Nicolás Ramiro Rico, “Sociología, sociólogos y economistas”; V. Andrés Alvarez, “La teoría de los precios”; M. P. M., “Las ideas sobre política fiscal desde el Parlamento norteamericano”; J. M. N. M., “Organización actual de los estudios económicos en España”; Reseña de libros; Bibliografía española.

Como especial e inmediatamente interesante para el jurista, deben señalarse los estudios de De la Sierra y de Ramiro. El primero ofrece datos objetivos que deberán tenerse muy en cuenta al tratarse de la reglamentación jurídica de la Sociedad anónima; muestra la existencia de un “oligopodio” en las industrias de carbón, acero, energía eléctrica y cemento, señalando la existencia de consejeros comunes en los Consejos de Administración de las Empresas. De la Sierra promete un estudio complementario y todavía de más interés sobre la concentración económica de los Bancos y su influencia en la formación de situaciones monopolísticas en algunas industrias fundamentales. Nicolás Ramiro Rico, con su estilo único y su agudeza de siempre, plantea, con ocasión de la economía y la sociología, la temerosa pregunta de la relación entre filosofía y ciencia,

(1) RIPERT: *Aspects juridiques des capitalismes moderne*, 1946, pág. 50.

saber problemático y saber operativo; cuestión de cuya respuesta depende también el significado de la ciencia jurídica.

R.

RUBIO Y FREIRE DUARTE, Rafael: "La Inspección de Tribunales", prólogo por el Excmo. Sr. D. José Castán. Edición del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, serie 3.^a Madrid, 1950.

No es el ANUARIO DE DERECHO CIVIL ajeno a la publicación de esta obra, él se honró proponiendo al Instituto que lo que el Sr. Rubio había concedido como un artículo—y el lástima que el autor no se hubiese lanzado inicialmente a más altos vuelos—cuya primera parte apareció en estas páginas, se le diese los honores de libro, según lo merecía la importancia del tema, la necesaria amplitud de desenvolvimiento y la ventaja que suponía el que la íntima trabazón, el armonioso conjunto del estudio no se dividiera en varios fascículos de nuestra periódica publicación. Esto, y sobre todo los méritos del trabajo, hicieron que el Instituto patrocinara la publicación. No se equivocaron ni el Anuario ni el Instituto, como lo demuestra la obra misma y la acogida extraordinariamente calurosa que el libro del señor Rubio obtiene entre el público profesional.

Prologa "La Inspección de Tribunales" el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo, insigne maestro de nuestro Derecho, D. José Castán: ninguna firma igualaría en prestigio y autoridad a la del prologuista, que además personifica a nuestra Justicia, por ello sus juicios, sus apreciaciones, sugerencias y consejos tienen el más alto valor y todo el rango de la autoridad suprema de que emanan. Se enorgullece el Instituto de ver una publicación suya presentada por tan ilustre figura.

El maestro Castán, con prosa tan tersa y bruñida, como exacta y fácil, comienza ponderando la figura del Juez y ello le lleva a trazar, de mano maestra, la silueta del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo Sr. Rubio, modelo de Magistrados, entusiasta de su función y exaltado defensor de la independencia de la Justicia.

Hace el Sr. Castán, con relación a las diversas concepciones orgánicas y dogmáticas de la función judicial unas interesantes referencias a la Justicia en Inglaterra, en la U. R. S. S. según la Ley de 1942, en Francia y su Constitución de 1946, en la italiana de 1947, en la argentina, etc., para concluir recogiendo el hecho de que gocen hoy de preferencia los regímenes de profesionalización y autogobierno del Organismo Judicial, si bien continúa la lucha entre la concepción técnica de la Justicia y la que se suele llamar popular, que por no estar depurada de externas influencias, especialmente las partidistas, no pueden estimarse como justicia ideal.

Acota el Sr. Castán cómo el autor del libro más que en estos precedentes de allende la frontera, en lo que se inspira es en nuestra gloriosa tradición, en un desigualado conocimiento de las realidades y necesidades de nuestra Justicia, adquirido en constantes viajes de inspección. Por eso el señor Rubio dedica gran parte de su obra a la reseña de estas observacio-

nes y al conocer, como nadie, la vida judicial española, los remedios que propone para su mejora, a través de una inspección bien regulada, son de eficacia beneficiosa y de positivo adelanto.

Todos, dice el Sr. Castán, tenemos mucho que aprender en esta obra, lo que desea el prologuista ilustre es que el Estado aprenda a respetar a sus Jueces y estos sean dignos de tal respeto y así surgirá una Justicia robusta, protegida por los dos grandes ideales de Religión y Patria, puntales de la tradición española.

Pone el Sr. Rubio al frente de su libro una Introducción en la que, con su personalísimo estilo, rico y vibrante, caldeado siempre por el entusiasmo, exalta el concepto e importancia de la justicia y de las dos bases, independencia y responsabilidad, sobre las que la Ley Orgánica la asentó, pero cuando se trata de desenvolverlas y darlas realidad surgen las dificultades. Trae el Sr. Rubio amplias referencias de lo que la cuestión preocupaba a los rectores de la política española de la Monarquía: en los penulares cambios de partido puede decirse que de las pocas zonas de convergencia de criterio que se dieron, la más acusada fué esta de sanear, vigilar e inspeccionar la Justicia, así los Ministros Sres. Marqués de Valdillo, García San Miguel, Sánchez de Toca, Conde de Romanones—con agudas observaciones sobre la baja curia—, Marqués de Figueroa, etc., en elocuentes frases ponderan la necesidad de obrar y acusan asimismo la inepticia de un régimen parlamentario, convencional y de clientelas, para otra cosa distinta que la estéril divagación.

Divide el Sr. Rubio su obra en tres grandes secciones, una dedicada a la historia de la Inspección, otra a sus fundamentos, necesidad, importancia y funcionamiento actual y otra final en la que estudia las reformas que se precisan.

Aparte de otros antecedentes más remotos, alude a los *missi dominici*, a los Jueces pesquisidores de la legislación de Partidas, que tanto arraigo y perduración alcanzaron. Se ocupa de los visitadores y su importancia durante los siglos XIV y XV, de las funciones inspectoras del Consejo de Castilla en la época de los Austrias y primeros Borbones, de los tan temidos y eficaces juicios de "residencia". Pero donde la Inspección alcanzó su más alta significación fué en cuanto se ejerció sobre los Tribunales de Indias, a cuyas "Visitas" y "Residencias" dedica el Sr. Rubio gran atención, con alabanza al Consejo de Indias y a los Reyes, como Felipe II, que tanto se cuidaron de la Justicia y de los hombres que habian de administrarla.

Lamenta el autor la decadencia que trajo consigo el siglo XIX, con sus Constituciones como la de 1812, llena de declamatorios y altisonantes enunciados, achaque en el que reincidirán todas las sucesivas hasta la última de 1931. La creación del Tribunal Supremo por la Constitución de 1812, y su efectiva implantación en 1834, no supusieron adelanto, en este aspecto, puesto que se le hurtó cuanto concernía a inspección. Hubo que esperar a 1870, a la "Ley Provisional sobre la organización del Poder Judicial", todavía vigente, aun cuando tan frecuentemente retocada, a cuya sistemática e histórica evolución dedica el Sr. Rubio amplios y afortuna-

dos comentarios: durante la Monarquía se promulgó la Ley Adicional de 14 de octubre de 1882 y más tarde en 1888 nace la "Junta Calificadora del Poder Judicial", órgano informativo con mixta composición de magistratura y elementos extraños. En 1904 se crea la "Inspección Especial de Servicios Judiciales" a las órdenes del Presidente del Tribunal Supremo, integrada por personal judicial, con funciones de visita, inspectoras, informativas y examen de quejas. Sucede a este organismo en 1917 el "Consejo Judicial" nuevamente mixto y cuya vida fué tan sólo de treinta y tres días. Le suple la "Junta Inspectoras Central" nacida en 1920, con el mejor deseo y valiosas innovaciones, pero también meramente consultiva. Aparece la Dictadura del General Primo de Rivera y crea en 1923 la "Junta Inspectoras del Poder Judicial" sólo integrada por magistrados y a la que vino a complementar la "Junta Organizadora del Poder Judicial" designada por elección directa de los miembros de la Carrera. A la primera, que se instauró con carácter provisional, sucedió la "Inspección Central de la Administración de Justicia" en la que los propios organismos judiciales con sus Presidentes a la cabeza, debidamente jerarquizados, son los que exigirían las responsabilidades, harían visitas, vigilarían la marcha de Tribunales y asuntos, etc. Notables avances que, sin duda por su amplitud y audacia, vinieron nuevamente a ceder en gran parte en favor de la Administración por la creación en 1926 del "Consejo Judicial" organismo de funciones más restringidas. Pero adviene la República en 1931, restauró en su integridad la Ley Orgánica y creó al año siguiente tres "Comisariados del Gobierno" elegidos libremente por éste y asesores de él, que han de visitar los organismos judiciales, informar sobre ellos y los funcionarios, con la mayor amplitud y libertad de apreciación. Este Organismo expresión de aquella justicia partidista a la que aludía en su prólogo el Sr. Castán, se vió complementado con la Ley de 8 de septiembre de 1933 por la que se autorizaba la jubilación de los miembros de la Administración de Justicia al libre arbitrio ministerial. Fué la misma República la que hubo de rectificar su radicalismo irrespetuoso con la Justicia y aniquilador de su asencia, acordando en 1934 la revisión de jubilaciones y desaparición del Comisariado. Todo el amor del Sr. Rubio hacia su Carrera y el haber sido testigo de esos episodios hacen que estas páginas sean un palpitante trozo de realidad y noble pasión. En 1935 se dictó el Reglamento Orgánico de la Inspección de Tribunales, moderada y perdurable obra del Sr. Casanueva, en gran parte vigente con las disposiciones dictadas por el Movimiento, Ley de 17 de julio de 1945. Se coloca la Inspección en manos del Presidente del Tribunal Supremo, y de su Sala de Gobierno, como Organismos superiores y después jerárquicamente en los inferiores, se regula la función permanente del Organismo Central y se ha vuelto a la sana tendencia de que la independencia del Poder Judicial y su responsabilidad se salvaguarde y exija tan sólo por sus propios componentes. Aprovecha, en esta y otras múltiples referencias, el Sr. Rubio la ocasión que se le presenta para cantar la labor que en pro de la Justicia, en sus múltiples manifestaciones, ha realizado el Régimen.

En la segunda parte de su tratado—bien podemos llamarlo así—, el autor define la justicia, estima que constituye un poder del Estado, acaso el más importante e imprescindible al orden jurídico vital, y dentro de aquella, precisa la constitución y alcance de la Inspección, en sus tres elementos: el territorial, el orgánico y el que llamaremos humano, personal.

Y es aquí donde el Sr. Rubio raya a una altura difícilmente igualable: se trata del Magistrado más antiguo de la Carrera y vive en ella no como histórico recuerdo, respetado por su raigambre y pasados méritos, no, es en feliz coincidencia el honroso representante de la tradición y el más dinámico, entusiasta y batallador en la labor cotidiana, preside activamente su Sala, estudia y labora en la Comisión de Codificación y aún tiene tiempo para conocer, por haberla visitado, toda la geografía judicial española, no hay Juzgado y Audiencia que no haya visto, ni funcionario que no conozca. En estas condiciones sus estudios, todos de primera mano, recogidos desde Guinea al Pirineo, desde el Juez de entrada al Magistrado de término, deben ser reputados como lo más exacto y cabal que haya producido la literatura jurídica sobre la materia. Esto explica el hecho, ciertamente insólito, de que a estas alturas salga a la plaza un libro original y sin precedente en cuanto al tema, sin citas, apenas, ni divagaciones, y todo él con la garantía y el hondo valor humano que merece un testigo presencial, observador fino y especializado en la materia.

En lo geográfico judicial, en cuanto con la Inspección se relaciona, dedica el Sr. Rubio atención preferente a los problemas de Galicia, provincias Catalanas y Vascongadas, Islas Canarias y Marruecos. En Galicia estudia las medidas judiciales que deben oponerse al caciquismo, afán pleitista y al intrusismo, en cuanto a Cataluña da la voz de alarma ante el separatismo regionalista y los rescoldos, aún calientes, del fuego que atizó la República, todo ello en su proyección sobre la Administración de Justicia, hace la disección del mismo en las provincias Vascas, con elocuentes consideraciones sobre tristísimos episodios, en los que con la colaboración de esta región, se ensangrentó el solar de la Patria y se profanaron sus altares.

En honda meditación debe sumir a cualquiera que sienta interés por la intangibilidad de nuestra Nación el panorama de abandono, de suicida subestimación en que el Estado ha tenido a las Islas Canarias, en todos los órdenes y con la triste profética entonación, que en Dios y el Régimen esperamos sirva para rectificar añejos y reiterados errores. Buena labor la que a este propósito se esboza para la Inspección de Tribunales.

Finalmente, la Justicia en las Plazas de Soberanía de Africa, la Marroquí en sus ramas Islámica y Rabínica y la Hispano-Jalífana, los cuerpos legales de esta son objeto de atento estudio interesante y agudo, se dan claras soluciones para el delicado problema que ofrece el ejercicio de la función inspectora sobre estos Organismos.

La Inspección frente al elemento orgánico de nuestra Justicia debe

adoptar diversidad de técnicas y funciones, en su esencial unidad, como varios son los órganos judiciales y su composición personal, sus virtudes y defectos. Se ocupa en primer lugar el Sr. Rubio de los problemas que plantea la Justicia Municipal y hace historia de la preocupación que ella supuso a nuestros legisladores. Analiza la reciente reforma, esperando ver en la práctica el resultado de la nueva justicia técnica implantada y, desde luego, se duele, en nombre de la unidad que debe presidir a todo el sistema de inspección, de que la Justicia Municipal se haya desgajado siendo rama, del tronco común, del sentido jerárquico que preside y anima a esta función indivisible.

La Inspección de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción alcanza importancia extraordinaria por ser estos organismos unipersonales el más firme pilar de la justicia civil y penal de la misión gubernativa y de la función disciplinaria: lamenta el Sr. Rubio el absentismo del Juez, el abandono en que este incurre de la dirección personal e inmediata del proceso, con la consiguiente recogida de ellas por el Secretario o el Habilitado o el Oficial, con lamentable encumbramiento de la llamada curia baja que, en las grandes poblaciones es tan omnipotente como irresponsable, tan audaz como carente de escrúpulos, toda vigilancia, toda inflexible corrección de este mal será siempre escasa. En las Audiencias Territoriales su Presidente es, sin duda, la pieza más delicada, el engranaje capital de toda la Inspección, tanto que el Sr. Rubio estima que con quince Presidentes que acierten a serlo en la plenitud de su misión, cambiaría el panorama judicial español en poco tiempo. La diligencia en el despacho y trámite debe ser el acucioso afán de la Inspección, en cuanto a las Audiencias se refiere, sin perder de vista en estos momentos de reorganización cuanto afecta al personal auxiliar.

Y llegamos a la parte en que el libro del Sr. Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo alcanza quizá tono más elevado, al examen de lo que hemos llamado lo humano, lo personal en nuestro régimen judicial, lo que el autor estudia como "condiciones de los Jueces y Magistrados". Con recuerdos de su anterior trabajo sobre "La misión y la función del Juez" define, ensalza, perfila con enérgicos rasgos o tenues y cuidados matices lo que debe ser aquél, pues para el autor, el buen Juez es el postulado de la buena Justicia y sin él irían al fracaso las mejores leyes; vieja observación, siempre actual y clave para toda función que implique el juego de valores espirituales. Nos complació oír de labios tan autorizados como los del Profesor Carnelutti en reciente conferencia, cuando volvía un tanto escéptico de los campos de la ciencia y de la técnica. Por distintos caminos llegan a la misma conclusión el Profesor italiano y el Magistrado español.

Previene el Sr. Rubio a los Jueces e Inspectores contra la laxitud ambiente, la preponderancia del rito, la tendencia a buscar la mínima resistencia o el más escaso esfuerzo, la benevolencia sistemática en lo penal, la inhibición ante la prueba, el pretender llevar a lo gubernativo normas civiles de apreciación de prueba, etc., etc., serie de vicios y corruptelas que abren a la misión inspectora los más dilatados horizontes. Todo esto y

mucho más que no nos es dado recoger, de no ir al riesgo de repetir, mucho peor, lo que el Sr. Rubio dice magistralmente. Si acotaremos la labor descubridora que a la Inspección compete de localizar al malo y seleccionador al bueno con equitativo reparto no sólo del castigo sino del premio—aspecto este abandonado—y adecuada elección, cuando el caso llegue, de cada cual para su sitio.

Se enfrenta el autor con el problema, que tanto ha apasionado, de la cultura y competencia de nuestra Magistratura, al Sr. Rubio que concibe al Juez como peritísimo en Derecho y en todo conocimiento que mire al corazón humano, y si enciclopédico mejor, le molesta que “hoy la competencia se quiere hacer consistir más en una impresión de conocimientos, ostentado como penacho de vanidad, que el sólido criterio formado... en los estudios básicos y fundamentales”. La competencia debe surgir de la ecuación entre ese sólido criterio y el más profundo conocimiento de los hechos y derecho aplicables, éste no en función de laboratorio sino proyectado sobre la vida misma que es la que se somete al Juez, en la labor humana. Todo lo demás será hojarasca inútil, cuando no perjudicial, como lo son esas prolijas disquisiciones de Jueces noveles con escapadas hacia el extranjero, vistiendo una sentencia equivocada en el fondo. Disculpa a los excesivamente eruditos, por la reacción que en la Carrera Judicial produjeron despiadados ataques a nuestra formación y cultura jurídicas. Para situar históricamente el problema recordaremos, como uno entre mil, el ejemplo de lo que a este respecto, en 1928 en su obra “Magistratura y Justicia” decía el Sr. Beceña. Hablaba de nuestros Tribunales como lugar donde no surgía “otra cosa que la rutina curialesca, el manejo de las fórmulas rituarías, el ejemplo de la negligencia y el abandono con que se llevan las funciones judiciales, la influencia preponderante de la Secretaría en el trámite y aún en el fondo de las contiendas y acaso también el de la corrupción de la covachuela. Pero nada, en fin, que se relacione con el cultivo sistemático de su cultura jurídica”, pág. 303, y más adelante página 326, continúa: “sin el apoyo de una cultura intensa, nuestra Magistratura se encuentra sometida, sin defensa, al empuje y peso de la tradición, que en ninguna materia como esta tiene una equivalente tan exacta con la rutina”.

Saltemos ahora, con alivio, a 1950 y oímos a otro Profesor, el señor Pérez Serrano que en este mismo ANUARIO nos dice: “Proclamamos ante todo nuestra fe absoluta en la Justicia española, cuando existe como venturosamente la hay entre nosotros una jurisdicción honesta, competente y recia, ella brinda la máxima garantía y de ahí que en sus manos pongamos sin reparo nuestra vida, nuestra libertad, nuestro honor y nuestro patrimonio, porque sabemos que su mejor custodia está en los Tribunales. Y quien vive a diario en su contacto, sabe de su abnegación, de su constante ansia y acierto, de su afán perenne de hacer justicia”. (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo II, fascículo IV, pág. 1340).

Ya desde la aurora de nuestra Legislación se vino estimando la necesidad de la ciencia en la labor del Juez. Así el Fuero Juzgo—Ley VII, título II, libro I, citado por el Sr. De Diego en su Discurso de Apertura

de los Tribunales en 1940—consignaba: “Hace ya muchos siglos se dijo que dos sales entraban como ingredientes indispensables en la composición de la sentencia y antes en el espíritu del Juzgador, *sal scientiae*, sin la que aquellas serán insípidas y *sal conscientiae* sin la que serían diabólicas”. La proporción cuantitativa es de casi imposible determinación y si nuestros Jueces se vieron atacados por insípidos, según la metáfora anterior, es plausible que la reacción a que aludía el Sr. Rubio haya sido extrema y radical. Es hasta consolador que hoy el vicio sea una excesiva erudición, pues pese a alguna pedantería que sobrepase la línea de lo adecuado y elegante, el fruto ya está recogido con honrosísima satisfacción: quizá la mayor parte del esfuerzo se deba precisamente a esa Sala que el Sr. Rubio preside y que a tanta altura ha puesto el prestigio cultural de nuestra Magistratura, sin mengua de su función judicial, sino al contrario.

Posiblemente la fórmula de armonía se halle en una paternal indicación del Sr. Castán, que el Sr. Rubio recoge: “Vosotros los Jueces sobre todo, habéis de recatar pudorosamente en la fundamentación de vuestros fallos (para que no pequen de barroquismos, de oscuridad o de pedantería) el bagaje filosófico y cultural que pudiera envanecernos”. O sea, sólida cultura, y el sacrificio—uno más de la función—de velarla.

Se ocupa, volvemos al hilo de la obra, el Sr. Rubio del funcionamiento actual de la Inspección, que se amolda a las disposiciones de la Ley de 17 de julio de 1945, Ley Orgánica y Reglamento ya aludido de 1935, con algunas disposiciones legales fragmentarias y de menor importancia. Recogen estas leyes el principio de independencia y autogobierno y otorgan la plenitud de la función inspectora al Presidente del Tribunal Supremo auxiliado con delegación permanente por Magistrados Inspectores integrados en Organismo completo, y bajo su autoridad a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, con función de Inspectores regionales y los Jueces de Primera Instancia. Continúan con sus atribuciones disciplinarias la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y la de las Audiencias Territoriales y los Jueces de Primera Instancia e Instrucción. Un cuadro explicativo clarísimo, que el libro incluye, dirá al lector mucho más de lo que nosotros pudieramos reflejar.

La misión primordial de conocimiento del personal en sus aspectos de honestidad, capacidad, laboriosidad, dotes de mando, etc., etc., se debe conseguir por todos los medios, desde el estudio de resoluciones hasta el del comportamiento extraforense. Valioso elemento son los informes presidenciales fundados y reservados, las visitas, ordinarias o extraordinarias de la Inspección, y el atento examen de las caídas que en otras responsabilidades civiles o criminales o anteriores disciplinarias, haya tenido cada funcionario. Pero como interesa, tanto más, la averiguación de méritos y virtudes, también se recogerá cuanto los descubra.

Como función de vigilancia se indica el examen de Libros, la atención más diligente en cuanto a retrasos, suspensiones, y cumplimiento de los deberes de residencia y asistencia a despacho—que el Juez no es el burócrata que con estar al día en sus asuntos tiene bastante, recordaremos a

Fernández de Oviedo, refiriéndose a la época tan del gusto del Sr. Rubio, cuando hablaba de la Reina Católica, "acuérdomé, decía, verla en aquel Alcázar de Madrid con el Católico Rey Don Fernando V, su marido, sentados públicamente por Tribunal todos los viernes dando audiencia a chicos é grandes, cuantos querían pedir justicia en... aquel tiempo áureo de justicia: *é el que la tenía, valiale*. He visto que después que Dios llevó esta santa Reina, es más trabajoso negociar con un mozo de un Secretario, que entonces era con ella, e su Consejo, e más cuesta". (Quincuagena III, estancia XI.)

La función disciplinaria propiamente dicha, en su aspecto gubernativo y distinta de la disciplinaria judicial que regulan los libros I, título XIII de ambas Leyes de Enjuiciamiento, se ejerce según las normas de la Ley Orgánica. Las disciplinarias normales, conforme al art. 731 y siguientes de esta Ley, y cuyos preceptos le merecen al Sr. Rubio un favorable juicio, en cuanto invisten a los Tribunales de plena autonomía resolutive: solamente—y no es pequeña la objeción sino antes bien capital—propugna por el cambio de la vista del expediente que al encartado debe darse, por un pliego de cargos que sin mengua de las mayores amplitudes de defensa, permitiera declarar con tranquilidad a los testigos que hayan de referirse a la actuación de un funcionario en el ejercicio de la función judicial. Sentimos no disponer de espacio para reproducir una elocuente cita que de palabras del Sr. Rodríguez Jurado hace el señor Rubio: luego, en lo que éste llama la medula del procedimiento, definiendo y reitera que en la apreciación de la prueba las Salas de gobierno formen su convicción en conciencia, rayana a la extraordinaria libertad de los Tribunales de Honor, y siempre diferenciada de los principios de prueba tasada o predeterminada. Lo disciplinario anormal, o distinto de lo que es corriente, es lo que se reserva para destituir, suspender, trasladar o jubilar, como no sea por edad o voluntariamente, al Juez o Magistrado. En estos casos, con diversos planteamientos de trámite, ya no fallan los Tribunales, salvo en las suspensiones, sino que a veces con audiencia del Consejo de Estado—destituciones y traslaciones—, resuelve por Decreto el Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia: dice el Sr. Rubio, si en todo caso, previo expediente, se oye a la competente Sala de gobierno, ocioso resulta volver a escuchar al Consejo de Estado y ve en la intervención de los Consejos de Ministros y del Estado un desconocimiento del principio de independencia judicial, del que es tan ardoroso defensor.

Y llegamos al final de la obra, a lo que concierne a reformas necesarias: son sólo dos hojas, con tal sencillez de contenido, que dejarán seguramente defraudado a tanto teorizante o arbitrista como se padece entre los diletantes en la materia; sienta el autor dos presupuestos: el de que los cargos sean desempeñados por los más idóneos—con intervención de la Inspección para la adecuada selección—y el de que la reforma esencial sea la propia, cumpliendo exactamente cada uno lo que está legislado. Supuesto esto, y creemos que hasta lo que sigue holgaría, pide el señor Rubio la creación de recompensas honoríficas, que ya existen en princi-

pio e incluso en algún caso notorio el otorgamiento de pensiones. Que los nombramientos judiciales se hagan oyendo a la Inspección, sin que en ningún caso puedan tener efectividad cuando precede una tacha fundada. Que las destituciones, traslaciones y jubilaciones forzosas y no por edad se decreten por las Salas de gobierno, conalzada a la del Supremo cuando actúe la de una Territorial y sin audiencia o intervención de órganos de la Administración. En cuanto a la propia inspección, que se faculte a los presidentes del Tribunal Supremo y Territoriales para imponer de plano pequeñas correcciones y que los expedientes, con pliego de cargos y no vista al interesado, se resuelvan por la Sala de gobierno con libertad de criterio. Criterio no ya libre, libérrimo, si se trata de sancionar corrup-telas de las que enlodan a la Justicia en las bajas curias de las grandes poblaciones.

Nada más, lector; no se planea un artificio complicado, ni se articula una legislación, ambiciosa en el dogma y celosa de la previsión del caso concreto: a la experiencia del Sr. Rubio, a su conocimiento de las realidades judiciales españolas—un distinguido compañero ha llamado a este libro radiografía de nuestra Justicia—le bastan estas sencillas medidas, algunas ni aún del “Boletín Oficial” necesitan para conseguir una Justicia perfecta por la que nadie como él lucha y batalla y por la que sueña entre ilusionado y desengañado—ha vivido y ha visto mucho—, pero siempre animoso. Justicia a la que ofrenda su gloriosa vida y la cifra de esta su immaculada toga.

Cerraremos esta reseña dejando la palabra a nuestro fustigador señor Beceña, que, como sucedió con el Sr. Carnelutti, por bien opuestos caminos viene anticipadamente a defender la tesis del Sr. Rubio, cuando concluye su ya citada obra diciendo: “una mejora urgente de nuestra Magistratura sólo puede esperarse de un organismo de inspección, pero sobre todo con capacidad directa y autoridad suficiente para crear el ambiente de estímulo, trabajo y sinceridad indispensables”.

Luis LOPEZ ORTIZ
Magistrado Inspector, en la Inspección
Central de Tribunales.

SARAIVA, José H.: “O problema do contrato”. Lisboa, Jornal do Foro, 1950; 167 págs.

La persistencia del Derecho de Roma en los ordenamientos jurídico-privados actuales es más superficial que de sustancia y de menos monta que se proclama. El conservadurismo y el apego a las expresiones gramaticales consagradas han hecho persistir los cuadros formales del Derecho romano en el campo de la ciencia jurídica. Pero en el plano positivo nuevas soluciones brotan fertilmente, se delinean perspectivas distintas, surgen fenómenos desconcertantes no catalogables en los viejos esquemas formales. Esta metamorfosis del mundo jurídico se observa ya no sólo en relación con el Derecho romano, sino también con respecto al Código napoleó-

nico. La generación siguiente a la que exteriorizó su entusiasmo en el centenario de su promulgación inicia la lucha por un Derecho nuevo, demostrando que el Derecho, dotado de una vitalidad propia, desborda los moldes de la ley y sigue su propio camino.

Todos estos fenómenos de transformación de la vida jurídica patentes a nuestros ojos traen al plano de actualidad el que se hable de la "crisis del Derecho", de la cual no es sino una parte la "crisis del contrato". Pero esta última expresión puede tomarse en dos sentidos que no son sino puntos de vista diferentes. El "positivo", en que lo que interesa es la metamorfosis de la propia institución contractual. Y el "doctrinal", en que se estudia la crisis de la teoría o el desajuste de los conceptos antiguos a los nuevos hechos. El estudio desde el segundo punto de vista exige previamente el del primero.

Planteado así el problema a que se intenta dar solución, su autor procede con un método que se le impone: comenzar por el estudio de las pretendidas transformaciones positivas de la realidad jurídica, para dejarlas reducidas a su alcance exacto; estudiar a continuación las explicaciones que se han configurado para explicar estas transformaciones y que caen por su base puesto que se alzaban sobre los supuestos de hecho que previamente ha analizado; y finalmente, dejada la incógnita en carne viva, señalar la solución que aporta. Cada una de estas partes de la obra tiene un interés propio.

Escoge el autor de entre los múltiples fenómenos que constituyen los supuestos de hecho de la crisis del contractualismo—de los que hace una breve exposición previa, siguiendo a Josserand—los de decadencia de la autonomía de la voluntad; debilitación del poder obligatorio del contrato con el contrapunto del engrosamiento de su contenido obligacional; la intervención estatal en el campo de la contratación; la aparición en el mundo jurídico de unas categorías contractuales, entre las que se fija concretamente de unas categorías a favor de terceros; los acuerdos normativos y los contratos de adhesión. Uno a uno va reduciendo con una plausible claridad, que incluye ideas interesantes desde el punto de vista crítico, todos estos fenómenos a sus verdaderos límites. Es el más interesante de los capítulos del estudio.

Las construcciones doctrinales que se han formulado para interpretar estos hechos son muy numerosas. Por eso siente la necesidad de clasificarlas previamente para ir las a continuación sucintamente exponiendo al paso que se van desechando al ser incapaces de explicar la crisis debatida, ya sea por la unilateralidad con que enfocan el problema, la ligereza con que lo solucionan o el convencionalismo con que están construídas. La clasificación se hace en dos grupos: el de las "teorías genéticas o indagadoras de las causas que producen estas transformaciones y el de las explicaciones teóricas o generalizaciones que abarcan la explicación de todas ellas. Claramente se observa que estos dos grupos de teorías no se excluyen. De las primeras señala la teoría económica, la teoría sociológica y la teoría política. Entre las explicaciones teóricas, la de la socialización del Derecho, la de la conversión progresiva del Derecho privado en público, la de la relatividad

de los derechos, la de la funcionalidad, la del "standard" jurídico, la de la dinamicidad del Derecho, la teoría de la institución y la del romanticismo jurídico. La sistematización de las teorías es del mayor interés, así como parte de las anotaciones críticas a cada una de ellas; pero se excede el autor al privarlas de su evidente parte de verdad atomizada y al prescindir por completo del valor que globalmente tienen como esfuerzo de la moderna ciencia del Derecho para explicar unos hechos que están en la realidad. Su postura, empero, es lógica desde un punto de vista inmanente, pues si apreciase las tentativas de explicación, atomizada o sintéticamente, no podría entrar a exponer su propia tesis.

Este intento de solución ocupa el capítulo III de la obra y comienza por el examen de la renovación de la lógica, que pasa desde el sistema tradicional aristotélico, en el que se concibe la relación como predicativa—reflejo del modo gramatical de expresión—y necesariamente establecida entre dos sujetos independientes y anteriores al elemento lógico—subordinación a la ontología—, a la moderna lógica relacional o axiomática del pensamiento, independiente de la metafísica, desligada de los conceptos que relaciona. La relación no es más que un modo de pensar, un esquema. Todas las ciencias sufren la evolución que significa adaptarse progresivamente a los principios básicos de la lógica relacional: se aprecia claramente en las modernas concepciones físicas; pero también las ciencias morales sienten aires de renovación: la Historia, la Psicología, la Ética.

La transformación general de la ciencia se ha sentido también en la ciencia del Derecho para explicar usos hechos que están en la realidad. Su relación predicativa aristotélica es un Derecho entre "sujetos" independientes y anteriores a la relación jurídica. Consecuencia: el carácter individualista del Derecho clásico. Por el contrario, en el Derecho de nuestros días la norma contractual tiende a desprenderse de los sujetos, a prescindir de ellos, a ser únicamente un esquema contractual. La voluntad queda reducida a mero elemento dinámico, desencadenador de situaciones jurídicas ya configuradas con independencia de ellas. La persona es un puro soporte lógico, centro de una convergencia de derechos y obligaciones. Para la concepción tradicional contractualista la realidad jurídica se resolvía en contratos. Para el relacionalismo se descompone en relaciones jurídicas que son función de otras relaciones. De este modo la llamada crisis del Derecho no es más que una adaptación del Derecho positivo a una nueva actitud lógica fundamental, implícita en el espíritu del legislador. Paralelamente, la "crisis del contrato" no es más que una expresión metafórica cuya verdadera formulación sería la de "crisis de la ciencia del contrato".

La vulnerabilidad de este último capítulo constructivo de la obra de Saraiva es evidente. Basta pensar en que la lógica relacional no es más que el esquema formal del pensamiento relativista; la insuficiencia de la tesis defendida para explicar algunos hechos, como los casos de progresiva relevancia de ciertos sujetos de la relación jurídica; la quiebra misma del concepto de especulación que su estudio entraña. El autor se da cuenta de ello al rematar su obra, que califica de "temeraria", y deja reducida a

mera "hipótesis provisional susceptible de revisión y corrección ulterior y hasta de sustitución por otra teoría más adecuada".

J. M. DESANTES GUÁNTER

SAVATIER, René: "Du Droit civil au Droit public". París, 1950.—"Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui". París, 1948.

El tema de la evolución actual del Derecho civil puede decirse que es uno de los favoritos de la mejor doctrina francesa de nuestros días. Basta tener en cuenta estas dos obras de Savatier y recordar que Ripert ha dedicado otras tres a la misma cuestión (1). Podríamos añadir un sinnúmero de artículos, conferencias y aun algún otro libro de importancia (2), que Savatier, por su parte, cita cuidadosamente.

En España se había dedicado atención a esta materia por Castán en su *Hacia un nuevo Derecho civil* (3), pero desde entonces ningún otro trabajo monográfico de importancia se había llevado a cabo para descubrir las líneas que sigue en su evolución el Derecho privado, si bien han sido muy frecuentes las referencias a ellas en el tratamiento de cuestiones determinadas y en las obras de conjunto. No se puede decir, pues, que en nuestra Patria haya pasado desapercibida esa evolución del Derecho civil, pero falta una obra que la señale de una manera sistemática en sus últimas manifestaciones y, sobre todo, que confronte los límites hasta donde han llegado el legislador y la Jurisprudencia. Esto es precisamente lo que con referencia al Derecho francés y en parte también al de la provincia de Quebec (4) hace el autor en estos dos trabajos recientes, de los que daremos rápidamente noticia.

Du Droit civil au Droit public es una recopilación de conferencias dadas en el Canadá en 1945, publicadas este año sin alterar porque, a juicio de Savatier, señalan "un momento crucial, el de haber adquirido conciencia de una transformación profunda de nuestro derecho, casi del comienzo de una nueva era jurídica"; pero "como el tiempo no ha dejado de seguir su camino", cada capítulo va seguido de unas páginas nuevas, escritas ahora para seguir observando esa evolución comenzada y comprobar que las predicciones hechas respecto a ella en 1945 se han cumplido efectivamente.

(1) *El régimen social democrático y el Derecho civil, Los aspectos jurídicos del capitalismo, Le déclin du Droit*. Además, podría citarse su crónica *Dallos du Droit contractuel au Droit de l'entreprise*.

(2) *El individualismo y el Derecho*. WALINE: *La révolte du Droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques*. Marin, 1945.

(3) Vid. MASEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. París, 1947-50. El profesor Esmein consagró su último curso, en el Doctorado, al tema y están publicadas en "polycopié" sus conferencias.

(4) Debido a que el primero de ellos es la recopilación de una serie de conferencias dadas en Montreal, en la Universidad Mc. Gill.

El segundo trabajo está escrito en 1948, en el intermedio, pues, resaltando los hechos económicos y sociales que presionan al Derecho civil en su evolución, de acuerdo con su expresivo título.

El tema general de la evolución.—El Derecho civil tradicional responde a una idea central—dice Savatier—, la de la libertad individual. Ha surgido de la revolución del Cristianismo, que ha sido el primero en reconocer la libertad humana. La ha desenvuelto la Revolución francesa en una segunda conquista de la libertad... Pero el hombre tiene deberes hacia la Humanidad y especialmente hacia su nación, cuya reglamentación corresponde al Derecho público. He aquí, pues, cómo el Derecho civil se une con el público. Un simple examen general demuestra, por otra parte, que ese segundo aspecto tiende a incrementarse modernamente y hay un peligro consiguiente, incluso de orden filosófico: el de subordinar sistemáticamente, doctrinalmente, el hombre a lo social, la persona humana a la pública, el individuo a lo colectivo. Por lo tanto, hay que ponerse en guardia, porque no es verdad que el hombre haya sido creado para la sociedad, sino viceversa.

He aquí el programa general de Savatier: seguir esa evolución y, sobre todo, denunciar sus excesos con valentía, reaccionar contra la excesiva publicación del Derecho privado y afirmar resueltamente su perennidad, a pesar de todas las metamorfosis. Para lograr esto ha necesitado una gran agilidad expositiva al servicio de los enfoques generales que hace y dar prueba de gran agudeza para la crítica y de sensibilidad para percibir esos nuevos hechos que aparecen e influyen en la sociedad moderna. Estas son las cualidades de las dos obras comentadas. Ambas son, además, muy útiles para conocer el Derecho francés, en sus temas más importantes. Por todo ello, consideramos interesante dar una breve idea de su contenido.

La evolución en materia contractual.—El dinamismo que la produce se compone de dos elementos, uno económico y otro social: la producción colectiva y el sentimiento de justicia social que lleva al legislador a la protección de los económicamente débiles. Ambos elementos tienen su origen en la conquista por el hombre de las fuerzas de la Naturaleza. Como consecuencia, en fin, de tal dinamismo la fisonomía del contrato ha cambiado, ha llegado a ser colectivo, forzoso; se puede decir de él que es en algunos casos estatal, científico, internacional. Por otra parte, donde había relaciones contractuales surgen relaciones de mero hecho paracontractuales: la de trabajo, la de ocupación. En esta quiebra del contrato aparece finalmente ocupando su sitio la institución, que no es más que la instalación en el espacio y en el tiempo de ese dinamismo. Las instituciones se armonizan en el "plan"; y esto reduce aún más la libertad contractual.

Es interesante el estudio que hace después de la técnica que produce la transformación del contrato: la voluntad de las partes se sustituye por la ley. El contrato autorizado y el reglamentado son los procedimientos utilizados, llegando a veces al forzoso y aun al ficticio. El legislador no se detiene ante los contratos vigentes; los amputa de efectos, les añade otros nuevos, dirige los que están produciendo.

Dados los caracteres de la institución, durable, jerárquica, moldeable,

el legislador se sirve mejor de ella que del contrato para su fines y comienza el camino, hacia el Derecho público, mediante la economía dirigida. Pero el contrato no desaparece. Revive en el mercado negro, en las relaciones entre las empresas estatales que en la misma Rusia se operan por medio de contratos libremente pactados...

En fin, el cuadro que nos presenta Savatier es sugestivo; el dibujo que hace de la evolución, apoyándose en la fulgurante idea de la institución, resulta perfecto. Sin embargo, sería interesante en cada caso saber si estos nuevos fenómenos aumentan o disminuyen la libertad individual, porque se suele presentar ese desfile de nuevas figuras como siguiendo al entierro de la libertad cuando en realidad ciertos intervencionismos estatales no conducen, a nuestro modo de ver, a tales resultados. En materia de arrendamientos, por ejemplo, si la prórroga forzosa disminuye la libertad del propietario, aumenta, en cambio, la del arrendatario, que puede elegir entre continuar o marcharse. La libertad no ha disminuído, sino que se ha desplazado porque el legislador actual prefiere proteger los valores que tienen por base el trabajo personal, como la empresa, la propiedad "culturale" del arrendatario. En el caso del contrato de trabajo, la libertad se puede desplazar a otros momentos distintos del de contratar, al de elegir los representantes sindicales o votar las condiciones que habrán de ser propuestas al empresario o al Gobierno, y el Estado, al reconocer o imponer estas formas de contratar, actúa protegiendo tal libertad individual. No hay, pues, que entonar en todo caso un canto fúnebre en honor de aquélla.

En cuanto a la evolución en España, ha seguido el mismo camino que en Francia, aunque tal vez no haya alcanzado tan lejanos desenvolvimientos por la mayor simplicidad de nuestra vida económica y social, pero podrían encontrarse ejemplos de todas las especies.

La evolución de la familia.—Para Savatier, dentro de una concepción amplia de la personalidad moral, la familia es un sujeto de derecho de esa clase. Cita una serie de derechos que le pertenecen como tal persona moral: derechos extrapatrimoniales, como el título nobiliario, o patrimoniales, como el derecho a los recuerdos de familia. Esta idea de personalidad moral—que, por otra parte, no todos los autores admiten en Francia—serviría notablemente para defender a la familia frente al Estado. Apoyándose en ella, se han intentado reformas legislativas tendentes a establecer una comunidad de adquisiciones, en todo caso, entre los esposos (5).

Por nuestra parte, no creemos que haya necesidad de recurrir a la construcción de la personalidad jurídica de la familia para explicar esos efectos especiales citados por Savatier. Más realista es ver aquí, como en el caso de la Empresa, una idea que debe ser tenida en cuenta por el jurista para resolver una porción de problemas que no pueden de otra manera ser enfocados convenientemente si se parte de la base de que el Derecho tiene como único destinatario el puro individuo. Creemos, pues, que es a

(5) Sobre este tema puede verse la interesante tesis de CHAINE: *Contribution à l'étude du patrimoine familial dans le Droit français*. Lyon, 1943.

esta idea a la que se refiere Savatier cuando habla de personalidad en sentido amplio.

Estudia asimismo éste, el apasionante tema de las relaciones entre el derecho de familia y las conquistas de la Biología, dejando bien sentado que no concierne a la Biología dirigir el Derecho, sino todo lo contrario. Con un Derecho "arraigado en la roca irrompible del Derecho natural" como dice De Castro—podrán resolverse las cuestiones que se presenten en este terreno que no deja de inquietar a los moralistas.

La marcha de la familia hacia los dominios del Derecho público está representada por numerosas disposiciones legislativas, como la Ordenanza de 3 de marzo de 1945, creando las asociaciones familiares con facultades para perseguir la propaganda inmoral, etc.

En el Derecho español, la protección de la familia está abandonada en gran parte a las concepciones religiosas que dominan en la sociedad, pero importantes normas tienden a reforzarla e incluso sería cosa tal vez de plantearse la cuestión de establecer cierto control del ejercicio de la patria potestad, al que Savatier se muestra, bajo determinadas condiciones, favorable.

La evolución en el Derecho patrimonial.—Sobre la evolución en materia agraria puede verse nuestra nota al libro de Juglart y la destinada a comentar más especialmente la legislación francesa de arrendamientos y aparcería.

Trata aquí Savatier de la socialización de los contratos de trabajos humanos, manifestada en múltiples disposiciones. Nos indica cómo por todas partes los asalariados ascienden a la conquista de la empresa; la ley instala en las posiciones dominantes delegados de personal, comités de fábrica, etc. Esto señala una mentalidad nueva de los asalariados, que adquieren conciencia de que la empresa en gran parte se reduce a ellos mismos. Savatier hace votos por que la liberación así conseguida vaya asociada a la responsabilidad por los riesgos asumidos mediante ella.

La evolución del Derecho patrimonial hacia el Derecho público ofrece sin duda aspectos interesantes: aumenta la importancia de la propiedad colectiva, las sociedades anónimas son como pequeños estados de interés privado que no pueden gozar de las prerrogativas puras de su propietario; la propiedad colectiva con fin social se ha desarrollado enormemente; la misma propiedad individual ha cambiado de carácter; las nacionalizaciones aumentan, pero, por otra parte, como contrapartida de la publicitación al insertarse en el Derecho público la noción de beneficio, el alma de la propiedad privada sobrevive en este nuevo terreno. Esta entrada se manifiesta de una manera importante gracias al cambio de criterio de la jurisprudencia francesa en materia de fundaciones, para las que el Code había tenido un criterio prohibitivo, debió a su espíritu laico o individualista. Es en esta materia—nos dice Savatier—donde el Derecho público ha realizado un armonioso maridaje. Esta maridaje de Derecho público y privado parece ser la nota general, a nuestro modo de ver, en lugar de aquella publicitación del Derecho privado de que se venía hablando hasta hace poco tiempo con demasiada insistencia.

La evolución en materia de responsabilidad.—La parte más importante,

tal vez de la primera de estas dos obras *Du Droit civil au...*, está consagrada a este tema, en cuyo tratamiento descuellan las cualidades de jurista de Savatier.

Comienza señalando la expansión de la responsabilidad. Afirma su fundamento moral. La culpa individual es la fuente esencial de la responsabilidad, y frente a la socialización hay que mantener esa fuente abierta, obligando al responsable a cubrir por sí una parte de la indemnización. Constata la extensión del riesgo por el hecho de otro y la materialización de la responsabilidad del jefe. Estudia debidamente el riesgo por el hecho debido a las cosas. Asimismo, la relación de influencia mutua entre el seguro y la socialización de la responsabilidad, y acaba sentando las etapas en la evolución hacia el Derecho público: seguro obligatorio, seguro ilimitado, seguro estatal. De 1945 a 1950 la socialización ha hecho progresos mediante la nacionalización de las principales Compañías de seguros y por la disolución de la responsabilidad por accidentes de trabajo y seguros sociales en la "Securité Sociale".

Gran parte de estas observaciones pueden aplicarse a España, si bien no creemos que esté desarrollada tan ampliamente la materia de responsabilidad; sobre todo en la doctrina, encontramos en Francia una especial atención para este tema.

"*Beati possidentis*".—Bajo este título se trata de las situaciones de privilegio creada por el nuevo Derecho civil a favor de comerciantes, arrendatarios, etc. Savatier critica duramente a la legislación de arrendamientos por haber creado estos nuevos monopolios, con los que los arrendatarios, a pesar de la prohibición de subarrendar, trafican ilegalmente. A nuestro modo de ver, importantes distinciones deben hacerse en este punto. Bien está que al arrendatario se le prohíba subarrendar para evitar que se enriquezca con un privilegio que le ha concedido la ley, no por ser arrendatario sino por ser empresario, pero por lo mismo no creemos que deba haber inconvenientes para que aquél pueda enajenar su derecho de arrendamiento englobado dentro de la enajenación de la empresa agraria como valor creado por él, con el cual puede enriquecerse.

A pesar de todo, debe tenerse en cuenta la observación de Savatier a propósito del peligro de que mediante esos monopolios se cree un capitalismo menos defendible en equidad que el antiguo.

Proletarización de Derecho civil.—Se ha hablado de ella estimando que el Derecho civil debe corregir las diferencias de clase, o bien sosteniendo que las concepciones burguesas deben ser sustituidas en el espíritu de este Derecho por las proletarias. Efectivamente, dice Savatier, el Code estaba, sobre todo, preocupado por la conservación y aumento de la fortuna material, mientras que el nuevo Derecho tiende a proteger más al trabajo; pero esto no supone una desaparición del derecho de propiedad, sino un cambio de objeto: aparecen los "fonds de commerce", las explotaciones rurales, el fondo artesano, el despacho profesional. Efectivamente—añade—, la revalorización del trabajo con respecto al capital puro responde a una idea de justicia. Este progreso alantea problemas jurídicos aun no resueltos. El régimen de sucesión, matrimonial, etc., estaban

ideados para bienes en su estado, sin incorporación de trabajo. La adaptación es difícil.

He aquí una de las observaciones más clarividentes de la obra de Savatier, la que puede ser resumen del nuevo Derecho civil, que habrá de esforzarse por asimilar los nuevos valores creados, dentro de sus cuadros tradicionales. Las ideas de empresa, familia e incluso de corporación profesional a que tan frecuentemente nos hemos referido aparecen, pues, en el centro de la realidad nueva que el Derecho debe regular teniéndolas en cuenta.

Alberto BALLARIN
Letrado de la D. G. R. N.

SOTGIA, S.: "La cessione dei beni a iereditori", vol. IX, tomo III, fascículo 3.º del "Trattato di Diritto civile italiano", de Vasalli. Turín, UTET, 1949; 88 págs.

Después del último intento constructivo de la cesión de bienes realizado por Saivi (1) bajo el nuevo Código civil, la obra de Sotgia viene a ofrecer un balance doctrinal de las diferentes teorías formuladas por los autores italianos, perfilando al mismo tiempo de forma clara el instituto con nuevas y valiosas aportaciones.

El libro contiene en sus tres últimos capítulos una acabada exposición sobre la estructura, elementos constitutivos, objeto, contenido, forma, efectos y fines del contrato de cesión de bienes a los acreedores, de acuerdo con las disposiciones dictadas por el legislador italiano de 1942.

Pero los capítulos que tienen mayor interés son los tres primeros. Tras de hacer en el capítulo I unas breves consideraciones acerca del desarrollo histórico y moderno de la "cessio bonorum", el autor examina en el segundo las diversas teorías sobre su naturaleza jurídica, sometiéndolas a crítica y pasando seguidamente a exponer en el capítulo tercero la propia construcción.

Sotgia concibe la cesión de bienes como un mandato liquidatorio e irrevocable, con poderes implícitos de representación. Con esta fórmula feliz explica satisfactoriamente toda la mecánica de la "cessio bonorum", sin necesidad de recurrir a otros conceptos más o menos extravagantes.

Su acierto estriba a nuestro juicio en haber sabido calar hondo la medula de esta complicada "quaestio", que como en otras muchas ocasiones está en el prolema causal. En efecto, Sotgia toma como punto de partida de su agudo análisis la función del contrato, en la que descubre una especie particular de la "causa mandati" ("mandato a liquidare"). Su irrevocabilidad resulta de ser concluído también en el interés de los cesionarios (mandatarios "in rem propriam"). Y los efectos producidos en las relaciones externas aparecen clarísimas a la luz de la procura implícita en la forma pública, así como los originados por el fin del negocio.

(1) *La cessione dei beni ai creditori*, Milán, 1947. Vid nuestra recensión en este ANUARIO, t. II, fasc. I, pág. 237-238.

La manera de conducir la investigación merece los mayores elogios. En ella se encuentran hermanados un profundo respeto por los conceptos tradicionales y una atenta consideración de los intereses en litigio, todo ello sin esforzar los textos legales, que son armónicamente interpretados, al margen de prejuicios de tipo dogmático.

Juan B. JORDANO

TABORDA FERREIRA, Vasco: "A teoria da devolução no Direito português". Lisboa, ed. Jornal do Foro, 1949.

Breve estudio en el que el doctor Taborda Ferreira, profesor de Derecho internacional en la Universidad de Lisboa, analiza, en rápidos, pero seguros trazos, el interesante problema del "renvoi" en el ordenamiento lusitano.

Después de pasar revista a los trabajos preparatorios del Código civil portugués y a la opinión de los primeros comentaristas, examina detenidamente las posiciones, en otro tiempo mantenidas, por el ilustre internacionalista Machado Vilela y por el consejero Martins de Carvalho, concluyendo por afirmar que la teoría de la devolución no se encuentra consagrada en el Derecho positivo portugués. Por otra parte, según Taborda, la actuación práctica de esta teoría únicamente sería posible cuando fuera condicionada y parcial; de otro modo nos llevaría sin remedio al inevitable *circulus inextricabilis* de que clásicamente hablan sus negadores.

Por tanto, a juicio del autor, la devolución no es admisible en faz de la ley portuguesa: a) porque es contraria al pensamiento del legislador, que ni siquiera se planteó el problema del reenvío; b) porque nada en el conjunto de la legislación portuguesa impone que la teoría de la devolución, excepcionalmente admitida, se encuentre genéricamente consagrada; c) porque la devolución es contraria a la propia letra de la ley general; d) porque la devolución no se puede presumir, pudiéndose únicamente tener por legislativamente consagrada cuando sea aceptada de forma expresa; e) porque la aceptación genérica y legislativamente descontrolada de la devolución es condenada por la ciencia, pudiendo levantar tan sólo dificultades que la interpretación no consigue superar.

Dió origen a este sugestivo estudio un complicado asunto sobre el que fué llamado a emitir dictamen el profesor Taborda Ferreira, que, a pesar de su juventud cuenta ya con una lucida actuación profesional en la docencia y abogacía. En breve, tendremos la oportunidad de referirnos a su último libro sobre la nacionalidad, aun pendiente de publicación, en el que, de forma original, enfoca algunos de sus aspectos más importantes.

Juan B. JORDANO BAREA

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

A. BORDA, Guillermo: "Concepto de Ley de orden público". *La Ley*, 58, 1950, págs. 1-4.

Las dificultades que la doctrina ha encontrado para dar un concepto de "orden público" obedecen, dice, a que no se perdían de vista las aplicaciones que se querían dar al principio. Considera que una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales sólo juega un interés particular; son sinónimos los conceptos de ley imperativa y ley de orden público.

ALVAREZ GENDIN, Sabino: "Proyección del Derecho público sobre el Derecho privado". *Revista de Estudios de la vida local*, 50, 1950, páginas 161-191.

La pretendida distinción entre ambos derechos en base a que los derechos subjetivos privados son renunciables mientras que no lo son los subjetivos públicos, no es demasiado útil, ya que el Derecho privado no es tan voluntarista como se le pretende caracterizar; pues todos los derechos subjetivos privados tienen un límite, y aun los derechos que nacen del propio derecho privado no son tan renunciables como se pretende sostener.

Analiza los distintos criterios de diferenciación para terminar estudiando la influencia del Derecho público en el Derecho privado en los casos de: Contrato de trabajo, arriendo de fincas rústicas, contrato de inquilinato y del alquiler de locales de negocio, contrato de transporte, abastecimiento y suministros de artículos de primera necesidad y ejercicio de profesiones liberales.

COUTER, Eduardo J.: "El porvenir de la codificación y el "common law" en el continente americano". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 1, 1950, págs. 147-165.

Un examen de las ventajas e inconvenientes de uno y otro sistema, le lleva a afirmar que a la concepción norteamericana del derecho le espera a plazo lejano, pero cierto, una tendencia hacia la sistematización, por la razón de que el derecho del "caso por caso" es el derecho de la mentalidad primitiva, y el derecho de la sistematización el derecho de la mentalidad evolucionada.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 1932, que no fueron "seguidos inmediatamente" de éste. ¿Es precisa su transcripción? "Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 120, 1950, páginas 1-6.

Una serie de disposiciones, fruto de la labor legislativa del nuevo Estado, han tratado de poner remedio a las anómalas situaciones creadas por la aplicación de la Ley de matrimonio civil, de 28 de junio de 1932; no obstante, y como secuela de la desorientación que tal norma produjo a los católicos, todavía quedan en pie algunos problemas como es el que titula el artículo. Del análisis de los diversos preceptos deduce el autor la necesidad de tal transcripción.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Inscripciones de nacimiento, fuera de plazo, de hijos nacidos dentro de los primeros ciento ochenta días del matrimonio. ¿Procede con carácter de legítimos?" *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 122, 1950, págs. 1-6.

Caben dos supuestos: Si quien solicita la inscripción es el padre, no hay duda que aquella ha de hacerse como legítima. Cuando ha fallecido el padre y la solicitante es la madre o el propio hijo, la cuestión no es tan clara y habrá que estar a cada uno de los tres casos que enumera el artículo 110 del Código civil, y, particularmente, a los de que hubiese tenido el marido conocimiento del embarazo de la mujer, o hubiese reconocido al hijo como suyo expresa o tácitamente.

GOMEZ-ACEBO SANTOS, Felipe: "Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica". *Revista de Derecho Privado*, 399, 1950, páginas 493-510.

La lesión ha sido de siempre muy discutida; el problema que entraña es el de si el simple desequilibrio en el valor de las prestaciones legitima una reacción del derecho objetivo contra la obligatoriedad de lo conve-nido, y si se contesta afirmativamente determinar en qué supuestos y dentro de qué límites cabe admitir la lesión.

Estudia la lesión en sí misma, a través de la Historia y el Derecho Comparado, para detenerse en España, donde analiza sus precedentes y, por fin, cómo la regula el Código civil. Propugna una nueva estructuración técnica de la lesión como causa rescisoria en base a determinados principios innovadores, ya que sólo con ellos se logrará lo que la técnica y las necesidades reclaman.

HEDEMAN, Justus W.: "Cincuenta años de vigencia del Código civil alemán". *Revista de Derecho privado*, 397, 1950, págs. 293-307.

El Código civil alemán entró en vigor el 1 de enero de 1900; desde entonces, Alemania ha pasado por muchas conmociones, que el B. G. B. ha superado felizmente, a pesar de lo cual sería erróneo afirmar que sigue siendo el mismo de 1900; su fisonomía ha variado en muchos aspectos que el autor destaca examinando cada una de sus partes: general, obligaciones, derechos reales; derecho de familia y sucesiones.

Termina afirmando que el B. G. B. merece toda suerte de plácemes, pues entre otras cosas ha contribuido a que el pueblo alemán, a pesar de su circunstancial división política, haya permanecido unido.

LOPEZ ALARCON, Mariano: "La inscripción en el Registro Civil". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 119, 1950, págs. 1-6.

Con frecuencia se utiliza erróneamente el término inscripción referida al Registro Civil; por inscripción, entiende el asiento positivo y extractado, cuyo contenido es elaborado por el Registrador, de acuerdo con la Ley, y valiéndose de los títulos que le son facilitados o se procura al efecto.

LOZANO SERRALTA, Manuel: "Identificación y centralización de datos del estado civil". *Información jurídica*, 84, 1950, págs. 621-651.

Identificación es el acto de identificar, es decir, la confrontación entre una supuesta identidad y la que realmente tiene un individuo; el estado, para Pianol, es ciertas condiciones que la Ley toma en consideración para atribuirles efectos jurídicos. La diferencia entre estado y la identidad de las personas se comprende claramente en cuanto la identidad no es ninguna cualidad o condición jurídica de las mismas, sino el resultado de una averiguación.

Para que la identidad de las personas llegue a ser viable, es preciso que las informaciones para acreditar la identidad, la inmediata expedición del documento identificatorio y, en suma, la representación, junto al público, de los interesados, debe hallarse a cargo del Registro Civil.

MUNOZ MORALES, Luis: "Enmiendas al Código civil de Puerto Rico, posteriores al año 1930". *Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia*, 11, 1950, págs. 4-39.

Tampoco en Puerto Rico se ha procedido a la reforma anual del Código civil que aquél preveía, y sin embargo, muchos artículos están en-

mendados, y ello es lo que pretende el autor: exponer las enmiendas sufridas anotando a continuación de cada uno su concordancia con el Código español, con el revisado de 1902 y con el de Lousiana.

2. Derechos reales

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

DUVAL, Carlos A.: "La Propiedad horizontal en la Ley argentina". Revista del Notariado. Buenos Aires, enero-febrero, 1950, págs. 5-11.

Pondera el autor la oportunidad de la reglamentación de la propiedad horizontal en la legislación argentina por medio de una ley y un reglamento. Y a continuación estudia alguna de las características más salientes de esta regulación. Entre ellas es interesante la obligatoriedad de instituir entre todos los propietarios de la finca el reglamento de copropiedad y administración que se redactará por escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad, habiéndose de proveer en él obligatoriamente a la designación del administrador representante de los copropietarios, su remuneración y forma de remoción; la forma y proporción de la contribución de los propietarios a los gastos comunes y la manera de convocarse y funcionar la reunión de propietarios. Estudia una por una cada una de estas previsiones obligatorias del reglamento establecido por el consorcio de propietarios.

PEREIRA DA SILVA: "O direito de propriedade na Constituição de 1946". Revista forense. Río de Janeiro, febrero, 1950, pág. 357.

Califica la Constitución de 1946 como una reacción contra el estatismo que impregnaba la Carta de 1937, de fondo nítidamente totalitario. Estudia las disposiciones de la Constitución relativas a la propiedad y en relación con ella los conceptos de "bienestar social", "expropiación", "uso" y "abuso" del derecho de propiedad. Termina con el examen de las cuestiones de arrendamiento en relación con estos conceptos estudiados, referentes al derecho de propiedad.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

AGUILAR GUTIERREZ, Antonio: "El período preliminar o de formación del contrato y la responsabilidad precontractual". Boletín del Instituto de Derecho comparado de Méjico, 7, 1950, págs. 69-91.

Se entiende por *período preliminar o preparatorio del contrato*, todas aquellas cuestiones que pueden surgir desde el momento en que las partes

se pone en relación para contratar, sea a virtud de simples conversaciones preliminares, en las que todavía no puede encontrarse una oferta propiamente dicha, sea a consecuencia de una policitud que reúna todas las condiciones requeridas por la Ley. Pero el estudio del período preliminar o preparatorio del contrato implica el que no pueda perderse de vista el determinar si cabe hablar de una responsabilidad precontractual, y si, admitida ésta, el responsable debe o no resarcir los perjuicios.

Examinada la cuestión a través del Derecho mejicano, concluye el autor afirmando que en aquel Derecho es posible tal forma de responsabilidad, pero sin que nunca tenga tal eficacia que obligue a los contratantes a celebrar el contrato; pues es evidente que la libertad de contratación trae implícita la de no contratar.

ARCHANGO, S.: "El plazo de aviso en la negativa de prórroga del contrato de inquilinato por la causa primera del artículo 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Revista de Derecho privado*, 398, 1950, páginas 432-437.

En el supuesto de la causa primera del artículo 76, se ha establecido un plazo de aviso que se ha fijado en un año, común a contratos de inquilinato y arrendamiento de locales de negocio. Sin embargo, queda en pie la cuestión de determinar si hecha la notificación a que se refiere el artículo 82 de la Ley, el arrendador, sin esperar que transcurra el año, puede lograr que se declare judicialmente resuelto el contrato, condicionando su ejecución al vencimiento del plazo de aviso.

Basándose en dos sentencias del Tribunal Supremo, una de 9 de marzo de 1949 y otra de 14 de mayo de 1949, y tras de examinar las razones en pro y en contra, considera que se infringe la Ley al resolver el contrato de inquilinato antes de transcurrir el plazo de un año que para aviso de la negativa de prórroga fija el artículo 82 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "En torno a la publicación del contrato".

Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 126, 1950, págs. 1-6.

Se asiste en la actualidad a la llamada publicación de los contratos, entendiéndose por tal hecho evidente de que cada día es menor la órbita reservada en el Derecho contractual a la autonomía de la voluntad, y mayor la zona del mismo sometida a las normas inderogables de orden público, afectando las transformaciones, tanto a la técnica de elaboración del vínculo como a sus condiciones de forma, contenido de sus factos y su permanencia en el tiempo.

De todos modos, concluye el actor, si bien cabe admitir el advenimiento de modificaciones temporales y accesorias en el campo del Derecho civil y mercantil, determinadas en la mayoría de las ocasiones por razones de necesidad y urgencia económica y social, tampoco pueden desconocerse las que determina la seguridad jurídica general; por ello, en la

actualidad, la fuerza de esta corriente no ha llegado a ser tal que permita creer en una transformación total del derecho de la contratación, ni en una mutación importante de los principios que históricamente lo inspiran.

GALVAO TELES, Inocencio: "Mandato. Anteproyecto de un capítulo do futuro Código civil portugués". Boletín do Ministerio de Justicia, 16, 1950, págs. 38-46.

En treinta artículos regula el mandato, pero como sobre ello se extiende expresamente nuestro colaborador, Jordano Barea, en la sección de Noticias extranjeras, a ella remitimos al lector.

L. PORTAS, Nestor: "La prescripción del crédito del subrogado". La Ley, 58, 1950, págs. 1-3.

Comienza señalando la naturaleza jurídica del pago con subrogación, distinguiendo dentro de éste y de acuerdo con los artículos 767 y 768 del Código civil, la subrogación convencional y subrogación legal. Por lo que hace a la prescripción del crédito del subrogante, siendo así que tiene la misma naturaleza que el del subrogado, el término de aquélla es el mismo; el plazo comienza a contarse desde el día en que vence la obligación primitiva.

PEIRANO FACIO, Jorge: "Obligaciones de dar, hacer y no hacer". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales, 1, 1950, páginas 225-254.

Constituye la clasificación tradicional y se refiere al objeto material de la prestación. Estudia los orígenes de la clasificación, las críticas de que ha sido objeto valorándolas una a una.

Finalmente, estudia cada una de las anunciadas, deteniéndose especialmente en las obligaciones de hacer y no hacer.

SABATER, A.: "El artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el Código civil". Revista de Derecho privado, 399, 1950, págs. 536-539.

La *analogía legis*, que se deriva del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, plantea el problema de determinar si debe regir como sola y única fuente sustantiva en los casos en que deba aplicarse el régimen especial de alquileres urbanos. Es evidente que al no haber precepto en que especialmente se impida la aplicación del Código civil, dado el carácter de *ius commune* de éste, actuará completando y supliendo las deficiencias de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a donde ella por sí o mediante su aplicación analógica no alcance en tanto los preceptos a aplicar no la contradigan.

SATANOWSKY, Marcos: "Unificación del derecho de las obligaciones y contratos civiles y comerciales". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales, 1, 1950, págs. 131-146.

La vieja cuestión sobre la autonomía del Derecho mercantil encuentra eco en este artículo si bien se concreta al caso de las obligaciones y contratos.

El autor, tras de examinar algunos conceptos básicos y de tomar como punto de partida el Código civil italiano de 1942, se inclina por la unificación que una vez producida no interesará saber si el acto ha sido realizado por comerciantes o civiles, o si se trata de un acto mixto; la Ley sería siempre la misma.

VELASCO ALONSO, A.: "Algunas consideraciones sobre la cláusula "valor oro". Revista de Derecho privado, 399, 1950, págs. 530-536.

Si la cláusula valor oro ha encontrado predicamento entre algunos juristas apoyándose en el *pacta sunt servanda*, no hay que desconocer que el rigor del principio es incuestionable en tanto que los pactos se mantengan dentro de los límites señalados en el artículo 1.255 de nuestro Código civil, pudiendo llegar a veces a considerarlos ineficaces si contradicen los principios que rigen la estructuración jurídica de nuestra política económica.

4. Derecho de familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

DAZA RAMIREZ, Luis Carlos: "La legitimación en el Código civil colombiano". Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá), 426, 1950, págs. 42-50.

Analiza la trascendencia que ha tenido la Ley 45 de 1936, en relación con lo dispuesto en el Código civil colombiano, respecto a la legitimación.

Afirma que puso fin a la distinción de los hijos ilegítimos en naturales y espúreos o de dañado y punible ayuntamiento, quedando, por tanto, reducidos a la categoría de hijos ilegítimos o naturales simplemente. En cuanto a la forma de legitimación, el derecho colombiano no acepta más que la legitimación por el matrimonio posterior de los padres, aunque algunos autores consideran como posible el que el Congreso puede otorgar la legitimación sin necesidad del matrimonio, en forma semejante a la usada en el derecho español por medio del rescripto del príncipe.

DOMINGUEZ BENAVENTE, Ramón: "La filiación en el proyecto que propone diversas modificaciones al Código civil chileno". *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 68, 69 y 70, 1949, págs. 197-208, 325-355 y 449-461.

Examina las novedades que presenta el proyecto de modificación del Código civil chileno en relación con la filiación.

Afirma que la legislación chilena admite las tres clases de filiación: legítima, ilegítima y adoptiva; correspondiendo la primera a los hijos concebidos en matrimonio verdadero o putativo.

La reforma afecta principalmente al tratamiento de los hijos simplemente ilegítimos, facilitándoles los medios de demandar alimentos a su padre o madre.

MARIN PEREZ, Pascual: "Sobre el concepto de bienes parafernales". *Revista de Derecho privado*, 399, 1950, págs. 510-529.

Como afirma el autor, se propone en este trabajo llamar la atención sobre la importancia que tienen los bienes parafernales en orden a la adopción de una solución ecléctica sobre el tan debatido problema de la independización económica de la mujer en el matrimonio.

Después de un detenido estudio a través de la historia del derecho comparado y de la doctrina, llega entre otras a las siguientes conclusiones:

Los bienes parafernales son una institución surgida en el derecho romano, no debiendo al derecho griego más que el nombre.

Surgen los parafernales para contrarrestar la potestad absoluta del *paterfamilias* y fortalecer la personalidad de la mujer casada.

Si bien existen diferencias técnicas entre los bienes *parafernales* y los reservados, es lo cierto que el espíritu de ambas instituciones es idéntico: robustecer la capacidad de la mujer casada, cuyo espíritu fué bastardeado por el Código civil por haberse inspirado enteramente en la tradición histórica *castellana*.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco: "Ley de adopción de menores". *Revista Internacional del Notariado*, 4, 1949, págs. 356-372.

Define la adopción como una institución de derecho que crea un vínculo de filiación legítima entre personas que se hallaban desvinculadas de tal relación de familia.

Examina la Ley argentina de 15 de septiembre de 1948 sobre adopción, de la que obtiene los efectos principales de la misma, entre los que destacan:

El *parentesco* se limita al adoptante y al adoptado no extendiéndose a los demás parientes del adoptante.

En cuanto a las relaciones sucesorias, el adoptado adquiere la cualidad de "heredero forzoso" del adoptante.

El adoptado no puede tener más de dieciocho años, no pudiendo ser adoptado por más de una persona, salvo el caso de matrimonio.

MASSINI EZCURRA, Carlos: "El matrimonio de la mujer viuda ante el Registro civil". *La Ley*, revista jurídica argentina, 58, 1950, páginas 1-2.

Examina el artículo 93 de la Ley argentina del matrimonio civil, según la cual la mujer *no podrá* casarse hasta pasados diez meses de disuelto o anulado el matrimonio, a menos de haberse quedado encinta, en cuyo caso podrá hacerlo después del alumbramiento.

Considera que no está permitido a la mujer viuda contraer matrimonio antes de transcurrido el plazo que establece la Ley, ya que cuando el legislador ha establecido una prohibición y *aunque no lo diga expresamente*, todo lo que haga en contra de ella es nulo.

RETA, Primitivo C.: "La enajenación por el marido de los bienes del matrimonio inscritos a nombre de la mujer". *Revista del Notariado*, 582, 1950, págs. 12-18.

Se refiere el artículo 1.277 del Código civil argentino, que concede al marido el derecho de enajenar los bienes del matrimonio, salvo los derechos de la mujer cuando la enajenación fuese en fraude de ella, y examina en qué circunstancias podrá la mujer ejercitar sus derechos.

Afirma que el marido, como administrador legítimo del matrimonio, puede enajenar válidamente los bienes inmuebles de la sociedad conyugal, aun cuando estén registrados al solo nombre de la mujer, y si los bienes hubiesen sido realizados en su perjuicio, ésta sólo tendría una acción personal contra su marido, deducible después de decretada la separación de bienes, y, en consecuencia, el dominio transferido a terceros no puede ser alcanzado por ninguna acción de la esposa.

RICORD, Humberto E.: "El Derecho panameño ante la cuestión del régimen matrimonial". *Boletín del Instituto de Derecho comparado de Méjico*, 7, 1950, págs. 9-67.

El Código civil panameño se refiere a la materia de los bienes patrimoniales en el Libro IV, que trata de las obligaciones en general y de los contratos. Afirma el Sr. Ricord que los principios esenciales en que se inspiraron los codificadores de 1917 fueron los de libertad contractual, respecto de las capitulaciones matrimoniales, y de separación absoluta de bienes como régimen legal supletorio, para lo cual tuvieron presentes los Códigos de España y Costa Rica.

Se refiere la vigencia de la Constitución de 1941, inspirada en una nueva serie de soluciones y principios diferentes a los tradicionales del Derecho panameño, que obligan a armonizar con ellos toda la legislación vigente, por lo que se precisa dar una solución al patrimonio conyugal.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

GATTI, Hugo E.: "La indignidad para suceder por causa de muerte".
Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales (Montevideo),
1950, págs. 255-283.

Encuentra el origen remoto de la indignidad en el Derecho romano a la que define, como una sanción o pena civil dictada por autoridad judicial competente, a petición de los interesados, que tiene por objeto excluir al indigno de la sucesión, y que se traduce prácticamente por la caducidad del derecho hereditario.

Afirma que el Derecho uruguayo integra el grupo legislativo que conserva las dos instituciones originarias del Derecho romano: la desheredación y la indignidad.

Examina el artículo 842 del Código civil uruguayo, del que obtiene las causas de indignidad, agrupándolas en dos categorías: Hechos que constituyen un atentado a la personalidad física o moral del *de cuius*, y hechos que constituyen un atentado a la libertad de testar.

II. Derecho mercantil

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ

1. Parte general

ROLDAN, E.: "Sobre la nueva ordenación de los transportes por carretera en España". Revista de Derecho mercantil, vol. IX, número 26, marzo-abril 1950, págs. 279-290.

Hace referencia el autor a los problemas surgidos en nuestra Patria al advenir el Movimiento Nacional, y la política del Nuevo Estado, que comienza con la Ley de bases de 24 de enero de 1941 para la Ordenación ferroviaria y de los transportes por carretera, que no logró los efectos deseados, desenvolviéndose la regulación de los transportes de modo tan anormal que reclamaba urgentemente una reglamentación adecuada; esto es lo que ha pretendido el legislador con las leyes de Ordenación y Coordinación de los transportes mecánicos por carretera de 27 de diciembre de 1947, y sus Reglamentos de 9 y 16 de diciembre de 1949, respectivamente. Analiza el autor los principios fundamentales de la nueva legislación y sus innovaciones más destacadas: se abre camino la iniciativa particular (contra el criterio de la Ley de 24 de enero de 1941), si bien reservándose

el Estado importantes atribuciones en orden a la creación y explotación de los servicios; se dictan nuevas normas sobre el rescate, con indemnización, de las concesiones; el transporte libre de mercancías en camiones aislados preténdese encauzar hacia líneas regulares, y los servicios públicos discrecionales con carga fraccionada y los mixtos (expone, en cuanto a los últimos, el contenido de la Orden de 29 de diciembre de 1949) sobre su conversión en servicios regulares se regulan nuevamente. Finalmente, hace referencia a la nueva clasificación de los servicios, la declaración expresa de las normas por las que ha de regirse el contrato de transporte por carretera, la ordenación del servicio inspector, sindicación facultativa u obligatoria, según los casos, de transportistas, y construcción y explotación de estaciones para concentrar los servicios de las líneas de transportes.

VARANGOT, C. J.: "Urgencia de la reforma del Código de comercio". La Ley (suplem. diario) 20 de mayo de 1950, págs. 1-3.

Siguiendo a Ripet, señala la necesidad de dar forma jurídica a los nuevos hechos económicos y sociales para conseguir así el cumplimiento de los fines revolucionarios. Esta corriente renovadora ya arraigada en la Argentina, debe comprender también al vetusto Código de comercio, porque responde en gran parte de su articulado "a un sistema de economía individualista y capitalista caducos, contrarios a las nuevas doctrinas jurídicas triunfantes y convergentes hacia la socialización del capital y la humanización de la riqueza", aparte de la necesidad de incorporar a él las leyes comerciales especiales y la necesidad de crear procesos especiales de gran celeridad. Indica el ejemplo realizado en este sentido en otros países de hispanoamérica y afirma que no basta una nueva orientación interpretativa de la jurisprudencia. Como presupuestos de la reforma hace notar la modificación del régimen capitalista, intervención del Estado, preeminencia del factor económico y la empresa, analizándolos por separado. Después de hacer referencias a las nuevas tendencias en el Derecho mercantil, propugna la elaboración de una legislación adecuada del nuevo Derecho comercial que está surgiendo en la Argentina.

2. Sociedades

DE SOLA CAÑIZARES, F.: "Comentarios al Anteproyecto español de reforma de la Sociedad Anónima". *Revista de Derecho mercantil*, volumen IX, número 26, marzo-abril 1950, págs. 213-259.

La reforma del Derecho de la sociedad anónima no es sino una faceta del problema general de las formas jurídicas de las Empresas. Después de un exhaustivo estudio del Anteproyecto en relación al Derecho com-

parado, concluye el autor alabándolo, si bien señala que puede ser tachado de timidez, pero adhiriéndose a una de las críticas generales hechas al mismo: que se reglamente la sociedad anónima sin regular, al mismo tiempo, la sociedad de responsabilidad limitada. A su juicio, el problema general de las formas jurídicas de las Empresas debiera resolverse reservando la forma anónima para la gran empresa—y aún diferenciando las sociedades anónimas que acuden al público para la suscripción de sus acciones y obligaciones, de aquellas otras que funcionan siempre a base de suscripciones obtenidas privadamente—, dejando la forma de sociedad de responsabilidad limitada para la pequeña Empresa, y reconociendo la sociedad individual de responsabilidad limitada para la Empresa individual.

DE SOLA CAÑIZARES, F.: “Los derechos de los accionistas minoritarios”. La Ley (suplem. diario) 16 mayo 1950, págs. 1-3.

Después de hacer una clasificación de los derechos de los accionistas, señala que en un principio se encontraban protegidos por la concepción contractualista, que impedía la modificación del contrato sin el consentimiento unánime de los contratantes; pero una vez que se consagra el principio de sometimiento a la voluntad de la mayoría, se plantea el problema en toda su agudeza. Con relación al tema indicado en el título, expone, aparte de la protección estatutaria—que por obvias razones no desarrolla—las soluciones al problema en el Derecho comparado: atribución de derechos legales directos (expresamente concedidos por la Ley) o indirectos (la minoría puede paralizar un acuerdo de la asamblea por abstención, etc.), y derechos que denomina jurisprudenciales, en razón a no estar señalados por la Ley, exponiendo las diversas concepciones acerca de estos últimos (bases esenciales del contrato, derechos propios de los accionistas, aplicación de principios del Derecho común, abuso del derecho, desviación del poder, teoría institucional y “ultra vires”). Observa la tendencia actual al reconocimiento de derechos legales y las dificultades de aplicación de las teorías jurisprudenciales, con valoración crítica de las mismas.

ESCARRA, J.: “A propósito de la reforma del Derecho de sociedades anónimas en España”. Revista de Derecho mercantil, vol. IX, número 26, marzo-abril 1950, págs. 203-212.

Al jurista extranjero llaman la atención, sobre todo, dos cosas en el Anteproyecto: Primera, el contraste entre el liberalismo casi sin límites del régimen de la sociedad anónima vigente en España, y el carácter de orden público de la mayor parte de las normas de la legislación proyectada; y segunda, la aportación que significa a la tesis de la “Sociedad-Institución”. El Anteproyecto se encuadra en el que puede denominarse Derecho común de las sociedades anónimas, que ha llegado a ser tal en los países de análogo desarrollo económico y que practican idéntica forma de capi-

talismo, y en conjunto recuerda preferentemente al Código civil italiano de 1942. Señala el carácter estrictamente jurídico de la reforma e indica que, aunque en ella se ha tratado de atenuar la importancia del factor capital y coordinado con el factor trabajo, sus redactores no parecen haber tenido presentes las medidas que para reducir dicha antinomia se idearon en Francia (sociedades anónimas con participación obrera) y en Italia (artículo 2349 del Código civil), a pesar de que puede pensarse que estas fórmulas son las del porvenir y que es menos insensato de lo que se cree atenuar el carácter capitalista de la sociedad anónima. A continuación, pasa rápida revista a algunas de las principales disposiciones del Anteproyecto, indicando, respecto al artículo 7.º, que es más preciso técnicamente que el sistema francés, pero menos flexible; critica la atención concedida a la fundación sucesiva e indica—en el supuesto de aportaciones en especie—si el sistema adoptado no será técnicamente inferior al de hacer apreciar su valor por peritos especialmente competentes, extraños a la sociedad, y someter luego su dictamen al voto de la Junta constitutiva; alaba las disposiciones referentes a las acciones en lo que se refiere a los órganos de la Sociedad; hace notar que el artículo 56 representa un vestigio de la concepción contractual que el Anteproyecto no exige a los administradores que tengan la cualidad de accionistas, ni tampoco depósito de garantía por parte de los mismos; disposiciones que estima un poco sumarias y de un liberalismo peligroso, terminando por criticar ampliamente la ausencia de un órgano permanente de control.

EDER, Ph. J.: "La reforma de la sociedad anónima española". Revista de Derecho mercantil, vol. IX, número 26, marzo-abril 1950, páginas 261-275.

El autor elogia ampliamente la labor de los autores del Anteproyecto, y después de declararse partidario de la metodología del Derecho comparado, realiza un estudio de la legislación proyectada, relacionándola con la del Estado de Nueva York.

EUNAPIO BORGES, J.: "Sociedades de pessoas e sociedades de capital—O sociedade por cotas de responsabilidade limitada". Revista forense, marzo 1950, págs. 17-22.

En este artículo—del que se promete continuación—puede destacarse como esencial, la impugnación (que el autor realiza siguiendo a Vivante) del criterio de distinción de las sociedades mercantiles en sociedades de personas y sociedades de capital, respecto a la que se señala su carácter económico y no jurídico, añadiéndose que las consideraciones personales influyen en toda sociedad, siempre que no posea una prosperidad tal que la administración de la misma no pueda ya influir en su marcha. Expresamente se indica que este criterio de clasificación resulta inócuo, siempre que no se pretenda extraer del mismo conclusiones con importancia jurídica, pues no serían acertadas. Hace referencia, asimismo a los más

conocidos criterios de clasificación, señalando en algún caso alguna ligera crítica o exponiendo (como ocurre con el propugnado por Brunetti) su inadecuación al Derecho brasileño, en el cual todas las sociedades mercantiles poseen capital (artículo 287 del Código de comercio) y a todas se concede personalidad jurídica.

GARRIGUES, J.: "Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima". *Revista de Derecho mercantil*, vol. IX, número 26, marzo-abril 1950, págs. 157-201.

Por razón de la importancia de este artículo se hará una extensa exposición del mismo en el próximo fascículo de esta publicación.

MARTIN-RETORTILLO, C.: "Transformación de la sociedad mercantil en su aspecto jurídico y fiscal". *Revista de Derecho mercantil*, vol. IX, número 26, marzo-abril 1950, págs. 291-303.

Las causas de transformación de las sociedades mercantiles son de tipo fiscal (buscando una menos tributación), económico-industrial (esencialmente para adaptarse al sistema de planificación económica las sociedades que nacieron en un régimen de libertad), o bien psicológica y circunstanciales. Hace referencia el autor a la discusión—que hoy no plantea dudas a la doctrina—acerca de si el acto de transformación implica el fin de la sociedad; observa que no debe confundirse la modificación de los estatutos con la transformación del ente social, que sólo existe cuando hay un cambio en el régimen legal del mismo o una variación de su objeto social. Señala que en nuestro Derecho se alude a la transformación de las Sociedades en el artículo 175 del Código de comercio, cuyo concepto desarrolla el artículo 138 del Reglamento del Registro Mercantil y que también el artículo 119 del Código de comercio contempla su posibilidad, si bien con evidente imprecisión de lenguaje. Nada dice el Código de comercio acerca de los requisitos del acto de transformación, por lo que habrá que acudir a los estatutos sociales, al artículo 138 del Reglamento del Reg. mercantil, a las leyes de 19 de agosto de 1942 y 15 de mayo de 1945 si la transformación está afectada por ellas, y a los principios básicos del Derecho español.

En el aspecto fiscal, indica la desafortunada redacción del artículo 18 del Reglamento de 20 de abril de 1911, en lo que se refiere al tema, y afirma que el texto refundido de 7 de septiembre de 1947 no deja lugar a dudas sobre las causas de transformación.

VILLA URIBE, W.: "El socio industrial en las Compañías de responsabilidad limitada". *Sociedades anónimas*. *Revista de Derecho comercial*, año V, número 44, enero 1950, págs. 3-7.

Examina los artículos 2.º, 3.º y 6.º de la Ley 124 de 1937, que plantean en el Derecho colombiano el problema de la posibilidad de admisión de socios industriales en las sociedades de responsabilidad limitada, ya que

si bien el artículo 6.º expresamente lo resuelve en sentido afirmativo, parecen contradecirlo los artículos 2.º y 3.º, en cuanto determinan que es necesario el previo y total pago de las aportaciones para la constitución de la sociedad. El autor resuelve afirmativamente la cuestión propuesta indicando que los artículos últimamente citados se refieren al capital social, en el que el socio industrial no participa según dispone el citado artículo sexto.

3. Obligaciones y contratos

ORIONE, F.: "Crédito documentado". *Revista jurídica de Cataluña*, mayo-junio 1950, págs. 229-258.

En este trabajo, de índole esencialmente expositiva, se aborda el tema en relación con el propósito de la primera conferencia de Abogados (de la República Argentina) celebrada en Córdoba el 4-7 mayo 1943, de dotar al país de legislación sobre la materia, siguiendo los acuerdos de la segunda conferencia nacional de Abogados (Córdoba, 1926). Se expone el criterio del miembro informante de la Comisión, Dr. Satanowsky, y las discusiones habidas en torno al mismo. Termina al autor refiriéndose a la necesidad de la uniformidad y unificación de las legislaciones relativas a la institución; los obstáculos que a ello se oponen e indica que pueden servir de antecedente y punto de partida las mociones aprobadas por la XIV Comisión de la segunda conferencia interamericana de Abogados (Río de Janeiro, agosto 1943).

III. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

ADUL: "Cuestiones notariales. Dactiloscopia". *Nuestra Revista*, 789, 1950.

Los progresos de la dactiloscopia no están en consonancia con lo establecido por la legislación notarial en sus artículos 180 y 191, y ello por que ésta, apegada a las viejas tradiciones, quiere prescindir de los testigos y lo hace a medias y como si le costara trabajo. Los testigos deben quedar para cuando deban intervenir como de conocimiento.

ADUL: "Cuestiones notariales. Inquietudes". *Nuestra Revista*, 788, 1950, páginas 1-5.

Aborda el tema de la fe de conocimiento tan espinoso en tiempos difíciles y causa de graves daños al Cuerpo Notarial; la reforma del

artículo 23 de la Ley notarial contuvo en principio el daño y la creación de la Caja de responsabilidades volvió la tranquilidad a muchos, y si bien los términos del precepto citado dejan todavía demasiado margen a la interpretación, subsistiendo, por tanto, las inquietudes.

BARQUIN SEGUIN, Guillermo: "La reconstitución del protocolo destruido y la jurisdicción". Nuestra Revista, 794, 1950, págs. 1-7.

El Decreto de 10 de noviembre de 1938 proveyó a la reconstitución de los instrumentos desaparecidos; el Decreto citado regula dos supuestos, es decir, documentos destruidos, pero de los que existe copia autorizada, y documentos de los que no existe tal copia. Fijándose en este último, estudia las distintas fases y se pronuncia en contra de que el expediente incoado por el notario titular e informado por la Junta directiva del Colegio Notarial correspondiente, tenga que ser luego aprobado por el Juez de primera instancia; en todo caso lo razonable sería que cuando menos se siguiese igual criterio que el seguido en los recursos gubernativos contra las calificaciones del registrador.

BRIONES BARBERO, Antonio: "Los nuevos aranceles. Reformas convenientes". Nuestra Revista, 792, 1950, págs. 3-5.

La reciente modificación de los aranceles notariales no satisface al notariado, sobre el cual pesan infinidad de cargas e impuestos que gravan sobre todo al notario rural. Cifra las reformas en algunas modificaciones de cuantía en las escalas, y en que se equipare el notario al registrador no sólo en cuanto a la base de valor sobre la que se realiza el cálculo, sino también en el modo de hacer efectivos los honorarios.

FIDEL: "El ingreso en el Notariado". Nuestra Revista, 788, 1950, págs. 5-7.

Un examen objetivo del sistema actual, oposiciones por Colegios, le lleva a la conclusión de los irreparables perjuicios que a la profesión se originan, de los cuales no es el menor el hecho de que con frecuencia determinadas notarías carezcan de notario durante muchos años, con la consecuencia lógica de una paulatina disminución de sus rendimientos que comienzan por hacer incongrua la notaría y terminan por aconsejar su amortización. Propugna porque el ingreso se realice por notarías de tercera clase, en oposición centralizada que se celebrarían cada año; ello sin perjuicio de mantener la celebración de las oposiciones entre notarios. Cree de interés la creación de un Cuerpo de aspirantes o la creación de una Escuela Central del Notariado, con lo que se lograría una mayor uniformidad en la actuación.

MOTTA MONREAL, Carmelo de: "Una práctica abusiva en la aplicación del artículo 255 del Reglamento Notarial". *Nuestra Revista*, 790, 1950, págs. 1-5.

El artículo 255 del Reglamento notarial con el laudable propósito de abreviar los trámites y evitar la repetición de diligencias de valor análogo, permite la transcripción directa a una nueva escritura de otras matrices o documentos ya incorporados al protocolo del mismo notario autorizante; pero este precepto que por el fin que persigue es realmente laudable, ha omitido exigir el que la transcripción tan sólo deberá ser efectuada a solicitud de persona con derecho a obtener copia del documento transcrito, ya que, de lo contrario, en el supuesto de que el poderdante hubiese reclamado del apoderado la escritura de mandato, en su propósito de revocarle el poder, éste podría obtener una nueva copia, vulnerando así la voluntad de aquél.

IV. Derecho procesal

A cargo de José M.^a DESANTES GUANTER
y Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ.

1. Parte general

APELLANIZ Y VALDERRAMA, Francisco S.: "Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras". *Información jurídica*, mayo 1950, páginas 653-671.

Se dará la reseña cuando acabe de publicarse el trabajo en números sucesivos.

BLIEZER ROSA: "Rui y el proceso oral". *Revista forense*, Río de Janeiro, febrero, 1950, págs. 366-367.

Estudia la figura del jurista brasileño Rui, que aun no siendo procesalista fué el que en su país poseía una mayor visión científica del proceso, anticipándose a muchas conclusiones de la moderna escuela italiana del Derecho procesal. Después expone sucintamente los principios del proceso oral. Argumenta contra los que tachan el Código de procedimiento brasileño de fascista por haber introducido el procedimiento oral, tomándolo del Código procesal italiano, exponiendo la doctrina de Rui en una obra publicada ya en 1910, con cita de textos que compara, a continuación, con otros de Chiovenda. Concluyendo, que no se puede llamar fascista a un sistema expuesto más de diez años antes a la marcha de las camisas negras sobre Roma.

GIMENO GAMARRA, R.: "La oposición de tercero a la sentencia y a la ejecución en el Derecho español". *Revista de Derecho privado*, abril 1950, págs. 326-337.

La regla general de que las sentencias sólo producen efecto entre las partes tiene algunas excepciones, las cuales justifican la posibilidad de intervención de los terceros en el proceso, la posibilidad de impugnar la sentencia ya formada y la oposición a la ejecución. En nuestro Derecho no se regula la oposición de tercero a la sentencia. Por ello se hace necesario el estudio de las posibilidades de impugnación, que son dos: Impugnación por demanda ordinaria cuando las partes se hayan servido del proceso para llevar a cabo un acto simulado o fraudulento en perjuicio de un tercero que tenga intereses dependientes de una de ellas o que quede obligado por la cosa juzgada, aunque no haya litigado, por el vínculo que le ligue a las partes; o impugnación por medio de procedimiento ordinario cuando simplemente se atribuye a una de las partes un derecho del que pretende ser titular el tercero. En cuanto a la oposición a la ejecución o tercería sí que está regulada en nuestro derecho como medio para que los terceros puedan impedir que la ejecución recaiga sobre su patrimonio o le menoscabe. Pero, además, en el supuesto de ejecución de sentencias que condenen a la entrega de cosas determinadas los terceros en cuyo poder se encuentren éstos pueden oponerse promoviendo un incidente de los regulados en los artículos 471 y siguientes de la L. E. C., como pueden hacerlo igualmente en el caso de ser causahabientes los terceros o estar ligados a alguna de las partes por una relación jurídica. El autor, en cambio, no admite como medios de oposición a la ejecución los recursos ordinarios ni el interdicto de recobrar.

HERNANDEZ DE PABLO, Fernando: "Apuntes para un estudio sobre la carga de la afirmación y la carga de la prueba". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 125, págs. 3-8.

Se introduce el tema haciendo notar la importancia de la cuestión y la falta de literatura jurídica española dedicada al mismo. A continuación se justifica el empleo del término "carga" en lugar del de "obligación", debiendo a la concepción moderna del proceso como "situación jurídica" y no como "relación jurídica". Se estudia la carga de la afirmación como consecuencia del principio de "aportación de parte", y después de exponer y criticar todas las teorías que se han formulado sobre la carga de la prueba, concluye el autor razonando que la carga de la prueba es consecuencia de la carga de la afirmación. Se opone a la posible inversión de la carga de la prueba y termina con un breve estudio de las presunciones legales.

2. Procesos especiales

ALVAREZ ABUNDANCIA, R.: "Protección interdictal de la coposesión". *Revista de Derecho privado*, mayo 1950, págs. 437-442.

Planteado el tema de la coposesión y su naturaleza y diferencias con la posesión exclusiva, se estudia el problema de su protección interdictal dividiéndose el trabajo en razón de las dos clases de protección que pueden darse: actuación de la pretensión posesoria por cualquiera de los coposeedores frente a extraños y ejercicio de la acción interdictal entre coposeedores. Se discuten las soluciones para llegar a la conclusión de que cualquiera de los coposeedores puede actuar en juicio, en beneficio común, las acciones interdictales posesorias. Por el contrario, uno o varios coposeedores no pueden en nuestro derecho acudir con éxito, frente a otros u otros, a la vía interdictal por que veda tal posibilidad el estado de indivisión que entraña la coposesión.

"Las costas en los juicios de desahucio por falta de pago". *Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, junio 1950, págs. 11-12.

Sobre el problema de quién ha de pagar las costas en los desahucios por falta de pago en el caso de que el arrendatario consigne a su debido tiempo el descubierto en el Juzgado, se sostiene que el Dahir de 10 de junio de 1940 contiene un error de impresión al imponerlas al actor "si se probase que había sido con anterioridad requerido al pago en la forma ordinaria", omitiendo una frase del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en el que dicho Dahir se inspiró.

3. Recursos

DOS REIS, José Alberto: "Recursos nas acções de despejo de predios urbanos". *Revista de Legislação e de jurisprudência*, 1950, números 2.928, 2.929 y 2.930, págs. 33-36, 49-53 y 65-70.

Estudia la evolución de la materia a partir del Decreto número 5.411 de 17 de abril de 1919, y los problemas que surgieron con los sucesivos cambios de legislación, para detenerse especialmente en el régimen creado por la Ley 2.030 de 22 de junio de 1948, en relación con el Código de proceso civil. Analiza las diferencias con el régimen anterior; sostiene la aplicabilidad a todas las cuestiones en que el actor o el demandado susciten un problema de subsistencia, o aun de validez, de un contrato de arrendamiento: estudia los efectos de los distintos recursos y, en cuanto

al Derecho transitorio, se inclina por la inaplicabilidad del nuevo régimen a las acciones pendientes al promulgarse la citada Ley.

MONLEON, A.: "El recurso de oposición". *Astrea*, Tánger, febrero 1950, 18, pág. 13.

Se plantea el problema de la posibilidad de interposición de dos recursos de oposición en un mismo pleito, contra la sentencia dictada en rebeldía según el Código del rito civil tangerino. El autor lo resuelve negativamente, aunque en la práctica de los Tribunales tangerinos se utiliza y se recibe a trámite más de una oposición.

**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.

Cancelación ordenada judicialmente

RESOLUCION DE 8 DE MARZO DE 1950

En escritura otorgada el año 1877 el titular de una finca vendió a 86 vecinos de una localidad 82 hectáreas de una finca que medía 165. Al practicarse la inscripción se hizo constar en el Registro, por error, que la transmisión afectaba a la total extensión del inmueble. Los adquirentes, individualmente determinados, quedaban facultados en la escritura de adquisición, para designar una Junta administradora de los intereses de la Sociedad, cuya constitución y regulación no llegaron a verificarse.

Intentada por un extraño a la comunidad de adquirentes la rectificación de la inscripción, se dictó sentencia declarando nula la inscripción efectuada erróneamente a favor de aquélla y ordenando la práctica de una nueva, en la forma prevenida en el título VII, art. 219 de la Ley Hipotecaria. Presentada de nuevo la escritura de 1877 con el testimonio de la sentencia en el Registro, causó la siguiente nota: "Denegada la cancelación a que se refiere el presente documento por constar la inscripción que trata de rectificar practicada a favor de don D. M. M. y 85 personas individuales más, sin que ninguna de ellas haya sido demandada para la oportuna rectificación, como exige el art. 40 de la Ley Hipotecaria. Estimándose insubsanable este defecto, no se toma anotación preventiva. En tanto se halle vigente el asiento que se practicó en el Registro de la escritura de compraventa otorgada el 12 de diciembre de 1877, de la que se ha acompañado primera copia en unión de este testimonio, no procede se practique en ella ninguna nueva operación en el Registro".

Interpuesto recurso gubernativo contra la nota calificadora, alegó el recurrente el evidente error sufrido al inscribir a favor de los 86 compradores la totalidad de la finca cuando solamente fué vendida una parte; que tales compradores no lo fueron a título individual, sino como integrantes de la totalidad del vecindario del pueblo; y que la Junta administradora actual, que se allanó a la demanda, representa a la comunidad de adquirentes.

El Registrador insistió en la necesidad de que se demandase, conforme al art. 40, a todas las personas a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho; y que para aceptar la representación de los adquirentes sería necesario que la adquisición se hubiese verificado a favor del pueblo como persona jurídica o que aquéllos hubiesen concedido tal representación de manera expresa y terminante.

El Presidente de la Audiencia dictó auto confirmando en todos sus extremos la calificación impugnada, y la Dirección General de los Registros ratifica también la nota del Registrador estableciendo la siguiente doctrina:

A) *De la escritura de compraventa del año 1877 se desprende que el vendedor transmitió la finca a una Sociedad formada por la mayor parte de los vecinos del pueblo, pero no al Municipio; en ninguna de sus cláusulas existe referencia a la Junta administrativa representante de la entidad local menor del pueblo, y, por el contrario, los compradores se reservaron en la estipulación duodécima la facultad de designar la Junta que habría de dirigir los negocios de la Sociedad, desprovista de la más rudimentaria regulación, circunstancias todas que impiden atribuir carácter comunal al inmueble objeto del recurso, que debe ser incluido entre los bienes de dominio privado del art. 345 del Código civil.*

B) *La comunidad de adquirentes responde al tipo romano y no puede reputarse que la finca adquirida forme parte del patrimonio de una persona jurídica porque la comunidad carece de personalidad conforme al artículo 1.669 del Código civil, sin privar a los condóminos de la que individualmente les corresponde, por lo que la Junta vecinal no puede representar.*

C) *Para rectificar la inexactitud del Registro, nacida de error de concepto, se requiere el consentimiento unánime de todos los interesados o, en su defecto, una resolución judicial dictada en el juicio declarativo correspondiente, con el requisito inexcusable de que la acción se haya dirigido contra todos aquellos que, según el asiento de rectificación se pretende, tengan algún derecho y, por consiguiente, cuando los titulares registrales o sus causahabientes conocidos o ignorados, únicos legitimados pasivamente para allanarse u oponerse, no han sido demandados individualmente con el carácter de copropietarios del inmueble que figura en la inscripción, no procede la cancelación ordenada porque se presume que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.*

Acuerdos de sociedades extranjeras inscritas en España

RESOLUCION DE 25 DE MARZO DE 1950

Una Sociedad belga inscrita en el Registro Mercantil español de conformidad con el art. 21 de nuestro Código de Comercio, celebró Junta general en Bruselas para admitir la dimisión de los anteriores Gerentes y nombrar uno nuevo, modificando determinados derechos, sin que resulte comprobada la asistencia de todos los socios comanditarios ni el segundo apellido y circunstancias personales de los colectivos. Tampoco consta la aceptación del cargo por el nuevo representante de la entidad. Presentada en el Registro la copia extractada y notarial de los acuerdos tomados, fué calificada del siguiente modo: "Suspendida la inscripción del presente do-

cumento por: 1.º No testimoniarse lo pertinente de los Estatutos, referente a las facultades de las Juntas generales extraordinarias y su constitución; 2.º Falta de constitución de la Junta, al menos en términos de poder apreciar los concurrentes y su haber social o documento que lo acredite; 3.º No poder calificar con las letras, etc., consignadas después del único nombre de don Luis Solvay, bajo el núm. 1, los que comparecen; no expresarse su edad, estado y segundo apellido, y si los aludidos con las citadas letras son todos o parte, y, en este caso, cuenta de los socios; 4.º Falta de consentimiento de los designados como socios colectivos en el apartado III, respecto de los no concurrentes a la Junta, y 5.º Falta de fe de conocimiento y del certificado que refiere el art. 7.º del Reglamento del Registro Mercantil para acreditar el requisito 3.º de dicho artículo". Retirado y presentado de nuevo el documento, fué mantenida la calificación, y contra ella interpuso recurso de reforma, y subsidiariamente de apelación, la referida Sociedad, alegando en esencia: Que es innecesario testimoniar los Estatutos en la parte exigida por el funcionario calificador porque figuran inscritos en el propio Registro; que en el acta notarial consta que a la Junta concurren todas las participaciones que integran el haber social, y los acuerdos se tomaron por unanimidad, y que es incomprensible que la Junta incurriese en falsedades para llevar a cabo una reforma sin interés para terceros.

El Registrador defendió su nota exponiendo que en el acta sólo se consignan, y de modo incompleto, los comparecientes, pero no los demás concurrentes a la Junta, sin cuya designación nominal y circunstancias personales no es posible apreciar su capacidad; que no es función del calificador buscar los Estatutos o las partes que de los mismos interesen; que la modificación de los derechos de los socios colectivos exige el consentimiento de éstos; que el nombrado Gerente no figura en la comparecencia, y que no habiendo comparecido los referidos socios colectivos, podrían solicitar la cancelación de la inscripción pretendida.

La Dirección General, después de citar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes y las Resoluciones de 18 de marzo de 1908, 12 de mayo de 1922 y 11 de febrero de 1931, revoca parcialmente el acuerdo apelado, resolviendo que el documento no es inscribible porque, como extracto de un acta, no da a conocer exactamente el contenido de ésta; que debe acompañarse el certificado consular del art. 7.º del Registro Mercantil, y que el título no adolece del defecto señalado al principio de la primera nota.

Funda su resolución en los siguientes puntos:

A) *La colición espacial de leyes en materia de Sociedades debe resolverse en el sentido de que la nacional de éstas regula todo lo relativo a capacidad, derechos y deberes de los socios entre sí y para con la Sociedad; y la legislación española debe ser aplicable a la publicidad registral de las modificaciones estatutarias, en territorio español, así como también a la protección de los intereses de terceros, determinación del capital y obligaciones, extensión de poderes y responsabilidad de quienes asuman la dirección y representación de la sucursal.*

B) *Los requisitos establecidos en el art. 21 del Código de Comercio afectan no sólo a las escrituras fundacionales de Sociedades extranjeras, sino también a sus modificaciones, por lo que no habiéndose presentado al Registrador el correspondiente certificado consular, éste no ha podido*

resolver la duda de si se habían cumplido las normas exigidas por la legislación belga.

C) *El documento presentado debe contener, además de las circunstancias determinadas por su legislación de origen, el mínimo de las determinadas por la española para poder practicar la inscripción.*

D) *Los Estatutos no deben transcribirse porque constan en el Registro y pueden consultarse directamente.*

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

TRIBUNAL SUPREMO

I. Carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria que traspassa el límite legal

SENTENCIA 29 OCTUBRE 1949

ANTECEDENTES.—P. M. M. falleció el 6 de enero de 1907, bajo testamento en el que, además de la institución de heredero, figuraban las siguientes cláusulas.

“Décima. Es mi voluntad que en el panteón que tengo en el cementerio, si a mi fallecimiento no está terminado, que se termine por mi albacea, prohibiendo que se entierren en él nada más que los restos de mis padres, los de mi hermana J. M. M., los de sus hijos P. G. y P. G. M., y después, por el capellán de dicho cementerio mande cerrar la puerta y soldarla, y si hay que hacer alguna composición la hará la que posea la casa de Augustos, marcada con el número 4. Duodécima. Lego a mi sobrina P. G. M. la casa que poseo, sita en la calle de Augustos, marcada con el número 4 (expresa los demás inmuebles objeto del legado), prohibiéndole no los venda ni hipoteque bajo ningún pretexto, y si falleciese sin tener sucesión, es mi voluntad los distribuya entre sus hermanos y hermanas más necesitados, pero con la misma prohibición de no poder venderlos ni hipotecarlos hasta la cuarta generación, y si faltan a esta mi voluntad, pierden su derecho y entrarán en el cuerpo de bienes para dividirlos, como después dispondré.”

P. G. M. falleció el 1 de abril de 1941, bajo testamento otorgado el 29 de octubre de 1932, en el que, además de instituir heredero a un sobrino, figuraban estas disposiciones:

Tercera. Declara que por su estado de soltera, habiendo fallecido sus ascendientes, carece de herederos forzosos.—Cuarta. Hace constar que en la partición de los bienes relictos al fallecimiento de su tío don P. M. M., y con arreglo a lo dispuesto por el mismo en su testamento, se adjudicaron a la ahora testadora diversos inmuebles sitos en la ciudad de C. y su término municipal, que constan en la hijuela que en dichas operaciones se formó, con prohibición de venderlos ni hipotecarlos bajo ningún pretexto; y si la ahora testadora falleciese sin tener sucesión los distribuiría entre sus hermanos y hermanas más necesitados, pero con la misma prohibición de no poder venderlos ni hipotecarlos; y cumpliendo la obligación que le impuso su tío don P. M. M., distribuyese los bienes que del mismo heredó, sujetos a dicha limitación o sustitución en la forma siguiente: (hace la distribución entre sus hermanos J. G. M., B. y C. G. M. y P. G. M.).

Todos los hermanos de P. G. M. premurieron a ésta (dejando sucesión legítima), a excepción de dos de ellos, que presentaron demanda frente a sus sobrinos y heredero de P. G. M., solicitando se reconociera su derecho exclusivo al legado, y que se les haga entrega de los bienes que lo constituyen, sosteniendo que, en lo que se refiere al caso de autos, el testamento de P. G. M. es nulo, por no ajustarse a lo dispuesto por P. M. M., y que

ellos solamente, por reunir la doble condición de ser pobres y haber sobrevivido a P. G. M., pueden ser estimados legatarios fideicomisarios. Los demandados se oponen, sosteniendo la validez de la expresada cláusula del testamento de P. G. M., y añaden que los hermanos de ésta que le premurieron habían adquirido su derecho desde la muerte de P. M. M.

El Juzgado de Primera Instancia absuelve a los demandados; apelada la sentencia por los demandantes, la A. F. la confirma, sosteniendo la invalidez del título.

Los demandantes interponen recurso de casación, al amparo del número 1 del art. 1.692 L. E. C., fundado en los siguientes

MOTIVOS.—*Primero.* Violación del art. 658 C. c., pues debiera haberse declarado la nulidad de la cláusula del testamento de P. G. M., ya que no cumple lo dispuesto por el causante.

Segundo. Infracción, por errónea interpretación, del art. 783 C. c. En la cláusula duodécima del testamento de P. M. M. se establecía una sustitución fideicomisaria directa, y otra indirectamente, pues habrá de ser dispuesta por P. G. M. a sus sucesores en los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria del legado a que hemos hecho mención; solamente es nula la segunda sustitución, no la primera, pues no supera los límites legales. Y aunque ésta se estimase nula, subsistiría en su primer llamamiento, que comprende a P. G. M. y a los recurrentes.

Tercero. Infracción, por errónea interpretación y falta de aplicación, del art. 759 C. c., pues por tratarse de un fideicomiso condicional solamente los recurrentes que sobrevivieron al cumplimiento de la condición podían adquirir.

El T. S. no da lugar al recurso, en base a la siguiente doctrina:

CONSIDERANDO: Que si bien es notorio que *en materia de testamentos la voluntad del testador es la norma fundamental de su sucesión*, no cabe desconocer que *este principio es inaplicable a cláusulas testamentarias que estén en abierta oposición a preceptos explícitos de la ley*, contra los cuales no puede aquélla prevalecer, de cuya doctrina se infiere que *la sentencia que no pone en duda el contenido de una disposición testamentaria, y se limita a estimar su nulidad, por contravenir mandatos de carácter legal, no infringe el artículo 658 del Código civil.*

CONSIDERANDO: Que *por extender el fideicomitente, en la cláusula duodécima de su testamento ológrafo, la prohibición de enajenar más allá del segundo grado, y también por no estar probado que las sustituciones se hicieran en favor de personas vivas al tiempo de fallecer el testador*, estimó la Sala que la referida cláusula era nula, a tenor de lo previsto en los artículos 781 y número segundo del 785 del Código civil; y, al entenderlo así, sin que se hayan impugnado tales afirmaciones, es obvio, conforme a la doctrina indicada, la improcedencia del motivo primero del recurso; sin que obste a su desestimación que, actores y demandados, aceptasen mutuamente la validez de la cláusula referida, porque *los Tribunales pueden y deben apreciar, "ex officio", como base de un fallo desestimatorio, la ineficacia e inexistencia de los actos radicalmente nulos, conforme a lo estatuido en el artículo 4.º del Código civil*, a diferencia de los actos o contratos meramente anulables y susceptibles de confirmación mientras las partes no ejerciten, en tiempo hábil y forma procesal, la acción de nulidad.

CONSIDERANDO: Que tampoco es de estimar el motivo segundo, fundado

en la errónea interpretación del artículo 786, porque si como en él se previene la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución, ni a los herederos del primer llamamiento, pero sí a los llamados en segundo lugar, teniéndose por no escrita la cláusula fideicomisaria, es claro que, al limitar el fallo recurrido los efectos de la nulidad a los sustitutos de la fiduciaria primeramente instituida, no incide en la infracción que se le atribuye; sin que, por otra parte, pueda tomarse en consideración la tesis del recurrente, porque *cometido en la sustitución, el defecto originario de la nulidad, ni se purifica ni se subsana, a menos de olvidar el alcance jurídico de las normas invocadas, cuyo propósito no es otro que evitar las vinculaciones, como contrarias a la naturaleza de la propiedad.*

CONSIDERANDO: Que la desestimación del motivo segundo implica también la del tercero, basado en la falta de aplicación del artículo 759 del Código civil, porque declarada acertadamente, por el Tribunal de instancia, la inexistencia de la sustitución, en la extensión que queda expresada, y, consiguientemente, que ni la fiduciaria podrá traspasar los bienes del legado a los sustitutos ni éstos, por falta de título, podían pretender derecho alguno sobre aquéllos, es manifiesta la inaplicación del precepto que se aduce como infringido, *por cuanto su aplicación presupone siempre la previa existencia de una disposición testamentaria eficaz*; por lo que no es preciso entrar a dilucidar si, en el supuesto del pleito, el precepto aplicable era el artículo referido o el 799, ambos del Código civil, por ser los dos inoperantes en esta litis.

COMENTARIO (*)

I. La solución que propugna la sentencia para el problema planteado supone un criterio enteramente nuevo que viene a contraponerse al que hasta ahora la doctrina y la jurisprudencia han mantenido (1). Entiende

(*) Se observará que en la sentencia que hacemos objeto de comentario se abordan más problemas que el enunciado en el título, tanto en el orden civil (valor de la voluntad del testador, nulidad radical de los actos contra ley y diferencias con la anulabilidad, presupuestos de aplicación del art. 759 C. c.) como en el procesal, y asimismo que en la disposición testamentaria se establecía una sustitución fideicomisaria condicional de legado y una prohibición de disponer, que si acertadamente reciben tratamiento conjunto se debe a la vinculación que conjuntamente entrañan. Dos consideraciones nos han movido a circunscribir estas notas al tema indicado: por una parte, el deseo de no hacerlas demasiado extensas; por otra, estimar necesario el estudio del carácter de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, cuestión que, como más amplia, engloba e indica la solución más justa al problema idéntico en el caso de prohibición de disponer establecida *mortis causa*. El buen criterio del lector separará, en este supuesto, aquellos términos de la argumentación que sólo a la sustitución fideicomisaria pueden válidamente referirse.

(1) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 164. VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 4.ª ed., Valladolid, 1939, t. V, pág. 196. MARTÍNEZ GIRALT: *Notas a Las sucesiones de POLACCO*, t. I, Habana, 1931, págs. 454-455. KUCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, t. II, págs. 41-42 y 57. Sentencias del Tribunal Supremo 8 mayo 1894 y 6 junio 1905. La sustitución fideicomisaria

la sentencia que solamente la institución es válida, mientras que las sustituciones son nulas, incluso en los dos primeros llamamientos de sustitución, si el testador traspasa el límite señalado en el artículo 781 del Código civil para las sustituciones fideicomisarias hechas a favor de personas que no estén todas vivas al tiempo de su fallecimiento. Los fundamentos en que se apoya son: 1.º El deducido de la interpretación de los artículos 781, 785, núm. 2, y 786 del C. c.; y 2.º Que las normas indicadas tienen por objeto evitar las vinculaciones, por ser contrarias a la naturaleza de la propiedad.

II. Examinemos estos argumentos:

1. De los artículos 781 y 785, núm. 2 del C. c., no podemos extraer la consecuencia que el Tribunal Supremo en esta sentencia mantiene. El artículo 781 se limita a indicarnos, con relación al problema tratado, que las sustituciones fideicomisarias serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado (2), y el artículo 785, núm. 2, dictado para establecer el límite a las prohibiciones de enajenar (3), tampoco puede invocarse, pues fácilmente puede ser interpretado en el sentido de que solamente son nulas "fuera" (en lo que excede) del límite impuesto en el artículo 781 (4), si bien por la forma de su redacción es anfibológico, resultando posible mantener en base a él cualquiera de las opiniones apuntadas. La cuestión ha de centrarse en torno a la interpretación del artículo 786, que nos indica los efectos de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, preceptuando que "no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria". Como este artículo es aplicable a todo caso de nulidad de la sustitución fideicomisaria, y, por tanto, en el caso presente, se comprende el apoyo que representa para la tesis de la sentencia, que interpretando literalmente el precepto concluye que ninguno de los llamamientos de sustitución es válido. Importa, pues, determinar

se estima nula en lo que "excede" al límite permitido. La STS 30 marzo 1950 señala como supuesto de nulidad parcial de negocio jurídico el a. 781 C. c., pero, aunque la referencia a este precepto es muy significativa, no puede saberse con exactitud a qué tipo de nulidad parcial se refiere.

(2) No penetramos aquí en el problema acerca de la significación del término "grado", por resultar indiferente para la cuestión planteada. Aunque ha recibido una solución jurisprudencial (STS 23 junio 1940), no puede considerarse como definitivamente resuelto, a causa de la debilidad de la argumentación que se utiliza.

(3) En cuanto encierran vinculación, no porque constituyan sustitución fideicomisaria, ya que ésta habrá de hacerse de modo expreso (art. 785, 1.º, C. c.) y supone el nombramiento de un heredero fideicomisario (art. 785, 1.º), nombramiento que tiene que ser expreso (art. 783, 1.º). Con razón, la doctrina diferencia acertadamente ambas figuras (Cf., TRAVIESAS: *Sustituciones hereditarias* (cont.), RDP, 1928, t. XV, pág. 5. DE LA CÁMARA: *Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria*, RDP, 1948, t. XXXII, pág. 657, n). En cambio, en la doctrina anterior al Código civil se estimaba que podían implicar una sustitución fideicomisaria tácita. El Proyecto de 1851, aunque no por idéntico motivo, las consideraba como fideicomiso (art. 636, 1).

Se observará que en este comentario nos referimos siempre a la sustitución fideicomisaria de herencia; las soluciones son idénticas en el caso de legado.

(4) En este sentido, MARTÍNEZ GIRALT, op. et loc. cit., que fundamenta en ello la tesis de la nulidad parcial, así entendida, de la sustitución fideicomisaria que traspasa el límite establecido por la ley.

el sentido de la indicada norma, para lo cual comenzaremos por hacer una breve indicación de sus precedentes.

Dos criterios legales se han mantenido en orden a los efectos de la nulidad de la sustitución fideicomisaria: el del Código civil francés y el que siguen el Proyecto de 1861, el C. c. italiano de 1805 y el C. c. portugués (5). En el sistema francés se declaran nulas la sustitución fideicomisaria y la institución de heredero (art. 896 C. Nap.). Se separa así del criterio del Derecho común (6), pues anula incluso lo que se estima lícito (la institución), y por ello, del criterio seguido en cuanto a la condición imposible, contraria la ley o a las buenas costumbres en el mismo cuerpo legal (art. 900) (7) y de los precedentes históricos del Derecho francés (8). Como motivos de esta regulación se ha señalado que no es posible determinar quién era el preferido en la voluntad del testador (9), el deseo de cortar el abuso existente (10) y—lo que al parecer fué decisivo—evitar que, por estimarse deber de conciencia o por delicadeza, el instituto cumpliera la voluntad del testador (11). Se advierte en la doctrina y en la jurisprudencia un esfuerzo por abandonar, en lo posible, el criterio del artículo 896 en favor del que el artículo 900 representa (12).

La anómala solución del C. c. francés (13) no ha encontrado eco. Por el contrario, en los códigos por él influídos se acepta el criterio tradicional. El Proyecto de 1861 determina que “la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución de heredero ni a los

(5) Nos limitamos a aquellas legislaciones que han podido influir de modo preponderante en la formación de nuestro Código civil.

(6) *Utile pro inutile non debet vitari*, Cod. 5, 3, 37.

(7) Cf. BRUNETTI: *Le condizioni impossibili e illecite nei testamenti*, en Arch. Giur., 1922, 4.ª serie, págs. 181-205; v. págs. 182-183.

(8) Ley de 14 de noviembre de 1792, que aplicaba a la sustitución el criterio del Decreto de 5-12 de septiembre de 1791, en el sentido de considerar como no puestas las condiciones lícitas en los actos de liberalidad. Cf. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil* (trad. esp.), t. VIII, Madrid, 1928, p. 169.

(9) V. TROPLONG: *Des donations entre-vifs et des testaments*, 3.ª ed., París, 1872, t. I, pág. 190. LAURENT: *Principes de Droit civil français*, Bruselas, 1875, t. XIV, página 593, señala, siguiendo a MERLIN, análogo motivo, pero indica que si puede saberse que en la mente del testador se quería la validez de la institución sin la sustitución, aquélla debe prevalecer.

(10) TROPLONG, op. et loc. cit. BONNECASSE: *Précis de Droit civil*, París, 1935, t. III, pág. 415, dice que se quería hacer desaparecer totalmente la sustitución fideicomisaria, lo que derivaba directamente de los principios de 1789. Ya lo había señalado GARCÍA GÓYENA: *Concordancias*, Madrid, 1852, t. II, pág. 83.

(11) LAURENT, op. cit., pág. 594. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 9.ª edición, París, 1924, t. III, pág. 890.

(12) COLIN y CAPITANT, op. et loc. cit., pág. 168. Cf. A. M. BORRELL: *Patrimoni familiar* (en Miscel·l·l·nia Jurídica), RJC, v. XXXI, sept.-oct., 1925, págs. 422-426.

(13) PLANIOL, RIPERT, TRASBOT: *Traité pratique de Droit civil français*, París, 1933, t. V, págs. 273-274 y 318-319, aceptan que se considere el art. 896 como un desvío respecto al art. 900, pero solamente en el terreno histórico, mientras que en el sistemático creen que el citado precepto puede estimarse como regla general, representando idéntico criterio al del art. 1.172, y explican los antecedentes del art. 900 como producto de motivos de carácter político revolucionario, a lo que ayudó—en cuanto a su formulación—el criterio propugnado por los sabinianos en el Derecho romano, que es acogido después por Justiniano y que constituía Derecho común.

derechos del primer llamado" (art. 637); "es decir, que la sustitución o fideicomiso se tendrá por no hecho", señala García Goyena, quien añade que se dió preferencia al sistema seguido en el Código sardo sobre el francés, porque "las últimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan tener efecto; y lo cierto es que el testador dió la preferencia sobre todos al primer llamado" (14).

Análogo criterio sostiene el C. c. italiano de 1865, que, si bien es más rígido que el C. Napoleón en lo relativo a la sustitución fideicomisaria (15), salva la institución de heredero (art. 900), siguiendo al C. c. napolitano (art. 943), de Parma (art. 674) y sardo (art. 880) (16). La cláusula se tiene por no escrita, *vitiatur sed non vitiat* (17), como si se tratara de una condición ilícita o imposible (18). Indica el citado precepto que incluso la sustitución de primer grado será nula, con objeto de recalcar su criterio radicalmente prohibitivo frente a algún Código que, como el de las Dos Sicilias, admitía las excepciones del C. Napoleón (19).

También el C. c. portugués (art. 1.869) sigue el criterio tradicional (20).

El art. 786 C. c. tiene su precedente directo en el art. 637 del Proyecto de 1851. Ello nos explica su poco afortunada redacción (21), puesto que si bien la frase "ni a los derechos del primer llamado" era diáfana en este último precepto y quería expresar que el instituido adquiriría definitiva y

(14) Op. cit., t. II, págs. 85-86. Cita expresamente el principio *utile per inutile non vitiatur*, y señala que en este sentido se entendió y aplicó Nov. 10, 20, 15.

Un problema análogo al que nos ocupa podía suscitarse respecto a la llamada disposición oficiosa, que el Proyecto copia del Código civil francés (art. 1.048), según nos indica GARCÍA GOYENA (op. cit., t. II, págs. 83 y 87), en virtud de la cual puede "dejar a los hijos que el segundo tenga o tuviere en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador sin pasar a otros grados". ¿Quid si se extralimita el testador? La solución sería declarar la validez de la institución y de la disposición oficiosa (que no es restitución fideicomisaria, cf. art. 635), respecto de las cuales no hay motivo ninguno de nulidad y estimar nula la sustitución fideicomisaria (art. 635), aplicándose aquí el principio general de validez de los actos de última voluntad. El orden de colocación de los artículos en el Proyecto resulta significativo.

(15) Vid. el elogio que de ello hace HUC: *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, París, 1868, t. I, págs. 277-279.

(16) GANGI: *La successioni testamentaria*, vol. III, Milán, 1948, pág. 91.

(17) DE DIEGO: *El fideicomiso de "eo quod supererit" en el Derecho romano*, Madrid, 1926, pág. 60.

(18) Cf. PACIFICI MAZZONI: *Codice civile italiano*, 4.ª ed., Florencia, 1906, t. VII, pág. 460. DU ROUGGIERO: *Istituzioni di Diritto civile*, 4.ª edic., Mesina, 1924, vol. II, página 393.

(19) PACIFICI MAZZONI: *Istituzioni di Diritto civile italiano*, Florencia, 1872 (2.ª ed.), tomo IV, pág. 245.

(20) El artículo 1.869 perdura después de la modificación verificada por el Decreto 19.126, que establece que las sustituciones fideicomisarias se admitirán en el primer grado (art. 1.867), acogiendo así el antiguo sistema de la Ordenação, IV, LXXXVII, § 12, que, según la doctrina, jurisprudencia y el artículo 1.847 (antiguo) limitaba al primer grado las sustituciones fideicomisarias. Cfr. DIAS FERREIRA: *Código civil portuguez*, Lisboa, 1870-1875, t. III, págs. 449-450.

(21) Con razón se ha dicho que "indudablemente la parte más criticable o peor normada de nuestro Código es el libro III, en su gran sector destinado a sucesiones", y que "la regulación sucesoria del Código civil español deja mucho que desear". ROCA SASTRE: *La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el Derecho sucesorio*,

libremente los bienes objeto de la sustitución fideicomisaria, y que no debía ser considerado como un heredero a término (22), al ser vertida en la fórmula "ni a los herederos del primer llamamiento" puede hacernos suponer que contrapone éstos al instituido y que se trata de dos llamamientos diferentes, cuando en realidad se trata de un solo llamamiento, el de institución, como acertadamente interpreta la sentencia comentada (23). Por otra parte, el trasplantar la disposición legal de un sistema a otro ha originado el fundamento de las dudas sobre su interpretación. El art. 637 del Proyecto de 1851 respondía al principio *utile per inutile non vitiatur* porque la institución se consideraba válida, alcanzando la nulidad solamente a la sustitución fideicomisaria, ya que toda sustitución fideicomisaria estaba prohibida (art. 635), mientras que en nuestro C. c., que admite, si bien dentro de ciertos límites (art. 781), las sustituciones fideicomisarias, y que mantiene —como luego veremos— idéntico principio que el Proyecto de 1851 en orden a la validez de las disposiciones *mortis causa*, el mantener la misma disposición legal nos engaña respecto a la norma que con ella se manifiesta, y puede hacernos creer—y esto ocurre en la sentencia comentada—que ya no se mantiene el principio *utile per inutile non vitiatur*, porque destruye la validez de las sustituciones fideicomisarias en lo que tienen de lícito siempre que alguno de sus llamamientos no lo sea.

2. El segundo de los fundamentos de la sentencia no corresponde exactamente a la realidad. La situación de las vinculaciones en la vida jurídica española, en el momento de la redacción del Código civil, era muy diferente de lo que se podría suponer teniendo en cuenta la Ley de 11 de octubre de 1820. No examinaremos aquí las vicisitudes de la legislación desvincula-

en *AAMN*, año I, 1943, págs. 331-377; vid. pág. 336; en especial para la sustitución fideicomisaria, vid. pág. 367. Ello es aplicable no sólo a lo sustancial, sino también en lo referente a la forma.

(22) La sustitución fideicomisaria constituye una situación jurídica interina, del tipo de las temporalmente limitadas (Cfr. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.ª ed., Madrid, 1949, pág. 610, n. 7); pero esto no supone que los llamamientos que la integran sean en sí a término. Solamente la coexistencia de titularidades determina la situación jurídica temporalmente limitada; cada llamamiento, en el caso de tener validez por separado, es un llamamiento puro. Recordemos que el término no es sino un elemento accidental del negocio jurídico.

(23) DE DÍEGO: *El fideicomiso*, pág. 61, dice, exactamente, que el artículo 786 acepta la doctrina de que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica a la validez de la institución "ni a los derechos del primer instituido". La defectuosa redacción del precepto ha dado lugar a curiosas interpretaciones. Así, PEDREGAL Y CAÑEDO, que en el *Estudio crítico sobre el C. c.*, inserto al frente del tomo II de la edición que hizo la Redacción de la *Revista de Derecho internacional*, Madrid, 1889, sostiene (pág. 39) que el citado artículo prohíbe las sustituciones fideicomisarias más allá del segundo grado, teniendo por no escrita la cláusula fideicomisaria en cuanto se refiere a llamamientos posteriores a los herederos del instituido en primer lugar.

El Código civil argentino (art. 3.730) copia mejor, aunque no muy correctamente, el artículo 637 del Proyecto de 1851, señalando que "la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución de heredero, ni los derechos del llamado antes". VÉLEZ SÁRSFIELD no cita el artículo del Proyecto, sino Nov. 10, 20, 15, pero no cabe duda del origen de la disposición legal; con razón se ha señalado que "es un error creer que las fuentes del Código civil argentino son las indicadas en las notas del Código" (ARIAS: *Sucesiones*, Buenos Aires, 1942, pág. 12).

dora; nos basta con señalar que la doctrina y el Tribunal Supremo estimaron siempre que sólo las vinculaciones perpetuas estaban prohibidas, y se permitían así los fideicomisos temporales, si bien no llegó la jurisprudencia a precisar lo que ese adjetivo significaba (24). En el momento de la codificación, las ideas acerca de las vinculaciones habían cambiado mucho (25), y ya nadie piensa en suprimir de modo absoluto la sustitución fideicomisaria. En 1882, en la Comisión General de Codificación, así como "hubo conformidad entre los vocales para proscribir el fideicomiso perpetuo", nadie piensa en prohibir totalmente la sustitución fideicomisaria. Se señala que influyó en la tendencia favorable a su admisión "el deseo de armonía con la legislación catalana", pero "esto no fué la única razón, ni siquiera la principal" sino que "no hay razón alguna filosófica, jurídica, histórica ni económica que autorice una limitación tan exorbitante de la libertad del propietario". Se indica que no hay razón alguna para prohibirlas cuando se hacen a favor de personas vivas, y que "sería menester que un alto interés social lo demandara imperiosamente para que fuera lícita esa limitación a la libertad humana". Descartada su admisibilidad, la cuestión se centra sobre el límite. "Lo verdaderamente importante en el fideicomiso es fijar su extensión, porque prohibirlo es un acto de tiranía, una violación del derecho individual, y permitir que se establezca indefinidamente o en favor de muchas generaciones es volver a amortizar y esterilizar la tierra, resucitar la vinculación y herir un alto interés social" (26). Las razones económicas, derivadas de la concepción liberal de la Economía, parecen haber sido decisivas (27), y se llega

(24) MAURA: *Dictámenes*, tomo III, Madrid, 1930, págs. 441-443; la jurisprudencia anterior al Código civil puede verse aquí citada, en págs. 383 y 441. PACHECO: *Comentario a las leyes de desvinculación*, 3.ª ed., Madrid, 1847, reiteradamente señala que los artículos 1.º y 14 de la Ley de 11 de octubre de 1820 se refieren sólo a los fideicomisos perpetuos (págs. 9 y 62). V. también DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, 5.ª ed., Valencia, 1885, t. II, pág. 354 (sobre vigencia Partida 3, 31, 26); BOFARULLI: *Código civil español*, t. I, pág. 249, n. 4; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios*, ed. Madrid, 1910, t. VI, v. 1, pág. 665, y VI-2, pág. 1260 (aquí sobre fideicomiso singular).

(25) Cfr. MARÍN LÁZARO: *El segundo grado en las substitutiones fideicomisarias*, en *RGLJ*, 1941, t. 19, págs. 10-44; v. págs. 23-33. STS 23 junio 1940.

(26) Las frases entrecuadradas son de ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Madrid, s. f., págs. 166-168.

(27) Cfr. ALONSO MARTÍNEZ, op. et loc. cit.; MARÍN LÁZARO, loc. cit., pág. 32; STS 9 julio 1927. A pesar de que las razones económicas se consideran decisivas en todos los países en la época de las codificaciones (comp. GITRAMA: *Los supuestos de administración de la herencia*, en *RDJ*, 1948, pág. 111, n. 59. Para Italia, DEgni: *Lezioni di Diritto civile*, t. II, vol. II, 2.ª ed., Padua, 1936, pág. 132), los motivos de orden puramente político conservaban aún cierta fuerza. En la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley de Bases de SILVELA, una enmienda a la Base XV (hoy XVI) presentada por el senador FARIÉ, en la sesión de 21 de marzo de 1885, defiende la licitud de las substitutiones fideicomisarias indefinidas, cuando menos en las líneas directas (*Diario de las Cortes* (Senado), *legislatura 1885-1886*, t. IV, pág. 1845; la enmienda, en Ap. 13 al núm. 92), con la esencial finalidad, aunque no única, de procurar por este procedimiento la renta necesaria a los senadores por derecho propio (Cfr. Constitución de 1876, art. 21), al objeto de conservar una clase social—aristocracia—que pueda ofrecer las resistencias más eficaces a las arbitrariedades del Poder (*Diario*, cit., tomo V, págs. 2147-2148). El problema está englobado en el más amplio de la libertad del testar que se utiliza como arma de doble filo (Cfr., defendiendo el sistema seguido en el C. c., que permite dotar por medio

a la fórmula que sustancialmente reproduce el art. 781 del C. c. Lo que aquí nos interesa hacer notar es que al admitir la sustitución fideicomisaria y señalarle límite, se marca la divisoria entre lo lícito y lo no permitido, no pareciendo oportuno interpretar los preceptos citados, del modo como lo hace la sentencia comentada, como contrarios a la vinculación en general. Si este hubiera sido el criterio legal, toda forma de vinculación estaría prohibida, lo que contrasta con los numerosos casos en que se admite y con las razones que provocaron su admisión.

La reafirmación actual de los principios de tipo político referentes a esta materia veda, asimismo, un cambio de orientación en la interpretación de la ley.

III. La interpretación que pudiéramos considerar como clásica se adapta mejor el criterio seguido en el C. c. en materia de validez de las disposiciones *mortis causa* que la que propugna la sentencia; y ello por diferentes razones, que pasamos a exponer:

1. El art. 786 constituye la aplicación a un caso concreto del principio de validez de las disposiciones *mortis causa* contenido en el art. 743, el cual, en su caso, cambia de signo la norma contenida en el art. 4 (28), y del que son aplicaciones las normas sobre el efecto de las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales (arts. 792, 793). *causa falsa o contraria a Derecho* (art. 767), reducción de las disposiciones testamentarias que men-

del tercio de mejora y de libre disposición al que haya de ejercer cargo público. SILVELA (L.): *Discusión parlamentaria del C. c.*, Ed. Rta. Tribun., págs. 342-343). Se señala que la legítima constituye un elemento de democratización de los utilizados por la democracia española, inspirada en su parte más activa y móvil en los principios de la Revolución francesa (SILVELA: *Diario*, cit., tomo V, pág. 2235), elemento que Napoleón propagó y favoreció por cuantos medios estuvieron a su alcance (Id., l. c. pág. 2233), mientras que, por otra parte, se denuncia este hecho como enderezado a desorganizar la aristocracia, no sólo en Francia, a través del Código civil, sino en otros países que intentaba someter, habiendo aconsejado idéntica medida a su hermano José Bonaparte para que fuera aplicada en España (DUQUE DE VERAGUA: *Diario*, l. c., tomo V, pág. 2228). [Parece que la referencia es a la conocida carta de Napoleón a su hermano José Bonaparte, entonces rey de Nápoles, escrita el 5 de junio de 1806.] En realidad, la visión política de Napoleón era más amplia, ya que no sólo se refería a los países sometidos, sino a Francia (sobre los motivos, entre los que se encontraba la necesidad de allegar dinero para sus empresas militares, lo que se quería conseguir mediante los impuestos sobre la transmisión de los bienes, para lo cual se estimula ésta, cfr. ALBERT: *La liberté de tester*, París-Angers, 1895, págs. 804-805), y, por otra parte, no utiliza solamente estos medios jurídicos para allanar obstáculos en su camino, como se quiere hacer suponer equiparando su obra a la de los protestantes ingleses en Irlanda (cfr. DUQUE DE VERAGUA, l. c.; referencia a la cuestión irlandesa: FERNÁNDEZ HONTORIA, *Diario (Congreso)*, legislatura 1884-1885, tomo X, pág. 4933, y DE ONDOVILLA y DURÁN: *Disposiciones que podrían impedir en España la división de las fincas rústicas, cuando esta división perjudica al cultivo*, Madrid, 1900, págs. 54-56, siguiendo todos, expresa o tácitamente a LE PLAY), en donde impusieron la división forzosa de la propiedad en odio a los católicos (2 Ana, t. 6, § 10; 1703. Cfr. DE BEAUMONT: *L'Irlande sociale, politique et religieuse*, 3.ª ed., Bruselas, 1839, tomo I, pág. 129), sino que, conocedor del valor político de una clase estable, independiente económicamente, crea una aristocracia sumisa a sus ideas, utilizando el sistema de mayorazgos—de diversos tipos—creados por Decretos de 1806 (en la reforma del C. c. de 1807 se añade un párrafo, el tercero, al art. 896). Su inteligente obra tuvo una duración efímera.

(28) Cfr. F. DE CASTRO, op. cit., págs. 536-537.

güen la legítima de los herederos forzosos (art. 817), etc. (29). Estos repetidos intentos de sanear la voluntad del testador y olvidarse de su ilicitud cuando no existe otro remedio, cuyo fundamento no creemos necesario repetir aquí, contrastan, ciertamente, con la interpretación del artículo 786 que la sentencia mantiene. Para presentar este precepto como norma de excepción sería necesario demostrar claramente que se separa de los principios indicados, y ya hemos visto que los argumentos con este fin utilizados distan mucho de ser convincentes. Observemos, además, que el criterio del legislador parecería como muy extraño: por una parte, abandonaría el criterio seguido (sólo como regla general) para los negocios jurídicos *inter vivos*, pues no anula la institución o primer llamamiento testamentario, pero se mantiene separado del principio *utile per inutile non vitiatur*, puesto que se declaran nulos los dos primeros llamamientos de sustitución que, en principio, admite. Este que se podía denominar tercer criterio legislativo, exigiría unos serios motivos, y no se ha demostrado que los hubiese.

Importa señalar aquí que el fundamento de la declaración de nulidad radicaría en ser un negocio jurídico contra la ley, y que falta motivo para estimar que todos los llamamientos de la sustitución fideicomisaria que exceden el límite legal son *contra* la ley. Esto solamente puede decirse de aquellos llamamientos que exceden el límite, pero no de los anteriores, que el legislador expresamente admite (art. 781) (30), y por esta razón estimamos más adecuado sostener que sólo a aquéllos alcanza directamente la declaración de nulidad, lo que no ocurre con los llamamientos de sustitución ordenados por el testador dentro del límite, a los que únicamente de modo indirecto podríamos considerar como nulos. Sería correcta la interpretación de la sentencia comentada si los llamamientos que integran la sustitución fideicomisaria estuviesen de tal modo ligados que resultase imposible la subsistencia de alguno de ellos en el caso de que otro u otros fuesen nulos (31). Esta consideración nos plantea un nuevo problema (32).

2. Pero la solución de la doctrina y de la jurisprudencia que aquí de-

(29) La protección de la voluntad del testador no siempre se consigue del mismo modo; podemos, así, considerar como normas de protección los artículos 773, núm. 2, y 814 C. c.

(30) Nos remitimos aquí expresamente—como en general en lo referente a la nulidad de los actos contra ley—a F. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 537-538.

(31) Hacemos aquí, y en lo que sigue, referencia a la institución de la sustitución fideicomisaria, y no al negocio jurídico en concreto. Pretendemos interpretar alcuadamente la ley; pero no podemos dejar de observar que la voluntad del testador puede disponer las cosas de otro modo y, en un negocio jurídico determinado, condicionar entre sí de tal manera los llamamientos que no resulte de posible aplicación el artículo 786, que en vez de sostener el principio de validez de la voluntad del testador, vendría a desvirtuarlo.

(32) Observemos que el artículo 786 señala los efectos de la nulidad de la sustitución fideicomisaria, y no distingue el caso de nulidad por traspasar el límite legal, de otros supuestos. La sentencia, cuando esta causa de nulidad no existe, no podría argumentar como lo hace—en base al criterio antivinculista—, y entonces solamente acudiendo a la interdependencia necesaria de los llamamientos de sustitución podría justificar el criterio que se deduce de una interpretación lineal del precepto. De otro modo, se comprende que sería absurda la norma contenida en el artículo 786, que tendría como finalidad combatir

findemos se acomoda también mejor a la naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria que la de la sentencia. porque esa interdependencia de los llamamientos no existe. La naturaleza jurídica de la sustitución fideicomisaria se presta, todavía, a vivas discusiones. Advierte un sector de la doctrina que no se trata de una verdadera sustitución. Ya entre los glosadores se examinó el problema, si bien en algunos aspectos nada tiene de común con la forma en que para nosotros se plantea (33). Partiendo del concepto en el Derecho romano, se observa que al hablar de sustitución fideicomisaria no se emplea el vocablo sustitución en su genuino sentido, sino de un modo literal y generalísimo (34). Pero es poco exacto enfocar así el problema, porque los Códigos latinos, siguiendo una tradición que se remonta a la Glosa, han alterado el concepto de sustitución, y no cabe, en los límites del Derecho positivo, recurrir a consideraciones históricas sino para darnos cuenta del cambio efectuado, y nunca para construir un concepto extralegal que si de *lege ferenda* pudiera ser más adecuado—ello es cuestión aparte, y que no hemos de tratar aquí—, de *lege data* solamente puede producir perturbaciones, al ser inadecuado (35).

La sustitución fideicomisaria es una forma de institución plural sucesiva. Los llamamientos que la constituyen no tienen condicionada mutuamente su existencia. En este aspecto, el artículo 786 no significa, además de la aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, un trato de favor hacia la institución de heredero (36). Pero no es solamente que la institución tenga validez independientemente de la sustitución lo que nos interesa indicar, sino que todos los llamamientos que integran la sustitución fideicomisaria la tienen también. La sombra del fideicomiso en su forma romana no se proyecta sobre la sustitución fideicomisaria como la configura nuestro Derecho, sino en una mínima parte, que no indicamos por ser ajena a la cuestión tratada. La unidad del fideicomiso y de la sustitución

a ultranza las sustituciones fideicomisarias, lo que no parece, ya que el legislador las admite y no con muchas limitaciones, pues supera a todos sus modelos legislativos.

(33) Así, p. ej., las consideraciones derivadas de que el fideicomisario no es heredero, que en nuestro Derecho no sugiere duda (art. 785, 1). Sobre el problema en general, vid. DE DIEGO: *El fideicomiso*, pág. 37, y *Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo*, Madrid, 1926, págs. 45-58, y ROCA SASTRE: *Estudios*, loc. cit., pág. 33.

(34) DE DIEGO: *El fideicomiso*, pág. 37, n.

(35) Hacemos notar que en las páginas que siguen hacemos referencia alguna vez al concepto histórico de sustitución, lo que ha de tenerse en cuenta.

(36) En relación al artículo 786 se ha dicho que "sólo podría justificarse la nulidad de la institución si hiciese una sola cosa con la institución [fideicomisaria]; pero este no es el caso, pues se trata de dos vocaciones a favor de personas distintas y que en diferentes tiempos tienen lugar", DE DIEGO: *El fideicomiso*, pág. 61. Se ha pretendido la validez de la sustitución con independencia de la institución, basándose en el citado artículo 786, a sensu contrario. FALCÓN: *Derecho civil español común y foral*, 5.^a ed., t. III. Barcelona, 1897, pág. 210. Análogamente, para el Derecho portugués, DIAS FERREIRA, op. cit., tomo III, pág. 450, y tomo IV, pág. 250, al que sigue DA CUNHA GONÇALVES: *Tratado de Direito civil*, Coimbra, 1936, t. X, págs. 174-175.

ción, que originó la sustitución fideicomisaria, se rompió en nuestro Derecho a partir del Ordenamiento de Alcalá (37). No se trata de una consecuencia de la formulación de un principio opuesto al del Derecho romano en orden a la institución de heredero—institución que aquí puede no faltar—, sino que se afirma la validez por separado de cada una de las instituciones de heredero que la sustitución fideicomisaria entraña (38). Esta solución, contraria a la del Derecho romano (que tenía que acudir a la aceptación ficticia o forzosa), acogida por las Partidas (39), es aceptada como Derecho real por la doctrina (40). Publicado el Código civil, la doctrina posterior apenas si se ha interesado por estos problemas (41), por una parte, por su tendencia extranjerizante y también porque el interés se centra sobre una de las cuestiones que el cambio de criterio había suscitado la de la subsistencia de la cuarta trebeliánica (42), cuestión en la que no se llegó al acuerdo y que fué

(37) "Et si aliquo dextare a otro en su postrimera voluntat heredat, o manda, o mandare que la den, o que la haya otro. é aquel primer a quien fuere dejada non la quisiere, mandamos que el otro ó otros que la pueden tomar e aver" (19, única).

En el Ordenamiento de Montalvo (5, 2, 1): "Y si alguno dextare a otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé a otro alguno a quien sustituye en la herencia o manda: si el tal heredero, ó legatario no quisiese aceptar, ó renunciase la herencia, ó legado: el sustituto ó sustitutos lo puedan haber todo." Reproducido en Nuev. Rev., 5, 4, 1, y Nov., 10, 18, 1.

Este progresivo alejamiento del Derecho romano se produce también en las codificaciones austriaca (§ 608) y prusiana (I, 12, 53): la transmisión de la herencia al sustituto se verifica *ope legis* directamente, y no a través del instituido. Cfr. BARASSI: *Le successione per causa di morte*, 3.^a ed., Milán, 1947, pág. 444.

(38) La doctrina ha discurrecido, por regla general, por la fácil vertiente de considerar la validez del fideicomiso sin la institución de heredero como una consecuencia de que ésta no era ya necesaria para la efectividad del testamento. El problema no puede ser debidamente tratado en estas notas, pero prometemos exponerlo adecuadamente en ocasión propicia.

(39) 6. 15, 14.

(40) GREGORIO LÓPEZ: *Glosa a P. 6, 15, 14 in fine*; ANTONIO GÓMEZ: *Varias Resolutions*, tomo I, c. V, núm. 8, ed. Madrid, 1780, pág. 113; DE LA RÍPIA: *Práctica de testamentos y modos de subceder*, Cuenca, 1675, fol. 88, núm. 11; TORRES VELASCO: *Institutionis Hispanae practico-theoretico commentatae*, Madrid, 1735, pág. 130, n.; GARCÍA GOYENA: *Reglas del Derecho romano*, Madrid, 1841, pág. 86, etc. Aunque con deformaciones (comp. not. 38), es seguida hasta la época de la codificación, si bien algún autor (como por ejemplo, ALVAREZ: *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, págs. 236 y 277) se olvida del cambio de criterio, debido a su formación en exceso romanista.

(41) Como excepción, SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., tomo VI, v. I, págs. 659-665, n.; GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*. I. *Diagnóstico y tratamiento del "pseude usufructo testamentario"*, AAMN, tomo II, 1946, págs. 436-497, señala expresamente que "la sustitución fideicomisaria no es un simple fideicomiso, sino un llamamiento complejo y sucesivo con doble liberalidad en orden escalonado de preferencias. Al desaparecer el supuesto de actuación de la liberalidad preferente, queda ya en primer rango, y sin subordinación, la liberalidad pospuesta al primer llamamiento", y cuando, asimismo, a propósito de la ley citada del Ordenamiento de Alcalá, que "su reflejo ilumina al artículo 784 del Código civil, que adquiere con ello su más cabal sentido", pág. 495, nota. En varios lugares de su estudio hace aplicación de estos principios.

(42) Tampoco en estas notas podemos tratar debidamente este tema, que dejamos para lugar más adecuado. Aparte del problema en sí, tiene importancia por haber dado lugar

definitivamente zanjada, debido a la importancia que tenía para el acercamiento de las diversas legislaciones civiles coexistentes en España, en el artículo 783, 2.º C. c., que la deja entregada a la voluntad del testador (43).

3. La solución que hemos denominado clásica permite, asimismo, el mejor cumplimiento de la voluntad del testador, ley de la sucesión. Es necesario tener en cuenta que en el caso presente la voluntad del testador no puede ser cumplida nunca en su integridad, que las consideraciones sobre la preferencia en el ánimo del testador solamente pueden servir para la interpretación del negocio jurídico en cada caso concreto, y por ello han de ser excluidas, como regla general, en la interpretación de la ley, y que, en este aspecto, las consideraciones sobre la preferencia del instituido no tienen fundamento serio, en la forma general en que han sido expuestas—es decir, fuera de cada negocio jurídico concreto—, y la preferencia a favor del fideicomisario, que con mayor motivo podría sostenerse, nada nos ayuda en la interpretación de la ley, porque la validez de su llamamiento ha de ser excluida por principio. Mantener la validez del mayor número de llamamientos (pensemos en el caso de que el testador permita a todos los fiduciarios detracciones), significa cumplir lo mejor posible la voluntad del testador hasta donde puede ser respetada, siempre, naturalmente, que la citada voluntad lo consienta.

Jerónimo LOPEZ LOPEZ
Prof. ayudante de la Universidad Central,
Becario del I. N. de E. J.

2. Edificación sobre suelo parcialmente ajeno

SENTENCIA 31 MAYO 1949

Vale la pena llamar la atención sobre esta sentencia de nuestro Alto Tribunal porque en Derecho español no se había abordado todavía de frente el problema de la edificación sobre suelo parcialmente ajeno ni tampoco el de la buena fe en materia de accesión cuando la construcción se realiza con el consentimiento del dueño del terreno. Ambas cuestiones son tratadas en esta sentencia, en la que, por cierto, se recogen las soluciones propugnadas por la doctrina que últimamente dedicó la atención debida a este interesante tema.

Al decir de Sanz, que ha estudiado de una manera completísima las cuestiones de la edificación en suelo ajeno en la conferencia de este título en el Colegio Notarial de Valencia (curso de 1947), el caso fué resuelto en el Derecho romano por la simple aplicación del principio *superficies solo cedit*, pero el Código napoleónico guardó silencio en la materia mientras que, por el contrario, lo resuelven tanto el Código italiano nuevo como

a agudas observaciones sobre la interpretación y término de vigencia de las leyes, por obra de muchos de nuestros mejores juristas.

(43) Cfr. ALOXSO MARTÍNEZ, op. cit., págs. 36-37 y 173-175.

el antiguo y el alemán. Aquéllos, como un supuesto especial de la adquisición y éste como un incidente en las relaciones de vecindad que con tan buena técnica han estudiado los autores germanos. El Código italiano de 1865 estableció en efecto que en caso de edificación de buena fe, sin saber que el terreno es ajeno y sin oposición del dueño, el suelo podía ser declarado propiedad del edificante abonando a aquél el duplo de su valor. El de 1942 lo modificó en el sentido de determinar que la falta de oposición debía tener lugar dentro de los tres meses siguientes al día en que se hubiesen iniciado las obras. Según De la Plaza, que también ha estudiado el problema y propuesto soluciones que llenen la laguna legal, ese plazo que refuerza la posición de buena fe del edificante tiene por objeto no abandonar a la interpretación un extremo tan importante como ese de la buena fe. En Derecho alemán, frente al error disculpable del edificante que creía construir en terreno propio, el verdadero dueño tiene el deber de tolerar la edificación. Por último, en Derecho español se han referido a la cuestión las sentencias de 12 de diciembre de 1908 y 30 de junio de 1923, pero advierte Sanz que no entraron a fondo en ella. Nos encontramos, pues, ante una materia falta de regulación legal. Veamos las soluciones que aportaron estos dos autores citados. Según el ilustre Fiscal del Supremo, los Tribunales tendrán que decidir las consecuencias de la pasividad del dueño del suelo invadido frente a los actos positivos del constructor, sin atenerse al transcurso de plazos de caducidad, que, por su índole, sólo cuando están preestablecidos pueden aplicarse. Si el Tribunal se pronuncia por la adquisición surgirá un derecho al pago del precio y otro a la indemnización de los daños causados por el constructor. Angel Sanz distingue en su estudio el supuesto de buena fe y el de mala. En el primero, si el dueño opta por el segundo de los términos del artículo 361 ó por el primero, si el edificio es divisible, no hay problema. Si es indivisible, debe atribuirse la unidad formada por los dos solares a uno solo: al dueño de la parte del suelo que deba estimarse principal con arreglo a la norma de los arts. 276 y 277, 377. En caso de mala fe, si el dueño opta por hacer suya la edificación, se aplicarán las mismas soluciones, con las dos únicas desviaciones de que no tendrá que indemnizar la parte invasora del edificio ni podrá exigir indemnización de daños y perjuicios. Si opta por la demolición, deberá hacerse si es posible, y por analogía con el at. 379, habrá que entender que procede, aunque por ella haya que destruir la totalidad de lo edificado.

La sentencia que se anota denuncia la laguna legal y dice que habrá de llenarse con los principios generales del Derecho. Se hace eco de las soluciones de Derecho comparado, pero merece alabanza su arranque de originalidad al resolver el caso apoyándose en la equidad y a base de estimar que las dos porciones de suelo, junto con el edificio, forman un todo indivisible. Aplica después la regla que lo accesorio sigue a lo principal, pero estima como principal, no la porción de solar propia al edificio, lo cual es posible que sea más racional, para fallar que el todo debe corresponder al edificante, previa indemnización. Talmente se ha seguido a La Plaza, haciendo una construcción de arbitrio judicial para resolver el caso.

En cuanto al valor del consentimiento del dueño invadido, siguiendo a Sanz rechaza la idea de que pueda fundarse en él un derecho de superficie constituido a favor del edificante (ello exigiría escritura pública por aplicación del art. 1.628 del C. c.), y ve en tal consentimiento una renuncia de todo derecho sobre lo edificado. En realidad, tal consentimiento no es sino el fundamento individual de la expropiación a favor del edificante de buena fe, previa indemnización. El fundamento social radica en la enemiga que tiene la ley a las situaciones de desmembración del dominio como la que implica el derecho de superficie o una situación de copropiedad que también se rechaza expresamente en la sentencia, así como el interés colectivo en la conservación de las edificaciones.

En caso de prestarse el consentimiento, este consentimiento nudo que, como dice Sanz, no fija ni cuál ha de ser el destino de la edificación ni el alcance de ese consentimiento. Las reglas aplicables, dice el mismo autor, serán las de la cuestión de buena fe, pues aunque el edificante tiene conocimiento de la limitación de su derecho, se compensa éste con el que tienen los demás del hecho de la edificación.

Para el caso de buena fe, tratándose de edificaciones en suelo parcialmente ajeno, la solución que propugna Sanz es también exactamente la que ha proclamado la S.: "si el edificio es principal, se atribuirá la totalidad del suelo al edificante mediante pago de su valor. Prácticamente, esta solución equivale a eliminar uno de los supuestos de opción del artículo 361".

A. B.

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esta sección colaboran: Alberto Ballarín, José M.^a Codina, Manuel González, José M.^a Desantes, J. Hernández Canut, Jerónimo López, J. A. Prieto, L. Sancho y Abraham Vázquez.

1. Sentencias de la Sala Primera

SENTENCIA 5 ABRIL 1949

Carácter imperativo de la legislación de arrendamientos rústicos—autonomía de la voluntad.

Esta queda coartada por aquéllas, pero solamente en el caso de que sean aplicables, por haberse dirigido la voluntad de los contratantes a configurar una relación arrendaticia.

Contrato de opción de compra—normas que lo regulan.

A falta de normas especiales será regulado por las disposiciones generales de la contratación.

Procesal—recurso de casación—error de hecho en la apreciación de la prueba.

No puede prosperar cuando se aprecian los errores desarticulando los diferentes elementos de juicio que tuvo en cuenta el juzgador.

Mora—reclamación de cantidad excesiva.

No cabe apreciar morosidad en el deudor que no se aviene al pago.

CONSIDERANDO: Que para fijar la naturaleza jurídica del contrato en litigio es preciso atenerse a sus términos literales, y más especialmente a la intención que animó a los contratantes a celebrarlo, examinando al efecto el conjunto de las declaraciones de voluntad que contiene y no aisladamente al de alguna de sus cláusulas, sobre todo si no reflejan la finalidad principal perseguida.

CONSIDERANDO: Que sobre estas bases es indudable que no reviste los caracteres de arrendamiento de finca rústica el contrato celebrado por los hoy litigantes el día 1.º de octubre de 1943:

Primero. Porque los términos literales en que está concebido el con-

trato claramente revelan que se quiso evitar toda posibilidad de que se entendiese pactado un verdadero y propio arrendamiento, y, al efecto, en la cláusula primera se estipula que los señores G. e I. se constituyen en administradores con suficientes poderes para la explotación de la finca y ganadería "hasta tanto se verifique la compra-venta de la finca, motivo principal del convenio", por el precio de 750.000 pesetas, que se fija en la cláusula segunda, y si bien es cierto que *ante normas imperativas de la legislación de arrendamientos rústicos la autonomía de la voluntad resulta cercenada y los contratantes no pueden eludir el incumplimiento de aquellas normas, se ha de entender que su aplicación entra en juego cuando la intención de los contratantes es crear una verdadera relación arrendaticia, que no cabe desfigurar eficazmente con la apariencia o disfraz de un pacto distinto, pero no serán de aplicación si el propósito que anima a los contratantes va enderezado a la formación de otro vínculo jurídico*, como el de compra-venta, del cual es pacto accesorio el referente a la explotación temporal y previa de la cosa que va a ser objeto del contrato principal celebrado, a la inversa de aquellos otros supuestos en que al pacto primordial de arrendamiento se injerta otro accesorio de naturaleza distinta, como el de opción de compra por el arrendatario; y

Segundo. Porque la finalidad principal perseguida se revela claramente en la cláusula tercera en relación con las dos anteriores, en cuanto expresa que se permite a los señores G. e I. la explotación de la finca durante un año, no precisamente con miras al beneficio que su disfrute les proporcione, sino para que "puedan estudiar su rendimiento" y decidir en consecuencia si optan o no por su adquisición dentro del plazo fijado y por el precio cierto convenido.

CONSIDERANDO: Que las múltiples y complejas prestaciones establecidas sobre opción de compra, explotación de la finca por administración, entrega de material y valores, usufructo de ganados, realización de obras por acuerdo de ambas partes, venta de un repollar, dación de cerdos para recría y otras, no tienen adecuado encaje en ninguno de los moldes típicos de la contratación, especialmente en el de arrendamiento de finca rústica, incluso por lo que afecta a la duración del contrato, no ajustada a las prescripciones de las Leyes de 15 de marzo de 1935, 28 de junio de 1940 y 23 de julio de 1942, *pero como las múltiples y complejas relaciones jurídicas creadas están presididas por la intención dominante de concluir un compromiso de opción de compra de finca rústica con pactos accesorios que sirven de medio para conseguir aquella finalidad, la norma preferentemente aplicable será la que corresponda a dicho pacto principal, que, a falta de reglamentación específica, será enjuiciado por las disposiciones generales de la contratación*, y, en su virtud, habrán de ser desistidos los dos primeros motivos de recurso, en cuanto estérilmente tienden a demostrar que el contrato en litigio es de arrendamiento y también en cuanto denuncian errores de hecho en la apreciación de las pruebas, desarticulando los diferentes elementos de juicio que al efecto tuvo en cuenta la Sala sentenciadora para acogerse el recurrente a los que pudieran favorecerle y prescindiendo de los que le perjudican.

CONSIDERANDO: Que reclamado por el actor a los demandados el pago de cantidades dimanantes del referido contrato, entre ellas la de 35.700 pesetas por explotación de la finca, se aprecia claramente por los propios términos del hecho tercero de la demanda, en relación con la cláusula sexta del contrato, que lo que se reclama es el pago de 5.100 pesetas por cada uno de los meses comprendidos desde el 10 de enero hasta el 10 de julio de 1944, o sean seis mensualidades o vencimientos, que dan la suma total de 30.600 pesetas, y no la de 35.700 que por dicho concepto se pide en la demanda y se concede en la sentencia recurrida, lo que lleva a modificar en este aspecto el fallo de instancia, con la escuela de no ser procedente la condena al pago del interés legal, también pedido y otorgado, porque *ante una reclamación de cantidad excesiva, no cabe apreciar morosidad en el deudor que no se aviene al pago*, y así resulta infringido por la sentencia recurrida el art. 1.108 del Código civil, según denuncia el motivo tercero y último del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 6 ABRIL 1949

Civil—principios generales—analogía.

Civil—arrendamientos urbanos—indemnización por derribo según el artículo 5.º, apartado e) del Decreto de 29 de diciembre de 1931—tasa que impone.

CONSIDERANDO: Que el problema planteado en los dos motivos del recurso estriba en determinar si la tasa señalada en el párrafo tercero, apartado a), del art. 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 impide en el caso de derribo a que se refiere el apartado e) del mismo precepto que el arrendatario pueda exigir la mayor indemnización que establece el párrafo quinto de aquel apartado a) aunque el traslado le ocasione daños y perjuicios de cuantía que exceda a la fijada en dicha tasa.

CONSIDERANDO: Que según dispone el párrafo quinto del apartado a) del citado artículo, la tasa señalada a las indemnizaciones en los párrafos anteriores no impide que el arrendatario que estime ser de cuantía mayor los daños y perjuicios sufridos por consecuencia del traslado reclame del propietario la cantidad a que crea tener derecho y si demostrase este derecho, deberá ser indemnizado con la cantidad que corresponda: de donde aparece que si bien el apartado a) señala en su párrafo tercero el importe mínimo de la indemnización, ello no obstante admite en el párrafo quinto que ésta sea mayor cuando también lo sea la cuantía de los daños y perjuicios originados, por lo cual al tener aplicación al caso de traslado por derribo el párrafo tercero, lógicamente debe entenderse aplicable también el quinto, que lo complementa, pues ordenando en este último, según acaba de indicarse, que puede ser mayor el importe de la

indemnización fijada en el tercero, es visto que no establece el precepto legal dos indemnizaciones independientes sino una sola, variable en proporción a la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el arrendatario; y como si éstos se produjeron no fueron debidos al motivo origen del traslado, sino al hecho de tener forzosamente que efectuarlo y del que dimana la obligación de indemnizar, a este nexo causal hay que atender, tanto en los casos previstos en los apartados a) y f) del repetido art. 5.º como en el que el propietario decida derribar el edificio arrendado que no se halle en estado ruinoso—supuesto del apartado e)—, solución a la que igualmente conduce el conocido principio "*ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*".

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 ABRIL 1949

Civil—arrendamientos: diferencia entre el arrendamiento de industria y el de local de negocio—interpretación del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos—derecho irrenunciable a las prerrogas forzosas.

CONSIDERANDO: Que para la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso precisa partir de dos hechos, afirmados en uno en lo esencial en la sentencia de instancia: Que el contrato de arrendamiento, en virtud del cual el demandante ejercía la industria de exhibición de películas cinematográficas en el Teatro El Siglo, y que data de 1941, según el primero de los recibos de semestres de arrendamientos acompañados por la demanda, venía celebrándose de año en año, especialmente a partir de 1944, consignándose en los documentos correspondientes que el demandante era rematante en las subastas, con alguna modificación en cuanto a sus cláusulas en alguno de los años, siendo de notar, además, que en escrito que lleva fecha de 15 de septiembre de 1947, el demandante se dirigió a la entidad El Siglo, propietaria del local, expresándole su propósito de adquirir un aparato bueno de cine sonoro, y proponiéndole que siendo insuficiente el tiempo, porque pensaba el propietario arrendar para amortizar el gasto que había de originársele, le proponía se celebrase el contrato por seis años forzosos y cuatro voluntarios, con un aumento en la renta; como también es de advertir que el arrendador se dirigió al arrendatario expresándole había sido rematado el arriendo a favor de otro postor, y no admitidas sus condiciones, y otro hecho que también se deduce de lo afirmado por la sentencia en cuestión, y que también debe quedar sentado para la resolución que ha de dictarse en relación con los motivos del recurso: Que el contrato de arrendamiento en cuestión se refiere el Teatro El Siglo con los elementos propios del mismo, incluso un aparato de cine mudo; pero que viene funcionando con un aparato de cine sonoro perteneciente al demandado.

CONSIDERANDO: Que el arrendamiento de industria, excluido de la jurisdicción especial de arrendamientos urbanos, y sometido a la legislación común con la excepción del artículo 6.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a que más abajo se hace referencia, se caracteriza por la cesión temporal mediante renta además del local de negocio, como dice el artículo 4.º de "una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas".

CONSIDERANDO: Que, no apareciendo demostrado que el propietario ejerciese industria de cine en el local de referencia en tiempo inmediatamente anterior al último contrato, y siendo indispensable, según se afirma por el Sindicato del Espectáculo, en el oficio obrante en autos, y consta, además, por notoriedad que para el ejercicio de la aludida industria de exhibición de películas cinematográficas existía en el local correspondiente un aparato de cine sonoro, de que el local citado carecía, pues funciona con uno perteneciente al demandante, es visto que el contrato en cuestión, fuese cual fuese el término convenido y el modo de su celebración, debe reputarse de arrendamiento de local de negocios y no de industria, está sujeto a las prórrogas forzosas establecidas en el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, derecho que es irrenunciable en armonía con lo dispuesto en el artículo 11 de la citada Ley, incluso tratándose de arrendatario de locales de negocio, y la sentencia que así lo desconoce, infringe los precitados artículos.

CONSIDERANDO: Que aunque se estimara que el arrendamiento en cuestión era de industria y no de local de negocios, siempre se estaría en el caso del art. 6.º de la Ley (arrendamiento de industria de cine o teatro), ya que en enero de 1947 dicho arrendamiento excedía de dos años de duración que es una de las condiciones requeridas para que los arrendamientos de esta clase queden sujetos a la legislación de alquileres, pues entre las dos interpretaciones que se sostienen del mencionado precepto: que precisa que el contrato se halle estipulado en todo caso por dos años (como se establece para el caso de que el contrato de arrendamiento se celebre por un plazo mínimo de dos años con posterioridad a primero de enero de 1947), o que, lo que la Ley exige es que se venga disfrutando de la cosa arrendada por más de dos años, sea cual fuere la duración del contrato, aunque tal disfrute se venga realizando sin interrupción en años sucesivos y con diferencia en sus cláusulas, la segunda se ofrece como la más procedente por las razones siguientes: a) Porque lo mismo que el artículo citado que la adición al art. 2.º, párrafo tercero del Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931, como quedó redactado por Decreto de 2 de agosto de 1934, habla de "duración del arrendamiento", es decir, de la situación arrendaticia, no del término fijado en el contrato; b) porque la finalidad de tal disposición consiste en evitar la perturbación que en el modo de vivir del arrendatario, con una situación creada, pueda tener la rescisión del contrato, conforme a las normas del derecho común, y c) porque las dudas, tratándose de una legislación protec-

tora del inquilino como la de Arrendamientos urbanos, deben resolverse en favor de este.

FALLO—Ha lugar.

SENTENCIA 25 ABRIL 1949

Seguro de vida—ocultaciones del asegurado—efectos—nulidad del contrato.

CONSIDERANDO: Que son hechos indiscutidos o declarados ciertos por la sentencia impugnada: a) que don A. T. concertó, en 2 de marzo de 1942, con la Compañía demandante, un contrato de seguro de vida, por un importe de 100.000 pesetas que, en caso de muerte, se abonaría a sus hermanos; b) que el contratante fallecido el 26 del mismo mes y año, y, al formular la proposición de convenio, ocultó que cinco años antes de la emisión de la póliza había padecido una otitis media supurada crónica, a consecuencia de la cual fué sometido a una intervención quirúrgica de oído; c) que dos días antes del fallecimiento, y como consecuencia de una otitis o osteomielitis, fué asimismo operado de la mastoide izquierda; y finalmente, que las inexactas declaraciones del contratante, al contestar al cuestionario de referencia, fueron posiblemente inspiradas en el recelo de que el seguro fuese rechazado.

CONSIDERANDO: Que tales premisas, base del fallo recurrido, subsisten en casación, porque sólo se ha impugnado, en el motivo segundo, la relativa a la causa originaria de la muerte del señor A. T. que, asimismo, queda firme; porque si bien es verdad que en la inscripción de defunción se consigna como tal la miocarditis séptica, a que alude el recurrente, no lo es menos que la constancia de tal dato no tiene otro fundamento que la referencia a una certificación facultativa que, sobre no revestir el carácter de documento auténtico, fué expedida por el Dr. M., marido de una de las beneficiarias designadas en la póliza, y en cuya certificación, lejos de negarse, se corrobora la práctica de la trepanación que sufrió el contratante, según afirma la Sala.

CONSIDERANDO: Que sentado esto, es visiblemente desestimable el motivo primero del recurso; porque sobre haberse convenido en el contrato—ley fundamental para las partes, a tenor del art. 385 del Código de Comercio—la disputabilidad de la póliza, por la sola circunstancia de no ser verdaderas las declaraciones del asegurado, es claro que las ocultaciones de éste, al suscribir la proposición de convenio, tenían transcendencia suficiente para poder influir en su celebración, de haber sido, a su tiempo, conocidas por la entidad actora; ya que siendo el objeto del seguro el riesgo, y debiendo aquilatarse su eventualidad por las manifestaciones claras y exactas del contratante, no cabe negar que si el asegurador hubiera sabido que contrataba con un enfermo, afectado de una grave dolencia de oído, o no hubiera aceptado el seguro, o lo hubiera convenido

en distintas condiciones, ya que es lógico que la prima, o precio del riesgo, guarde la proporción adecuada al que se asume.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, al declarar la sentencia recurrida la nulidad del contrato, lejos de infringir lo establecido en los números segundo y tercero del art. 381 del Código de Comercio, lo aplicó con rectitud de criterio y en armonía con el que informa la reiterada doctrina de esta Sala en casos análogos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 MAYO 1949

Civil—desahucio de finca urbana. Carácter de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo 1945. Aplicación del C. c. y L. E. C. en materia de desahucio de edificaciones provisionales en los solares, para el lapso de tiempo comprendido entre la derogación de la legislación anterior a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y el desarrollo reglamentario de la Ley de Ordenación de Solares.

CONSIDERANDO: Que, fundada la demanda de desahucio de una edificación existente en determinado solar (de tal se califica en la sentencia recurrida sin que esta calificación aparezca debidamente impugnada) en los artículos 1, 2 y 9 de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945, que autoriza al propietario que pretenda edificar en solar de su pertenencia para desalojar a los arrendatarios u ocupantes de las edificaciones provisionales en ellos existentes, con el fin de sustituirlas por otras de carácter definitivo, para así facilitar la solución del problema de la vivienda, es evidente que, conforme a los preceptos de aquélla, cuya vigencia expresa determina la disposición transitoria 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ha de decidirse el pleito que con tal motivo se promueve; pero es lo cierto que cuando se presentó la demanda de desahucio no había nacido todavía el derecho que al propietario concede la citada disposición transitoria 27 de la primera de dichas Leyes para desalojar de las expresadas edificaciones a los arrendatarios, porque, aparte de tratarse de una Ley de Bases que por su misma naturaleza han de ser desenvueltas en ulteriores disposiciones, el artículo 16 de la misma establece que el Reglamento que se publique para la ejecución de la Ley determinará los terrenos que por reputarse accesorios de edificios e instalaciones pueden quedar exceptuados de su aplicación, la preferencia o consideración que pueda otorgarse a los titulares de ciertos derechos en las propiedades afectadas y las autoridades llamadas a intervenir en la aplicación de sus disposiciones; y como estas materias no han sido desarrolladas por el legislador hasta el Reglamento de 3 de abril de 1947, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de junio de dicho año, fecha coincidente con la de la sentencia del juez de Primera Instancia, y que por cierto encomienda el desaloje de estas

edificaciones provisionales en los solares a la autoridad municipal, con recurso ante el Ministro de la Gobernación, es evidente que la sentencia de instancia que en estas condiciones da lugar al desahucio por dicha causa, con la sola consideración de los artículos citados de la Ley de Solares, incurre en violación por aplicación indebida de los preceptos indicados y que se citan en los motivos primero, segundo, tercero y cuarto del recurso, así como en la del art. 1.º del Código civil sobre la obligatoriedad de las Leyes en el tiempo, y debe por ello ser casada de acuerdo con la doctrina sentada por este Tribunal en sentencia de 1.º de marzo de 1948, sin que sea preciso entrar en los demás motivos del recurso.

FALLO.—Ha lugar al recurso. En su segunda sentencia, el T. S. estima la demanda en base a los siguientes:

CONSIDERANDO: Que, fundada también la demanda en el artículo 1.579, número primero del Código civil, por haber expirado el plazo de aviso convenido para la terminación del contrato de arrendamiento, hay que examinar en primer término si tal disposición puede ser aplicable al caso debatido. y en la afirmativa, si puede estimarse acreditada haberse dado dicho aviso.

CONSIDERANDO: Que hay que descartar, desde luego, la aplicación de la legislación de arrendamientos urbanos anterior a la Ley de 3 de abril de 1947, que rigió a partir de su fecha, y que se hallaba fundamentalmente contenida en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, por la sencilla razón de que su Disposición Transitoria 27 es derogatoria de todas las anteriores sobre la materia, con la sola excepción de la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945.

CONSIDERANDO: Que de igual modo y por existir patente contradicción entre las disposiciones de la Ley de 3 de abril de 1947 y lo prevenido en la de Ordenación de Solares, especialmente en su art. 9.º conforme al cual se puede desahuciar sin más requisito que el abono de la indemnización, no pueden ser aplicadas las disposiciones hoy vigentes sobre arrendamientos urbanos, aun cuando sea la demanda posterior a aquella fecha, y sin que tampoco se pueda prescindir del previo aviso, según se desprende del citado artículo de la Ley de Ordenación de Solares, por tratarse de una Ley de Bases no desarrollada todavía, como se dice en la sentencia de casación.

CONSIDERANDO: Que para el lapso de tiempo comprendido entre la derogación de la legislación anterior a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos y el desenvolvimiento reglamentario de la Ley de Ordenación de Solares, muy posterior a la presentación de la demanda, no existe otra solución que admitir la vigencia del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de desahucio de edificaciones provisionales o que deban calificarse de tales en los solares, ya que no es posible sostener que el propietario se halle en casos semejantes desprovisto de la acción de desahucio, y que, por otra parte, ha cumplido en el caso de autos el

requisito de la consignación de la indemnización exigida por el artículo 9.º de la segunda de las citadas Leyes.

CONSIDERANDO: Que, confesada por el demandado (posición séptima de las formuladas por el actor), haber sido notificado para desalojar el local por los actores, aun sin especificar el término y el modo, en vista la procedencia de dar lugar al desahucio, ya que si aquél se hubiera dado con una antelación menor que la marcada por el contrato, es de presumir se hubiera puntualizado tal extremo, y en cuanto al requisito de que el aviso fuera por escrito, que en aquél figura, tampoco se afirma en dicha confesión cosa en contrario, y en todo caso esta circunstancia no tendría otro alcance que la de dar al mismo una mayor autenticidad para el inquilino; pero no sería suficiente al ser reconocido que tal aviso se dió para determinar la absolución de la demanda por este motivo.

SENTENCIA 24 JUNIO 1949

Casación—infracción de ley—desestimación: por no ser definitiva la resolución.

Según reiterada jurisprudencia, para dar lugar al recurso de casación que aturozida al art. 1.696 de la LEC, se requiere que la resolución contra la que se interponga sea definitiva.

ANTECEDENTES.—La actora compareció ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza, solicitando el cumplimiento, en cuanto a los efectos civiles, de la entrega de sus hijos menores de edad, de la resolución dictada por el Arzobispado de Zaragoza. Habiendo sido acordada por el referido Juzgado, y confirmada en apelación por la Audiencia Territorial, se ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley al amparo del artículo 1.695 de la LEC.

MOTIVO ÚNICO.—Fundado en el artículo 1.695 de la LEC, ya que el auto dictado por la A. T. confirmatorio del anteriormente emitido por el Juzgado de Primera Instancia, tienden al logro de unos efectos civiles completamente opuestos a los que podrían resultar de las dos sentencias conformes, recaídas en el procedimiento canónico.

CONSIDERANDO: Que no es estimable este fundamento del recurso, porque, además de que el auto de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza, 18 de junio de 1947, que es el recurrido, no está dictado en ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal Diocesano de Pamplona en 30 de diciembre de 1941, declarando no haber lugar al divorcio *quoad torum mensam, et habitationem* de los cónyuges, concedió su separación por un año a cuyo pronunciamiento refiere el recurrente la contradicción que alega, sino en procedimiento instado para obtener los efectos civiles de la resolución recaída el 24 de mayo de 1944 en el expediente canónico sobre aplazamiento de la ejecución de la expresada sentencia, y el fallo de la cual no contradice los acuerdos mantenidos por el auto de la Audiencia contra el que el recurso se ha interpuesto, ya que el recurso de casación que autoriza el artículo 1.695 de la LEC, requiere para que el mismo pueda haber lugar, según insistentemente tiene declarada la jurisprudencia, que la resolución

contra las que interponga sea definitiva, y no lo es, conforme al número 3.º del artículo 1.694 de la Ley rituaria, puesto que está limitada a la consecución de unos efectos civiles derivados de otra recaída en un procedimiento canónico, en el que es fundamental que las resoluciones que dentro de él se dicten en materia de divorcio, y con mayor razón en lo relativo a sus efectos, no pasan a cosa juzgada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 JUNIO 1949

Beneficio de pobreza—ocultación de los bienes del consorte—calificación de la ocultación—efectos de la ocultación maliciosa.

CONSIDERANDO: Que es fundamental en materia de incidentes que se promuevan con la finalidad de que sea declarado en estado de pobreza para litigar que quien solicite esta declaración exprese en su demanda, según se halla exigido por el art. 27 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en sus números segundo y quinto, entre otros extremos, cuáles son sus medios de subsistencia, los bienes que tiene su consorte y la renta que producen, sancionándose con arreglo a una jurisprudencia constante la ocultación de estas circunstancias con la denegación de la defensa por pobre, porque con ella se sustrae al conocimiento del juzgador elementos de juicio que le son necesarios.

CONSIDERANDO: Que es cierto que tiene declarado esta Sala en repetidas sentencias, que la anterior doctrina no es aplicable en los casos en que la omisión a que alude no puede reputarse maliciosa por no influir en la realidad de la situación de pobreza del demandante, pero no cabe apreciarlo así con referencia al incidente originario de este recurso, porque no habiéndose cuidado la actora incidental de determinar en el período probatorio cuáles sean el valor y producto de los bienes pertenecientes a su marido, no existen términos hábiles para estimar que carecen del influjo que antes se dice y, consiguientemente, que no fué su ocultación intencionada, oponiéndose también a este supuesto la circunstancia de que habiendo expresado la demandante que su marido era jornalero y vivía de un jornal eventual, aparece informado por la Alcaldía que es dependiente de comercio al servicio del que tenía prohibida a aquélla

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 OCTUBRE 1949

Acción de desahucio—desestimación: cuando se plantean cuestiones sobre propiedad.

La acción de desahucio no puede prosperar cuando en un juicio declarativo se plantean cuestiones sobre propiedad, así como cuando existen entre

las partes relaciones complejas que no es posible decidir sin previa declaración de derechos.

ANTECEDENTES.—Los demandantes, dueños, pro-indiviso de dos fincas en virtud de escritura de partición de los bienes de sus padres, y ocupadas en precario por el demandado, solicitaron del Juzgado el desahucio de aquél, a lo que no se accedió, y, apelada la sentencia, la A. T. falla dando lugar al desahucio. La parte demandada interpone recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los números 1 y 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

MOTIVOS.—Primeramente.—Interpretación errónea y aplicación indebida del precepto legal del artículo 1.665, número 3 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con la doctrina contenida en las sentencias de 22 de mayo 1899, 2 diciembre 1908, 30 mayo 1903, 4 mayo 1921, 14 noviembre 1947; en las de 28 junio 1928, 12 febrero 1927, 5 diciembre 1934, 5 octubre 1935 y 26 junio 1947.

Segundo.—Infracción por interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 1, 38, 40, 205 y 217 de la Ley Hipotecaria.

Tercero.—Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de artículo 34 de la misma Ley.

CONSIDERANDO: Que de la reiterada doctrina sentada por esta Sala por lo que se refiere al juicio de desahucio en general y al desahucio en precario en particular, citada en su escrito por la parte recurrente, surgen dos principios fundamentales en la materia: primero, que no existe posibilidad legal de resolver en el aludido procedimiento cuestiones sobre propiedad que deben quedar reservadas a la más amplia discusión y prueba del juicio declarativo que corresponde, y que, por lo tanto, cuando en dichos juicios se plantean aquellas cuestiones, así como cuando existen entre las partes relaciones complejas que no es posible decidir sin una previa declaración de derechos, la acción de desahucio no puede prosperar, y segundo, que, si bien el concepto de precarista no tiene en nuestro Derecho el limitado alcance que tuvo en el Derecho Romano de persona que posee la cosa por mera liberalidad de su dueño, que puede ser revocada en todo momento, sino que es extensivo al que la tiene sin título o con un título notoriamente ineficaz, no puede merecer el concepto de precarista quien posee la cosa por un título de dominio que precisa invalidar en el adecuado procedimiento para poder privarle de la posesión de ella.

CONSIDERANDO: Que en el caso de autos los demandantes esgrimen contra el demandado una escritura de participación otorgada en 31 de julio de 1946, en virtud de la cual les fué adjudicada en la herencia de sus padres la finca Prado del Río en su totalidad, sobre cuya mitad gira el presente recurso, y el demandado les opone una escritura pública, fecha 3 de abril de 1934, por la que aparece como comprador de la expresada finca, que viene poseyendo en la actualidad, y que fué inscrita en el Registro de la Propiedad de 25 de agosto de 1947, con posterioridad al acto conciliatorio, pero anteriormente a la presentación de la demanda, y siendo así es manifiesto que queda planteada en la presente litis una cuestión de propiedad que no es legalmente posible resolver en el juicio de desahucio, y que, por otra parte, no cabe asignar al demandado con

respecto a los actores la cualidad de precarista en relación con el número tercero del art. 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, conforme a la jurisprudencia citada, en tanto no se declare en juicio ordinario correspondiente la ineficacia de dicho título, y al no entenderlo así la sentencia recurrida infringe el mencionado artículo de la Ley Procesal, así como la doctrina legal que se invoca en los motivos primero y tercero del recurso.

CONSIDERANDO: Que la escritura de compra-venta de que se trata se halla inscrita como queda dicho en el Registro de la Propiedad, y aun concediendo lo anómalo que resulta que tal inscripción se haya llevado a efecto muchos años después de su otorgamiento y que el demandado hiciera figurar la finca en cuestión como una sola en la relación de bienes que suscribió para el pago de los derechos reales de la herencia de los padres comunes a actores y demandados, es lo cierto que tal inscripción entraña una presunción de certeza en cuanto a su contenido que obliga a los Tribunales a amparar al poseedor según el Registro, de acuerdo con el art. 38 de la Novísima Ley Hipotecaria, mientras aquella no sea destruída en el procedimiento declarativo correspondiente, conforme al artículo 40 de la expresada Ley, y esto, aun cuando tal inscripción, como ocurre en el caso presente, por haberse llevado a cabo por el procedimiento establecido en el art. 205 se halle sujeta a la limitación del artículo 206, consistente en que hasta el transcurso de dos años no pueda perjudicar a terceros, pues una cosa es la presunción de legitimidad registral a que se ha aludido y otra los efectos de la inscripción con respecto a tercero, procediendo también por ello la estimación de los motivos primero y quinto del recurso, en los que se denuncia también la infracción de los aludidos artículos, sin que por ello sea preciso ocuparse de las restantes infracciones alegadas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 10 OCTUBRE 1949

Recurso de casación.

Basta el no citarse precepto alguno relativo a la valoración de la prueba como infringido, para que el motivo fundado en error de derecho haya de rechazarse.

Beneficio de gratuidad—denegación—concepto de eventualidad

Procede denegar lo por haber ocultado el demandante maliciosamente en escrito de demanda su verdadera situación económica, según en la sentencia recurrida se aprecia.

Procede denegar lo por hallarse comprendido en el número 3.º del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que se había de referir y no invocó el demandante.

El concepto de eventual del número 1.º del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil se refiere exclusivamente a los jornales y salarios y no son calificables de este modo los rendimientos que los labradores o aparceros obtienen, cualquiera que sea su cuantía.

SENTENCIA 17 OCTUBRE 1949

Recurso—quebrantamiento de forma—motivos.

Para que proceda el recurso por quebrantamiento de forma fundado en el núm. 5.º del art. 1.693 de la Lec, es preciso que la prueba denegada sea admisible según las leyes, y que la falta haya podido producir indefensión.

Recurso—infracción de ley o doctrina legal—desestimación: si el fallo no es susceptible de impugnación.

Según reiterada jurisprudencia, si se rechaza el recurso por quebrantamiento de forma, y se hubiere hecho la protesta formal de interponer en su caso y lugar el de infracción de ley o doctrina legal, no debe éste tramitarse si el fallo no es susceptible de impugnación.

ANTECEDENTES.—Declarado el estado de quiebra el comerciante don F. A. B. V., a solicitud de la Sociedad Anónima "Pamias", formuló el quebrado debidamente oposición a la declaración de quiebra, y con fecha de 11 de marzo de 1946 dictó el Juzgado sentencia declarando no haber lugar a dicha oposición. Apelada la sentencia, fué confirmada por la A. T., e interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, se fundamenta en los siguientes

MOTIVOS.—1) Número 5 del art. 1.693 de la L. E. C. y 6 de los previstos en el propio artículo.

2) Número 6 del art. 1.693 de la L. E. C. por inaplicación del artículo 114 de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que aparte de la facultad discrecional de los Tribunales de instancia para rechazar, como impertinentes e inútiles, las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el art. 565 de la Ley Procesal, según lo dispuesto en el 566. Es preciso para la procedencia del recurso por quebrantamiento de forma fundado en el núm. 5.º del art. 1.693, que la prueba denegada sea admisible, según las leyes, y que la falta haya podido producir indefensión.

CONSIDERANDO: Que, esto establecido, y con independencia del carácter de la sentencia impugnada, el recurso no puede prosperar, porque la Sala no infringe los preceptos citados por la negativa a admitir las pruebas pericial y documental propuestas, ya que no guardan íntima conexión con los extremos esenciales debatidos que, en un incidente de oposición a la declaración de quiebra, no pueden ser otros que los relativos a la eficacia del título con que se solicitó tal declaración, y a la cir-

cunstancia de haber sobreseído el deudor, de una manera general, en el pago corriente de sus obligaciones y consiguientemente, no pudiendo tener cualquiera otra justificación influencia alguna en la sentencia, las pruebas aludidas estuvieron bien rechazadas, y procede por ello desestimar los motivos primero y segundo del recurso.

CONSIDERANDO: Que tampoco cabe acoger éste invocando el núm. 6.º del art. 1.693 del ordenamiento legal precitado, porque la sentencia recurrida no infringe, por inaplicación, lo que estatuye el art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; ya que si no cabe desconocer que, a su tenor, promovida a tenor del art. 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el *mismo hecho*, quedando suspendida la jurisdicción civil hasta que se termine aquél por sentencia firme, es lo cierto que tal norma es inaplicable al supuesto del recurso, porque el hecho originario de las acciones ejercitadas en ambos procedimientos es distinto, y, por tanto, ni cabe la posibilidad de resoluciones contradictorias, ni que se divida la continencia de la causa, a cuyo fin tiende la suspensión.

CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia de esta Sala, tiene establecido, en atención al principio de economía procesal, si se rechaza el recurso por quebrantamiento de forma, y se hubiese hecho la protesta formal de interponer en su caso y lugar el de infracción de ley o doctrina legal, no debe éste tramitarse si el fallo no es susceptible de impugnación, y como la sentencia desestimatoria de la oposición del quebrado, a la declaración de quiebra, no tiene el concepto de definitiva, conforme a lo prevenido en el núm. 1.º del art. 1.690 de la Ley Procesal, porque, según reiterada doctrina de este Tribunal, no pone término al juicio haciendo imposible su continuación, es procedente denegar, en este trámite, el recurso de fondo anunciado al interponer el de quebrantamiento de forma.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 OCTUBRE 1949

Desahucio en precario—función legitimadora del Registro.

Tiene la condición de precarista a efectos del desahucio el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello, o cuando el invocado es ineficaz para enervar el dominical que ostenta quien ejerce la acción de desahucio.

Cuando el actor tiene inscrito su derecho en el Registro hay que reputarle poseedor a los efectos de interponer el desahucio.

La presunción a que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria se refiere no es la de posesión material, ya que si el titular se hallase en esa posesión no necesitaría acudir a la acción de desahucio para reclamarla.

La declaración de si los términos de la inscripción coinciden o no con la

realidad jurídica o si existe poseedor con mejor derecho no es dable hacerla en juicio de desahucio.

ANTECEDENTES.—El demandante adquirió de la Diputación Provincial una parcela de terreno e inscribió su derecho en el Registro. Pero dentro del perímetro de la misma había otra parcela cerrada con alambre que era disputada por un individuo que se decía arrendatario de la demandada, habiéndolo sido antes de su padre. Como quiera que no obtuvo resultado, el demandante promovió expediente de jurisdicción voluntario al amparo de los artículos 1.056 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, recayendo auto en que se ordenaba la posesión judicial de todo el terreno comprendido en la finca descrita, sin que por ello cesara la arbitraria ocupación de la parcela del predio mencionada. La demandada opuso que su padre venía poseyendo quieta y pacíficamente la parcela de tierra descrita y a título de dueño desde el año 1909; que la Diputación, en 1929, instó la posesión judicial del terreno obteniendo sentencia favorable, y a pesar de ello consintió que siguieran poseyendo y disfrutando la parcela de terreno sin pedir la ejecución de la sentencia hasta 1946 en que ya hacía un año que la Diputación no era dueña de la finca; que la demandada tenía también un título inscrito en el Registro de la Propiedad; que la finca en litigio estaba perfectamente deslindada por la propia Diputación y su cualidad de finca comprendida en el R. D. de 1.º de diciembre de 1923 estaba demostrada por la titulación de la misma hecha por la Delegación de Hacienda al declarar en expediente de legitimación que dichos terrenos estaban enclavados en los de propios, lo que se hizo sin oposición de nadie, a pesar de haberse publicado el anuncio de expediente de legitimación en el B. O. de la Provincia. El Juez dictó sentencia por la que declaró haber lugar al desahucio en precario de la finca en litigio y la Audiencia la confirmó.

MOTIVOS. 1) Infracción de los artículos 59, 60, párrafo último del 1.315, número 1.º del 1.401, 1.407 y 1.412 del Código civil.

2) Infracción de los artículos 348, núm. 2.º; 430, 434, 436, 438, 445, 446, 459 del C. c. y 41 (hoy 38) de la Ley Hipotecaria.

3) Infracción del núm. 4.º del artículo 460 del C. c.

4) Infracción por aplicación indebida del artículo 1.564 de la L. E. C.

5) Aplicación indebida del artículo 1.565, núm. 3.º, de la misma Ley.

6) Infracción del artículo 1.959 del C. c.

7) Error de derecho al estimar a la demandada y recurrente como tenedora en precario.

8) Error de hecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que según la tesis del motivo primero del recurso, al hallarse acreditado que la demandada es casada y que en estado de tal adquirió la parcela de terreno objeto del litigio, debió ser dirigida la demanda no contra ella, sino contra su marido, que es el representante de la mujer y de la sociedad conyugal, deduciendo de estas afirmaciones la consecuencia de que al no acoger el fallo la excepción de falta de personalidad incide en quebrantamiento de diversos preceptos que señala; pero, aun admitiendo que en un recurso, cual el presente, por infracción de ley puedan plantearse cuestiones relativas a la falta de personalidad, resulta indudable que lo que dicho motivo impugna es la eficacia sustancial o virtualidad de la acción frente a la recurrente, cuestión ajena al problema de la falta de personalidad, imponiéndose, en consecuencia, la desestimación del motivo de que se trata.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida contiene, entre otras, las declaraciones siguientes:

A) La parcela objeto del desahucio se halla comprendida en terrenos que pertenecían a la Diputación Provincial de Badajoz, a la que se confirió posesión judicial de los mismos en septiembre de 1929, y si bien el causante de la demanda impugnó la resolución entonces recaída, fué confirmada ésta por sentencia de 10 de enero de 1930, manteniendo en la posesión a dicha entidad y reservando a aquél las acciones que entendiése la correspondían, sentencia que adquirió el carácter de firme.

B) Por escritura pública de 30 de mayo de 1945 el actor adquirió de la mencionada Diputación Provincial la finca objeto de desahucio, obtuvo la inscripción de su título en el Registro de la Propiedad y por auto del Juzgado de 21 de junio de 1946 obtuvo igualmente la posesión judicial, habiéndose practicado el debido requerimiento a la demandada.

C) Si bien ésta invoca la existencia de un título a su favor, el título por ella invocado es de índole administrativa, posterior a la posesión judicial obtenida por el demandante y aparece otorgado sin perjuicio de tercero.

CONSIDERANDO: Que según reiterada doctrina de esta Sala tiene la condición de precarista a efectos del desahucio el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título para ello o cuando el invocado es ineficaz para enervar el dominical que ostente quien ejercita la acción de desahucio (sentencias de 5 de julio de 1945 y 26 de junio de 1947, entre otras), habiendo establecido igualmente las sentencias de 4 de abril de 1932 y 4 de marzo de 1941 que cuando el actor tiene inscrito su derecho en el Registro hay que reputarle poseedor a los efectos de interponer el desahucio, sin que pueda declararse en la sentencia si los términos de la inscripción coinciden con la realidad jurídica o que existe un poseedor de mejor derecho, pues tales declaraciones no es dable hacerlas dentro del ámbito estricto del sumario de esta clase de juicios, y siendo de tener en cuenta que, como también declaró la sentencia de 5 de febrero de 1935, el artículo 41 de la Ley Hipotecaria—38 del texto vigente—extiende la presunción legitimadora de la propiedad a la posesión, o sea, que inviste al que tiene inscrito un derecho a su nombre de la posesión del mismo (posesión civilística).

CONSIDERANDO: Sobre la base de la doctrina a que acaba de hacerse referencia, que no impugnadas adecuadamente las antes citadas declaraciones del juzgador de instancia, se impone la desestimación de los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto del recurso, en los cuales se sostiene que el actor no ha llegado a tener la posesión y que aun si la hubiese adquirido debe estimarse perdida por haber transcurrido dos años desde la fecha de la escritura de adquisición, pues es manifiesto, frente a lo aducido en dichos motivos, que la presunción a que el citado precepto (artículo 38) de la Ley Hipotecaria se refiere no es la de posesión material, ya que si el titular se hallase en esa posesión no necesitaría acudir a la acción de desahucio para reclamarla, debiendo advertirse también, bajo distinto aspecto, y con relación a los repetidos motivos segundo y quinto, que el recurso no combate en forma alguna las declaraciones del fallo,

que afirman ser posterior el título invocado por la recurrente a la posesión obtenida por el actor y aparecer otorgado dicho título sin perjuicio da tercero; como tampoco puede reconocerse valor a la alegación de que la demandada ha adquirido la parcela por llevar en su posesión más de treinta años—alegación contenida en el motivo sexto del recurso—; pues frente a ella se alzan no sólo la doctrina de esta Sala de que antes se ha hecho mención, y a cuyo tenor la sentencia de desahucio no puede declarar si los términos de la inscripción coinciden o no con la realidad jurídica, sino, además, los asertos no impugnados del fallo de instancia, el cual declara—como igualmente queda dicho—que si bien el causante de la demanda recurrió contra el proveído que había conferido la posesión de los terrenos a la Diputación Provincial de Badajoz, tal resolución fué confirmada por sentencia firme, razones todas que impiden sea acogido el motivo sexto.

CONSIDERANDO: Con relación al séptimo de los invocados, que no es de apreciar la existencia de supuesto error de derecho que el mismo acusa en el fallo, al no admitir éste que el actor reconoció a la demandada como propietaria del terreno objeto de controversia; y no cabe apreciar que existe tal error porque el hecho de que el demandante, dos años antes de adquirir los terrenos, cuando desconocía los títulos de dominio de la Diputación Provincial de Badajoz y los términos de la inscripción en el Registro a favor de dicha entidad, hubiese creído equivocadamente que el causante de la demandada era propietario del predio o de parte del mismo no puede ser estimado como un acto formal de reconocimiento del pretendido derecho; y, finalmente, *afirmado por la Sala sentenciadora que la parcela de que se trata se halla comprendida en el terreno que pertenecía a dicha Diputación y que esta entidad enajenó más tarde en favor del demandante, tampoco cabe entender que el fallo incide en el error de hecho que el motivo octavo denuncia fundándose en que no coinciden la cabida y linderos de los aludidos terrenos y parcela, pues constituyendo la finca, a efectos del Registro, unidad permanente y estable de la inscripción, es manifiesto que a toda la superficie comprendida dentro de su perímetro—y, por tanto, en el caso de autos, a aquella parcela enclavada en el terreno adquirido por el actor—, se extienden los efectos de la protección concedida por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, siguiéndose de lo expuesto que no pueden prevalecer los citados motivos séptimo y octavo del recurso.* -

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 OCTUBRE 1949

Arrendamientos urbanos—normas supletorias: legislación común.

Cuando la legislación especial de Arrendamientos Urbanos, vigente al ocurrir los hechos procesales, no ha previsto situaciones d' hecho.

como la enjuiciada en este pleito, ha de entrar en juego supletoriamente la legislación común.

ANTECEDENTES.—Por contrato celebrado en primero de enero de 1922, don B. Z. P., arrendó a don F. A. P., para el ejercicio de su industria, el cuarto entresuelo derecha y la tienda de la casa número 1 de la calle de Preciados. En 1936 quedó destruída parcialmente la casa por bombas de aviación y solicitó ante la Comisión de incorporación industrial y mercantil su reincorporación, que le fué concedida; solicitando posteriormente de los propietarios su reincorporación en la finca, y fallecido éste en 1942, sus herederos solicitan la puesta a su disposición por los demandantes de los locales antes ocupados. El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda, condenando a los demandados a poner a disposición de los actores los locales antes descritos. La Audiencia confirmó, en todas sus partes, la del Juzgado. Se ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley.

MOTIVOS.—Primero.—Infracción por violación del artículo 1.568 del Código civil, y sus concordantes 1.182 y 1.156.

Segundo.—Infracción por interpretación errónea del artículo 1.090 del Código civil.

Tercero.—Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 8 del Decreto-Ley de 21 de enero de 1936; apartados g) y e) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y artículos 2.º y 4.º de la Ley de 9 de junio de 1939.

Cuarto.—Infracción por violación del artículo 5.º del Código civil.

Quinto.—Infracción del artículo 1.124 del Código civil.

Sexto.—Incongruencia con las pretensiones de la demanda con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Séptimo.—Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.095 y 1.096 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que ante el hecho procesalmente cierto en casación de que durante la guerra civil y por efecto de bombardeo aéreo se produjo un incendio en la casa número 1 de la calle de P., de esta capital, quedando destruído el edificio y solamente en pie una parte de los muros de fachada, los demandantes en estos autos, causahabientes del arrendatario de dos locales en dicho inmueble, uno destinado a vivienda y otro a negocio mercantil, pretendieron que en el edificio reconstruído por los propietarios se les facilitasen locales de características idénticas o similares a los destruídos por el incendio, oponiéndose a tal pretensión los dueños del inmueble por considerarse exentos de la referida obligación.

CONSIDERANDO: Que, dados estos antecedentes de hecho, todo el problema litigioso se reduce, en su aspecto jurídico, a precisar si la fuerza mayor, determinante de la destrucción del edificio arrendado, actúa en la esfera del derecho obligando al propietario que lo reconstruye a reservar al arrendatario en el nuevo edificio locales como los que ocupaba en el antiguo al tiempo del siniestro, o si, por el contrario, está exento de toda responsabilidad frente al arrendatario, lo que, en otros términos, se traduce en indagar si la legislación especial de arrendamientos urbanos ha previsto el supuesto de hecho mencionado y ofrece la solución de reserva de locales que los demandantes propugnan y la sentencia recurrida acoge, con base fundamentalmente en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, en relación con la Ley de 9 de junio de 1939, o si, en

otro caso, si no existiese norma de derecho singular utilizable, sería preciso encuadrar el tema controvertido, de acuerdo con la doctrina de las sentencias de 15 y 23 de diciembre de 1942, en el marco de la legislación común y, más concretamente, en el ámbito del artículo 1.568, en relación con el 1.182 del Código civil, en cuanto declara extinguida la relación arrendaticia por percimiento de la cosa arrendada a causa de fuerza mayor, según pretende la parte recurrida.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 31 OCTUBRE 1949

Capitulaciones matrimoniales—donación—revocación.

Cuando la donación de bienes que hacen los padres a sus hijos en razón del matrimonio de éstos, es la base sobre la cual ha de estipularse el régimen económico conyugal de los futuros esposos, es notorio que no puede alterarse la aludida aportación, sin que esta alteración repercuta en el convenio patrimonial establecido.

ANTECEDENTES.—Por escritura pública de 23 de diciembre de 1939, otorgada por los futuros contrayentes don B. G. y doña M. B. y por sus padres respectivos, y con arreglo al Decreto foral vizcaíno hacen donación de bienes a su hijo don Basilio, por razón de su matrimonio. Posteriormente, y por diferencias surgidas en el deslinde de los bienes inmuebles entregados, como en las compensaciones reservadas a los padres, lo que se realiza en el contrato privado de fecha 4 de febrero de 1941, que introduce alteraciones y modificaciones esenciales en el primer documento público.

Los hijos demandantes solicitan al Juzgado la declaración de nulidad del documento de 4 de febrero de 1941, estimando el Juez, en parte la demanda declarando nulo y sin valor el documento privado. Apelada por los demandados la sentencia, la Audiencia Territorial de Burgos confirmó, en todas sus partes, la sentencia.

Interpuesto recurso de casación se fundamenta en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por los siguientes

MOTIVOS.—Primero.—Infracción de los artículos 1.315 y 1.320, en relación con el artículo 6.º del Código civil.

Segundo.—Infracción por violación del artículo 6.º del Código civil.

Tercero.—Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 11 de marzo de 1911.

Cuarto.—Infracción por violación de los artículos 348 y 1.255 en relación con el 609 del Código civil.

Quinto.—Infracción de las disposiciones de los artículos 1.327, 1.328 y 1.621 del Código civil.

Sexto.—Infracción por violación de la norma contenida en el artículo 1.230 del Código civil.

Séptimo.—Violación de los artículos 1.809 y 1.806 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el argumento capital del recurrente, tanto durante el pleito en su posición de demandado como al fundamentar el recurso de casación, consiste en afirmar que la cesión de bienes que se realizó en la

escritura de 23 de diciembre de 1939 fué una donación que los padres hicieron a su hijo B., actor en este pleito, y puesto que las donaciones entre vivos pueden aclararse o modificarse, es perfectamente lícita la modificación que se hizo mediante el documento privado de 4 de febrero de 1941, el cual por producir su eficacia entre los contratantes pudo asimismo, con arreglo al art. 1.230 del Código civil, alterar lo pactado en la escritura pública mencionada; pero esta argumentación del recurrente, a primera vista correctamente lógica, es inaceptable al aplicarse al presente caso debatido, porque la cesión de bienes que los cónyuges don E. G. y doña R. E. hicieron a su hijo B. en la repetida escritura de 23 diciembre 1939 (instrumento público por cierto en que se contienen también estipulaciones de capítulos matrimoniales y otra donación de los padres de la futura contrayente, asimismo intervinientes en el acto) es, como expresamente se manifiesta en el documento, una donación de bienes por razón del matrimonio de su referido hijo B., y esta donación, así cualificada, que se halla regida por normas específicas en el Código civil, está dotada, según éstas, de la noción de irrevocabilidad, salvo los supuestos que el artículo 1.333 del Código menciona, y que, desde luego, no se dan en el presente caso, y como el documento privado de 4 de febrero de 1941 expresa también una donación, como lo prueban las palabras con que empieza su texto y todo el contenido del mismo, y comparado con el de la escritura de 23 de diciembre de 1939, a la que pretende sustituir, introduce en ella, según afirmación de la Sala sentenciadora, no contradicha eficazmente, alteraciones y modificaciones esenciales, puede asegurarse que estas convierten la cesión de bienes en otra donación nueva diferente de la anterior, que, por lo tanto, quedaría revocada, sin que su causa estuviese incluida en las que enumera el anteriormente citado artículo 1.333 del Código civil, por lo cual es evidente que tal modificación no pudo con arreglo a derecho efectuarse y que el referido documento privado de 4 de febrero de 1941 que la contiene ha de estimarse nulo por opuesto a la ley, aparte, en todo caso, y además de que adolece del defecto capital de no ser otorgado con la concurrencia de todas las personas que intervinieron en la escritura pública aludida, a la que pretende modificar, y de que tratándose de donación de bienes inmuebles es preceptivo, según el artículo 633 de la Ley sustantiva civil, que se consigne en escritura pública, condiciones estas dos últimamente citadas que por sí solas serían causa de la ineficacia del expresado contrato privado, y por todo ello, en mérito de lo anteriormente expuesto, procede la desestimación de los motivos quinto y sexto del recurso, por no haber incurrido el Tribunal *a quo*, en las infracciones de que se le acusa en los mismos.

CONSIDERANDO: Que habida cuenta de lo expresado en el considerando anterior es más que suficiente para mantener la sentencia recurrida, no es necesario examinar a fondo el problema que plantea el recurrente en los motivos primero y tercero, que por la razón anterior quedan inoperantes sobre la diferencia entre el que estima ser el contenido de la escritura de capitulaciones matrimoniales y las cláusulas de donación de bienes que se contienen en el mismo documento a los efectos de que no pueda aplicarse a estos últimos la prescripción prohibitiva del artícu-

lo 1.320 del Código civil, pero no estará de más advertir que cuando la donación de bienes que hacen los padres a sus hijos en razón del matrimonio de éstos es la base sobre la cual ha de estipularse el régimen económico conyugal de los futuros esposos por constituir los tales bienes todo o parte del acervo matrimonial de los mismos, es notorio que no puede alterarse la aludida aportación sin que esta alteración, que puede en algún caso ser ocasión de fraude en perjuicio de algún otorgante, repercuta en el convenio patrimonial establecido, y como tal cambio o modificación del contenido de los capítulos matrimoniales no puede realizar, a tenor del citado artículo 1.320 del Código civil, habrá que reconocer que no es tampoco lícita la alteración de la donación en razón del matrimonio en tal forma establecida, eso sin contar con que al otorgamiento de tal clase de escrituras concurren ordinariamente diferentes personas en unión de los cónyuges y asimismo en la hipótesis de que no fuera ilegal la modificación intentada, sin el concurso de todas ellas no habría de ser eficaz la alteración de lo anteriormente convenido en un instrumento público solemnemente otorgado.

CONSIDERANDO: Que asimismo carecen de virtualidad los motivos segundo y séptimo del recurso porque la alegación de doctrina de juriscónsultos prohibida en la argumentación de las resoluciones judiciales a que se refiere el primero de ellos no se ha consignado en la resolución del juzgador de que se recurre como fundamento de su razonamiento, que sería inadmisibles, sino que después de exponer su propio criterio, que es el que ha de considerarse como base del correspondiente pronunciamiento en la sentencia, aduce la opinión del aludido jurista para reforzar con su indiscutible autoridad las razones propias que acaba de proferir, y en lo tocante al contenido del motivo séptimo, en el que se argumenta sobre la trascendencia de las normas sustantivas que regulan el contrato de transacción, notoriamente se advierte que se plantea una cuestión nueva, porque en la instancia no se discutió concretamente la tesis de que el documento privado objeto del pleito fuera un contrato de transacción, que, por otra parte, dado su texto no revela tampoco que lo fuera, y es muy sabido y reiterada doctrina jurisprudencial lo confirma que no cabe el examen de cuestiones nuevas dentro del definido marco de la casación, lo que hace rechazables ambos motivos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 NOVIEMBRE 1949

Arrendamiento de establecimiento industrial.

La obtención del cupo de algodón, formalidad administrativa que se otorga objetivamente sobre industrias que se hallaban en funcionamiento en 18 de julio de 1936, revela que el local-fábrica arrendado no fué puesto en marcha por el arrendatario, sino que la fábrica arrendada fué la que le sirvió para obtener el referido cupo.

ANTECEDENTES.—La razón social "Hijos de José Armengol", propietaria de un edificio cedido en arrendamiento al demandado mediante contrato en el que figuraban como cláusulas: a) la de ser la duración del mismo de cinco años, prorrogables, si no existe notificación—judicial o notarial—de cualquiera de las dos partes. En 23 de diciembre de 1943, la actora requiere notarialmente al demandado, notificándole su propósito de no consentir en la prórroga del referido contrato.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia dando lugar a la demanda de desahucio, y apelada, la A. T. confirma en todas sus partes el fallo del Juzgado. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, se fundamenta en los siguientes

MOTIVOS.—1.º Interpretación errónea del artículo 6.º de la LAU de 31 de diciembre de 1946.

2.º Idem íd. de las sentencias de 13 de marzo y 3 de mayo de 1943.

3.º Aplicación indebida de los artículos 1.542, 1.543, 1.569 del C. c., y 1.561, 1.562, 1.564, 1.565 y 1.562 de la LEC.

4.º Artículo 70 de la LAU. de 31 de diciembre de 1946.

CONSIDERANDO: Que la impugnación de la sentencia recurrida se dirige fundamentalmente, siguiendo la posición mantenida por el demandado en una y otra instancia, a determinar cuál es la calidad de la cosa arrendada, sosteniendo el recurrente en el motivo primero, que es el básico del recurso, que lo arrendado fué un edificio con unos elementos aptos para la realización de la industria textil de algodón, pero incompletos, y que dicha industria no se hallaba en marcha al concertarse su arrendamiento y tampoco podía estarlo por falta del oportuno cupo de materia prima que obtuvo el demandado, y como, además, los arrendadores no fueron fabricantes con anterioridad, no puede colegirse, como lo hace la sentencia, que lo arrendado fué una industria y, por tanto, que el contrato de arrendamiento cae fuera de la aplicación de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero estas alegaciones del recurrente no sirven para combatir con eficacia los fundamentos de la resolución recurrida porque la Sala de instancia, para declarar la aplicación al caso debatido de las normas del Código civil, forma su criterio, opuesto al del recurrente, con el examen del contenido del mismo contrato de arrendamiento y con la resultancia de la prueba documental aportada a los autos, afirmando resueltamente que lo arrendado fué una industria propiedad de H. de J. A., entidad arrendadora demandada, y que la obtención del cupo de algodón, formalidad administrativa que se otorga objetivamente sobre industrias que se hallaban en funcionamiento en 18 de julio de 1936 revela precisamente que el señor I. C. no puso en marcha en el local-fábrica Armengol, industria suya propia, sino que la arrendada, que tenía sus talleres funcionando y tributando con anterioridad a la fecha antes citada, fué la que le sirvió para obtener el referido cupo, y estas afirmaciones de hecho de la sentencia no han sido adecuadamente combatidas, como debieron serlo por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, con la demostración de los errores de hecho o de derecho en que el juzgador hubiese incurrido o también atacando la interpretación que éste hace del contrato, con invocación del artículo 1.281 y siguientes del Código civil, al amparo del número 1.º de la norma procesal antes citada, y no habiéndose

procedido así, es evidente que quedan subsistentes las afirmaciones del Tribunal *a quo* y es obligada la desestimación del primer motivo del recurso y, como consecuencia, la de los tres restantes, que solamente tenían fundamento subsistiendo aquél.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 NOVIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—desahucio—lanzamiento.

Según doctrina jurisprudencial muy reiterada, la Sentencia firme de desahucio decretada contra el arrendatario, por alguna de las causas establecidas en la legislación común, impone en su ejecución el lanzamiento del arrendatario y, en general, de todo aquel que esté en la posesión material de la cosa litigiosa por título que dimanase del primitivo contrato de arrendamiento.

ANTECEDENTES.—Interpuesta demanda de desahucio de local industrial contra la persona jurídica arrendataria y declarada firme por sentencia del Juzgado, en el acto de la diligencia practicada para el lanzamiento se personó D. A. G. E., hermano del subarrendatario de los locales, compareciendo en autos solicitando ser mantenido en el uso y explotación del local y de todos sus servicios, habiendo ya la Cía. desalojado el local.

El Juzgado dictó auto declarando que la sentencia dictada no afecta para nada a los d. que como arrendatario de la finca ostenta D. A. G. E., y que el lanzamiento no podía extenderse a la posesión real que en la misma tenía.

Interpuesto el recurso de reposición, el juez declara no haber lugar, y apelado, la A. T. confirma el pronunciado por el juez inferior. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, se fundamenta en los siguientes

- MOTIVOS.—1.º Caso último del artículo 1.695 de la LEC.
2.º *Idem id. id.*

CONSIDERANDO: Que, según doctrina jurisprudencial muy reiterada, la sentencia firme de desahucio decretada contra el arrendatario por alguna de las causas establecidas en la legislación común, impone en su ejecución el lanzamiento del arrendatario y, en general, de todo aquel que esté en la posesión material de la cosa litigiosa por título que dimanase del primitivo contrato de arrendamiento, sin que, por excepción al principio de que no se pronuncie condena contra quien no haya sido oído y vencido en juicio, sea preciso dirigir también la acción de desahucio contra el subarrendatario para hacer efectivo frente a él el lanzamiento, pues otra tesis conduciría a la esterilidad de la sentencia de desahucio en todos aquellos casos en que mediante maquinaciones fraudulentas se hiciera ver la existencia de sucesivos subarrendados que incluso pudieran aparecer después de iniciado el pleito, y es lógico, por otra parte, que derechos derivativos no tengan mayor extensión en su contenido que la que

corresponda al derecho originario, de suerte que, extinguido éste, no debe mantenerse vivo el derecho que de él trae causa.

CONSIDERANDO: Que esta doctrina legal lleva a la conclusión de que no ha debido ser denegado el lanzamiento del subarrendatario en ejecución de sentencia firme de desahucio contra el arrendatario en juicio seguido contra éste con arreglo a la legislación común por haber expirado el término del contrato de arrendamiento, como causa de desahucio comprendida en el número 1.º del artículo 1.569 del Código civil, y al no entenderlo así el juzgador de instancia que, en ejecución de dicha sentencia firme, ha denegado el lanzamiento del subarrendatario, ha proveído en contradicción con lo implícitamente declarado en la ejecutoria sobre extinción de la relación arrendaticia primitiva y de todas las que de ella traen causa, según se denuncia en los dos motivos del recurso, amparados en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que en ejecución de sentencia no es lícito modificar los fundamentos jurídicos que sirvieron de base a su parte dispositiva, y si la acción de desahucio se ejercitó de acuerdo con la causa primera del artículo 1.569 del Código civil por haber expirado el plazo de arrendamiento de una industria a la sazón en funcionamiento, y así fué estimado procedente de la ejecutoria, no se prestó a ésta el acatamiento obligado al denegar el lanzamiento del subarrendatario en consideración a que lo arrendado no fué una industria, sino un local con inmuebles y enseres que excluía la aplicación de la legislación común para dar entrada a la legislación especial de arrendamientos urbanos, pues al proceder de esta suerte se incurrió en extralimitación jurisdiccional revisando en período de ejecución el juicio de desahucio ya terminado por sentencia firme, lo que en su caso sólo está permitido en el juicio declarativo correspondiente.

CONSIDERANDO: Que aun en el supuesto inadmisibles de que en el caso de autos pudiera entrar en juego la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, sería aplicable la que estuvo en vigor hasta el 3 de abril de 1947, por haber sido dictada la sentencia de desahucio en diciembre de 1946, y si bien el artículo 19 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 extendió al subarrendatario la protección de prórroga forzosa en el supuesto, que no es el enjuiciado, de subarriendo concertado con permiso del arrendador, nada dispuso en contrario de la doctrina legal expuesta sobre extinción del subarriendo al quedar extinguida la relación arrendaticia originaria.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1949

ANTECEDENTES.—Los demandantes, como propietarios de la finca "Mazariegos", tenían a su favor diversas servidumbres de pastos denominados "aleznas" en diversos terrenos de la jurisdicción de C. de L., y del mismo modo y por el mismo título la comunidad de pastos y leñas en el término conocido por "El Regartado" o "Trabado".

Iniciada la demanda, el Juzgado dictó sentencia favorable a los de-

mandados, presidente de la J. A. de C. de L., y apelada, la A. T. revocó la sentencia del Juzgado. A nombre de la J. A. de C. de L., se interpone recurso por infracción de Ley, fundado en los números 1 y 7 del artículo 1.692 de la LEC., por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Número 1 del art. 1.692 de la LEC., por infringir los artículos 1.257 y 1, del 1.264 del C. c., por interpretación errónea.

2.º Número 7 del art. 1.692 de la LEC.

3.º Número 1 del art. 1.692 de la LEC., por interpretación errónea del art. 331 del C. c.

4.º Números 1 y 7 del art. 1.692 de la LEC., por infracción del artículo 524 del C. c.

CONSIDERANDO: Con relación a las servidumbres ejercitadas sobre los terrenos llamados "Tierra de los Tres", "Bajo Cabañas" y "Angostura", que la aludida declaración de la sentencia afirmando vienen siendo aquéllas disfrutadas desde tiempo inmemorial por los dueños y arrendatarios de Mazariegos, sin subordinación a la condición de vecinos del lugar, no aparece desvirtuada en ninguno de los motivos del recurso, pues si bien el segundo de los mismos alega la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, sosteniendo que la Sala de instancia ha tratado de conjugar los documentos de apeo, la escritura de 5 de mayo de 1933 y una costumbre inmemorial sin conseguirlo, es simplemente una imprecisión en el fallo lo que acusa dicho motivo, el cual no señala tampoco documento auténtico que acredite la no existencia de la prescripción adquisitiva admitida en aquél; y, en consecuencia, no demostrado el error del Tribunal *a quo* en cuanto afirma que las discutidas servidumbres derivan de una prescripción inmemorial—nacida, por tanto, con anterioridad a la vigencia del Código civil—, desaparece la base de aplicación de los preceptos de éste que se señalan en los motivos primero y tercero del recurso, porque, como tiene declarado esta Sala (sentencias de 27 de octubre de 1900 y 7 de enero de 1920, entre otras), es de aplicar la legislación antigua si los hechos origen de la servidumbre discontinua ocurrieron antes de la publicación del Código civil, conforme a lo ordenado en la primera de las disposiciones transitorias de dicho Cuerpo legal, como del mismo modo falta en el caso presente el supuesto de la obligación recíproca a que se refiere el motivo cuarto de los invocados.

CONSIDERANDO: Con relación al disfrute por los actores de la comunidad de pastos en el "Regartado" o "Trabado", que caida igualmente la misma bajo el imperio de la legislación anterior al repetido Código, las razones que acaban de exponerse constituyen un obstáculo también a este respecto para la eficacia de los antes citados motivos primero y tercero, que denuncian la infracción de los artículos 1.257, 1.264 y 531 de aquél; pero además, y por lo que hace al cuarto de los mismos motivos—en el que se acusa la vulneración del artículo 1.124—, admitido que este precepto sea de aplicación al caso, debe recordarse que el ahora recurrente se limitó en sus escritos de contestación y súplica a instar pura y simplemente la desestimación de la demanda, sin solicitar que se declarase la resolución de sus obligaciones y la consiguiente liberación de los predios pertenecientes a la entidad C. de L., olvidando que en las obligaciones de ca-

rácter recíproco si la manifestación de voluntad de resolución hecha por una de las partes se rechaza o impugna por la otra, queda tal resolución sometida al examen y decisión de los Tribunales, que habrán de declararla en definitiva o bien hecha o, por el contrario, no ajustada a la Ley, como estableció esta Sala en reiteradas sentencias, entre ellas las de 19 de junio de 1913, 10 de abril de 1929 y 24 de octubre de 1941, y no demostrado tampoco el error de hecho al apreciarse en el fallo que los dueños y arrendatarios del coto de Mazariegos vienen disfrutando desde tiempo inmemorial de la comunidad de pastos y leñas del "Regartado", sean o no vecinos del lugar, se sigue de las expuestas consideraciones que no puede prosperar ninguno de los cuatro motivos de casación invocados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 NOVIEMBRE 1949

Rescisión por lesión "ultra dimidium" en Cataluña—contratos a que se aplica.

No cabe admitir que establecida dicha rescisión, y subsistente en el Derecho Foral de Cataluña, de manera expresa y precisa para la compraventa, se extienda su aplicación, con supuestos de equidad y semejanza, a casos distintos de los prevenidos en las disposiciones y doctrina que la regulan como especialidad apartada del Derecho Común.

Calificación de los contratos—impugnación del criterio del juzgador de instancia.

En las cuestiones que se refieren a la interpretación o calificación de los contratos, ha de estarse al criterio consignado por el juzgador en su sentencia acerca de tales extremos, a no ser que se demuestre por el medio adecuado en casación que el Tribunal se ha equivocado.

ANTECEDENTES.—El nudo propietario de ciertas fincas y censales cedió su derecho a cambio de las siguientes contraprestaciones: a) 60.000 pesetas que declaraba haber recibido. b) 90.000 pesetas que se reservaba el adquirente para liberar una de las fincas de la hipoteca que pesaba sobre ella. c) 100.000 pesetas en letras de cambio contra el adquirente. d) una pensión que había de empezar a pagarse diez años después, y cuya cuantía aumentaría al extinguirse el usufructo; esta pensión se capitalizaba, a efectos de la hipoteca con que se garantizaba, en 200.000 pesetas. El contrato se calificó como renta vitalicia.

El cedente interpuso demanda de rescisión por lesión ultra dimidium, alegando no existir renta vitalicia, sino compraventa. Desestimada la demanda en ambas instancias, se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Aplicación indebida de determinados textos del Código de Justiniano y de las Decretales, y de doctrina legal, de

los que se deducen a juicio del recurrente, que la rescisión por lesión *ultra dimidium* es aplicable a todos los contratos onerosos.

2.º Interpretación errónea de los arts. 1.446, 1.447 y 1.802 C. c., y error de hecho en la apreciación de la prueba: no se trataba de renta vitalicia, sino de compraventa.

3.º Infracción de los arts. 1.091, 1.281 y 1.285 C. c., y de la tabla indicadora del capital correspondiente a las pensiones vitalicias anuales, publicada como apéndice a la Ley y Reglamento del Impuesto de Derechos reales, en relación con el art. 6 C. c., y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba: se alega este motivo como prueba de la existencia de la lesión, para que sirva de base a la segunda sentencia del Supremo, si se casa la de la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que reconocida por la jurisprudencia de esta Sala la vigencia en Cataluña de la rescisión por lesión *ultra dimidium o engany a mitges*, originariamente definida por una disposición de los emperadores Diocleciano y Maximiano, acogida en la Ley segunda, título 44, de *rescindenda venditione* del libro cuarto del Código de Justiniano y por el Derecho Canónico, como causa que concurre en los contratos de compraventa cuando el precio es menor de la mitad del justo, si el comprador no prefiere entregar lo que para que lo sea falte, bien se ha de entender que en la certeza de la expresada desproporción, entre lo que realmente valga la cosa vendida al tiempo de serlo y lo que por ella haya dado o se obligue a darle el comprador, radica la procedencia de la acción que al vendedor asiste para disolver el vínculo contractual y que, por consiguiente, la prueba cumplida de tan fundamental extremo, es requisito sin el que en ningún caso pueda prosperar la demanda en la que se ejercite aquella.

CONSIDERANDO: Que limitada la petición mantenida por el demandante don J. M. C., en sus escritos fundamentales—en lo que para el presente recurso interesa—a obtener que se declarase rescindido, por lesión "*ultra dimidium*", el contrato otorgado con don R. y don A. R. M., en la escritura pública de 28 de marzo de 1944, si estos no preferían abonarle la diferencia entre la valoración de las prestaciones de los mismos y la mayor que resultase tener la nuda propiedad de los bienes, que mediante aquella se les transmitieron, dejó sustentada su concreta pretensión son sólo estas dos obligaciones fundamentales: que el contrato cuya rescisión solicitaba no era de renta vitalicia, sino de compraventa, y que en él había sufrido lesión en más de la mitad del precio de lo que fué objeto del mismo; y reducidos a estos solos extremos las cuestiones planteadas y discutidas en el pleito, han de reputarse cuantas otras no se refieran a ellos privadas de acceso eficaz a la casación por su calidad de nuevas.

CONSIDERANDO: Que podría bastar esta razón para que se estimase inatendible el primero de los motivos del recurso, ya que ofrece una indudable novedad la cuestión que en él se propone, sin que antes lo haya sido para acusar amparándose en ella, y en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la infracción de la disposición y doctrina legal que cita, porque según sus razonamientos y parecer los preceptos reguladores en Cataluña de la rescisión por lesión son, contra lo que la Sala sentenciadora ha entendido, aplicables a todos

los contratos onerosos, entre ellos el de renta vitalicia, mas aun prescindíéndose de esta obstantiva apreciación no sería el motivo más viable, porque sin desconocer que en todo contrato conmutativo, con excepción de los contratos aleatorios, puede darse de hecho la lesión cuantitativa, que en los de compra-venta constituye causa rescisoria, *no cabe admitir ni la doctrina jurisprudencial lo admite, que, establecida la misma y subsistente en el derecho foral de Cataluña de manera expresa y precisa para la compra-venta, se extienda su aplicación con supuestos de equidad y semejanza a casos distintos de los prevenidos en las disposiciones y doctrinas que la regulan como especialidad apartada del Derecho común*, y así incidente el recurrente en equivocación derivada de asignar una amplitud de contenido que no tiene el texto de la Ley segunda del Título XLIV de "Rescindenda Venditione", Libro IV, del Código de Justiniano, con la afirmación de que conforme a él resulta claro por el empleo de la palabra *distraxerit* no expresiva de la idea limitada de venta, al aducir que basta para que la rescisión pueda operarse que el contrato sea oneroso y mediante él salga o se extraiga del patrimonio de una persona un bien determinado a cambio de un ingreso en el precio de un contravalor que sea inferior en más de la mitad al verdadero precio de la cosa, parecer desprovisto de consistencia porque de ella la priva la sola lectura del referido texto en su integridad, que deja evidenciado que la supuesta amplitud del término *distraxerit* queda limitativamente aplicada a la rescisión de la compra-venta que preside y abarca el epígrafe del título "*De rescindenda venditione*" al concretarla al caso de que la extracción o transmisión a que se refiere lo hubiese sido a un comprador por precio no justo, elementos personal aquél y real éste que sin duda no son comunes a contratos distintos del de compra-venta, al que también de modo inequívoco alude la Ley octava de los mismos título y libro, citado igualmente como infringido por el recurrente, equivocado asimismo al atribuir a la sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 1931 el reconocimiento, que no se hace en ella, de que la acción de rescisión por *lesión ultra dimidium* es ejercitable en todo contrato oneroso.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo, puesto al doble amparo de los números primero y séptimo del art. 1.692 de la Ley Procesal se aduce que al negar la Sala de instancia que el contrato de 28 de marzo de 1944 sea de compra-venta y calificarlo de renta vitalicia infringe por interpretación errónea los artículos 1.445, 1.446 y 1.447 del Código civil, y 1.802 del mismo Cuerpo legal por indebidamente aplicado, a la vez que incide en error de hecho, demostrable con la escritura, en la que el contrato se otorgó, y en error de derecho, consistente en haber vulnerado los artículos 1.216 y 1.218, que dan a aquella escritura el carácter de documento auténtico; pero cuanto se argumenta y razona en el motivo tiende a la finalidad de que se entienda y admita que el aceptar la Sala sentenciadora como acertada la calificación de contrato de renta vitalicia dada en la escritura pública de 28 de marzo de 1944 al otorgado por los litigantes incurrió en error interpretativo del mismo y de la intención y voluntad declarada de los contratantes, con lo que el recurrente opone

al criterio del Tribunal *a quo* el suyo particular desconociendo que, según una reiteradísima jurisprudencia, *en las cuestiones que se refieran a la interpretación o calificación de los contratos ha de estarse al criterio consignado por el juzgador en su sentencia acerca de tales extremos, a no ser que se demuestre por el medio adecuado en casación que el Tribunal se ha equivocado*, demostración no producida ni podido producir por el recurrente, porque si el contrato de renta vitalicia sin regulación especial actualmente en la legislación foral catalana se constituye conforme al art. 1.802 del Código civil, obligándose el deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles e inmuebles cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión, no existen términos hábiles para desconocer que no es sino contrato de esta naturaleza el consignado con tan adecuada calificación en la escritura pública mencionada con cuantos elementos y estipulaciones exige para su existencia el precitado artículo y en los que se manifiesta su calidad de aleatorio, inconciliable, según reconoció ya esta Sala en sentencia de 26 de enero de 1894, con la positividad de que en los contratos de esa clase se origine racionalmente ninguna lesión en cuya virtud deban ser rescindidos, y nada pueden significar en contra la calificación de la Sala sentenciadora la circunstancia que el recurrente alega de no haberse garantizado el pago de la pensión más que con una simple hipoteca sobre uno solo de los 16 bienes transmitidos, ya que, según el sentido del art. 1.805 del Código civil, el aseguramiento del pago indicado no es requisito necesario sino exigible en el solo caso que en él se previene, ni la alegación de hallarse estipulado en el contrato que la pensión empezaría a percibirse a los diez años de celebrado, de donde el recurrente deduce que la obligación a su favor contraída no lo fué de pago durante una vida, puesto que podría morir antes de percibir la pensión, argumento no ajustado a la realidad de lo convenido por cuanto en virtud de lo estipulado don J. M. tenía que percibir, como fué efectuado, la cantidad de 100.000 pesetas como anticipo de la pensión que correspondía a los diez primeros años siguientes al otorgamiento de la escritura.

CONSIDERANDO: Que lo que antecede manifiesta la improcedencia del motivo expresado por no haber incidido la sentencia recurrida en las infracciones y errores que en el mismo se acusan y aun hace innecesario el examen del tercer motivo, puesto que cuanto en él se razona lo está sobre el supuesto antes rechazado de que los contratos de renta vitalicia son rescindibles por lesión *ultra dimidium*, pero aunque el ser de esta clase el discutido es razón bastante para que el fallo contra el que se recurre se haya de mantener conforme a las apreciaciones y doctrina ya consignadas, si así no fuera no por ello el motivo sería estimable, porque, negándose por la Sala sentenciadora que se hubiera probado la existencia de la lesión alegada, el recurrente, después de aducir con equivocada opinión, que ello no era necesario por ser en la sentencia que a la de casación siguiera donde se habría de apreciar si la lesión existía, trata de combatir los Considerandos relativos a este extremo con argumentos y

cálculos minuciosos que, como fundados en posibilidades futuras y eventuales, lejos de ofrecer como hecho cierto demostradamente la desproporción en más de una mitad entre el valor de las prestaciones a que las partes se habían obligado, no hace sino acusar marcadamente la índole aleatoria del contrato que las contiene.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1949

Fe pública registral.

La fe pública del Registro actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1949

Responsabilidad del cónyuge viudo usufructuario por las deudas hereditarias—carácter de su sucesión.

Es un heredero sui géneris, que no responde de dichas deudas.

Procesal—carga de la prueba—hechos de la demanda, aceptados expresa o tácitamente por el demandado.

En este supuesto, queda el demandante exento de la prueba de tales hechos.

Principio “iura novit curia”—condiciones en su aplicación.

Han de respetarse y enjuiciarse los hechos procesales, que son de obligado acatamiento.

ANTECEDENTES.—En un supuesto de suspensión de pagos, se verificó convenio por el deudor y acreedores; uno de éstos, dolosamente, ocultando lo antedicho, instó la declaración de quiebra, que se concedió, causando al deudor quebrado—hoy actor—perjuicios que ahora reclama a la esposa del citado acreedor, en concepto de heredera universal del mismo, la cual fué absuelta por no haber constancia en el proceso de que ostentase tal carácter.

CONSIDERANDO: Que por razón de actuación procesal dolosa del finado marido de la demandada fué dirigida contra ésta en los presentes autos la acción de indemnización de daños y perjuicios atribuyéndole el carácter de heredera y albacea de su marido, doble carácter que la demandada

no impugnó en la contestación a la demanda, solicitando, no obstante, la absolución por entender que no había sido dolosa la actuación de su esposo, y ante este planteamiento de la controversia judicial, la sentencia de instancia absolvió a la demandada por estimar que no hay constancia en el proceso de que sea heredera universal, y *como heredera a título de viuda de la cuota en usufructo que la Ley le asigna y a título también de albacea no responde de la deuda hereditaria reclamada.*

CONSIDERANDO: Que ante esta posición de la Sala sentenciadora se alzan los dos motivos del recurso en los que no se impugna la apreciación jurídica de que la demandada, *como albacea y heredera en concepto de viuda no asume responsabilidad por la deuda hereditaria en litigio, sino que acusan la infracción de los arts. 359 de la Ley Procesal y 1.214 del Código civil, porque no habiendo opuesto la demandada excepción alguna al carácter de heredera y albacea con que fué llamada al proceso, el actor quedó liberado de la carga de la prueba a este respecto, y al no reconocer la sentencia recurrida el hecho indiscutido de que la demandada es heredera universal de su finado esposo, decidió incongruentemente el tema controvertido en el pleito.*

CONSIDERANDO: Que, a tenor de lo dispuesto en los arts. 763, 807, número tercero, 834 al 837 y 952 del Código civil, el viudo o viuda pueden ser llamados a la herencia de su consorte como usufructuarios de cuota o parte alícuota, que les inviste del carácter de *herederos sui jéncriis, similar al de acreedor o legatario ex-lege, que no responden de las deudas del causante*, y pueden también participar en la herencia como sucesores a título universal o de herederos propiamente dichos, que aumentados los derechos y obligaciones del *de cuius*, tanto en la sucesión testamentaria como en el caso previsto en el citado art. 952 para la sucesión intestada.

CONSIDERANDO: Que no ofrece duda en este pleito el hecho de que la viuda ha sido demandada en el último de los expresados conceptos, de sucesora en el *universum jus* por disposición testamentaria de su marido y responsable, en consecuencia de las deudas hereditarias, pues claramente se le asigna tal carácter y responsabilidad en la demanda al exigirle el cumplimiento, de una obligación que se imputa a su marido y se pretende que la haga efectiva como heredera y albacea, y claramente también, siquiera sea de modo tácito, aceptó la demandada su condición de heredera universal, pues nada excepcionó a este respecto y su oposición a la demanda no se fundó, como pudo hacerlo, en que fuese sólo usufructuaria en la herencia de su marido y en tal concepto estuviese exenta de pagar las deudas hereditarias, sino únicamente en que no existía la obligación reclamada, porque su esposo había actuado dentro de la esfera del ejercicio de su derecho de acreedor, al instar la declaración de quiebra del demandante, no en la forma dolosa que éste le imputaba para poder reclamarle indemnización de daños y perjuicios

CONSIDERANDO: Que *por ser hecho indiscutido o aceptado en el proceso el llamamiento de la demandada en concepto de heredera universal por sucesión testamentaria*, ha incurrido la Sala sentenciadora en vicio de in-

congruencia con infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil al absolver a la demandada por el fundamento único de que a falta de prueba acreditativa de que es heredera universal sólo cabe atribuirle el carácter de usufructuaria de la cuota vidual exenta de responsabilidades hereditarias, pues la norma "iura novit curia" que invoca la sentencia recurrida, autoriza a los Tribunales para actuar libremente en la esfera del derecho, pero a condición de que se respeten y enjuicien los hechos procesales que son de obligado sostenimiento conforme al principio dispositivo acogido en el aforismo "justa allegata et probata", y como nadie ha puesto en duda el hecho de que en la demanda concurre la cualidad de heredera universal de su marido, que se le asigna en la demanda, la Sala de instancia no ha podido, sin extralimitación de facultades, desentenderse de tal hecho indisputado, infringiendo también, por indebida aplicación, el art. 1.214 del Código civil, al no estimar procesalmente cierto el hecho aludido, ya que la carga probatoria que impone dicho precepto cede o torna innecesaria respecto de los hechos de la demanda que el demandado acepta expresamente o tácitamente, según se infiere del art. 575 de la Ley de Enjuiciamiento civil: razones por las que procede casar la sentencia recurrida, como propugnan los dos motivos del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1949

Procesal—arrendamientos urbanos: recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: excepción del cesionario estimada como reconvencción: efectos de no cumplirse las formalidades propias de ésta.

Procesal—recurso contra providencia que decreta la admisión de prueba.

El artículo 567 de la L. E. C. no concede recurso alguno, pues ello no puede producir indefensión.

Procesal—proceso de cognición: citación para sentencia—diligencias para mejor proveer.

No está establecida en dicho proceso ni cabría acordarla después de una diligencia para mejor proveer, según el artículo 340 de la L. E. C.

Procesal—arrendamientos urbanos—sentencia dictada por Juez distinto al que intervino en el proceso.

Procesal—incongruencia.

No puede dar lugar a un recurso por quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que la acción ejercitada se funda en la causa segunda

del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por haber procedido el arrendatario a subarrendar la vivienda sin la autorización del arrendatario, habiéndose dirigido la demanda contra el arrendatario, quien se allanó a la misma y contra el subarrendatario, quien sobre la alegación de que no se trataba de un subarriendo, sino de una cesión, y con invocación de los artículos 14, 36 y 37 de la citada Ley, suplicó que se absolviera de la demanda y se le subrogara en los derechos y obligaciones del inquilino.

CONSIDERANDO: Que en los casos de cesión de vivienda realizada por el inquilino es de aplicación el artículo 36 de la Ley de Arredamientos Urbanos, según cuyos términos el cesionario demandado podrá excepcionar aduciendo el consentimiento del actor, *que fué lo que el recurrente hizo y por ello, aunque a su petición se le atribuyó el carácter de reconvencción y se dió traslado de ella al demandante, esto no era procedente, conforme al texto legal citado ya que la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del inquilino cedente no era una petición reconvenccional, independiente de la demanda, sino una consecuencia necesaria de la desestimación de la misma, como se desprende del artículo 37 de la mencionada Ley, por la cual todos los argumentos del recurrente en el primer motivo del recurso, que descansan sobre el hecho de no haberse dado traslado de la reconvencción del cesionario demandado caen por su base, aparte de que aunque a la petición del inquilino se la diera el carácter de reconvencción, como ésta constituye por su naturaleza una contrapetición del demandado frente al actor, sería a éste al único a quien procedería dar traslado de las misma, como dispone la regla quinta del apartado c) de la base diez de la Ley de 19 de julio de 1944; pero no el otro demandado, quien en todo caso sería el único que previa la petición de subsanación de la falta cometida podría interponer el recurso, de todo lo cual resulta no haberse cometido las infracciones de los preceptos legales que se denuncian por el recurrente en el primer motivo de recurso.*

CONSIDERANDO: Que habiendo comenzado la celebración del juicio el 28 de mayo de 1947 y continuando en 4 de junio siguiente, se propuso por el actor y por el demandado, Don J. G., la prueba que estimaron conveniente, que fué declarada pertinente en la segunda de las fechas citadas y acordada la continuación del juicio para el día 11 del segundo de los meses expresados, a fin de recibir la prueba testifical propuesta, compareció el otro demandado en dicho acto, proponiendo también prueba testifical, que le fué admitida, admisión que el recurrente juzga extemporánea y opuesta a lo prescrito en el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con los apartados b) y norma sexta del c), de la base diez de la Ley de reforma de la Justicia Municipal, en el artículo 2.º del Real Decreto de 2 de abril de 1924 y en el artículo 4.º del Código civil; pero si bien la denegación de una diligencia de prueba puede dejar a la parte que la ha solicitado en estado de indefensión, y por ello la Ley otorga contra tal denegación los oportunos recursos, su admisión no puede producir tal efecto, *y por eso el artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento civil no da recurso alguno contra la providencia*

en que tal admisión sea acordada, por lo que el acuerdo del Juez que admitió la aludida prueba no puede ser objeto del recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, autorizado por el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y debe desestimarse el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que conforme previene la regla séptima del apartado c) de la base diez de la Ley de 19 de julio de 1944, practicadas las pruebas de declarar concluso el juicio y se dictará sentencia en el término improrrogable de tres días; pero podrá el Juez, antes de dictarla, acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba, excepto la testifical, y como el Juez Municipal, una vez practicadas las pruebas, declaró conclusos los autos, y después se dictaron las providencias, una para mejor proveer por la que se acordó la nueva confesión de las partes, y otra dictada por distinto Juez por la que se dejó sin efecto la primera, después de ello no procedía sino dictar la sentencia, como se hizo, sin que sea admisible como pretende el recurrente que con posterioridad a dicha segunda providencia debió de acordarse la citación para sentencia, *porque sobre no estar establecida tal diligencia en los procesos de cognición, nunca cabría acordarla después de dictada una providencia para mejor proveer, porque tales providencias sólo pueden dictarse después de la vista o de la citación para sentencia, conforme dispone el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil* por lo que no resulta infringida la expresada regla séptima ni el artículo 4.º del Código civil, que por otra parte no se refiere a formalidades del juicio, debiendo por lo expuesto ser desestimado también el tercer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que las reglas sexta y séptima de la base diez de la Ley de 19 de julio de 1944, donde se regula la celebración del juicio, *no imponen la obligación de que haya de ser el Juez que ha intervenido en el mismo que necesariamente haya de dictar la sentencia, ni tal exigencia puede deducirse de dichos preceptos desde el momento en que por la primera de las aludidas disposiciones se previene que de las sesiones del juicio, al cual preceden los escritos de demanda y contestación, se levantara acta, en la que sucinta y exactamente se consignará su desarrollo, y de modo muy especial cuanto se relacione con la práctica de la prueba y sus incidencias, lo que permite la apreciación de las alegaciones y pruebas formuladas por las partes y el pronunciamiento de la sentencia a cualquier Juez, aunque sea distinto del que intervino en la tramitación del procedimiento, sin que por ello pueda constituir indefensión de ninguna de las partes, ni pueda servir de fundamento un recurso de injusticia por quebrantamiento de forma; lo que determina la desestimación del motivo cuarto del recurso.*

CONSIDERANDO: Que en el quinto motivo se denuncia la incongruencia de la sentencia con determinadas pretensiones del recurrente; pero esta *causa no puede dar lugar a un recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, porque no afecta a las formalidades del pleito, y por eso la Ley de Enjuiciamiento civil incluye tal causa entre las que puedan dar lugar al recurso de casación por infracción de Ley y en la de Arrendam-*

mientos Urbanos únicamente podría fundarse en ella un recurso de injusticia por infracción de precepto o de doctrina legal

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1949

Desbloqueo—finalidad de la ley—criterio de interpretación.

La Ley de desbloqueo, dado su carácter especial, es sólo aplicable en los casos y efectos que por tiempo y lugar abarca su especialidad y carece de aplicación prevalente sobre el amparo que el derecho civil común otorgue a los actos realizados y contratos consumados fuera de las fechas que limitan el tiempo en que puedan tener ocasión los supuestos que especialmente acogen las leyes de excepción para regularlos.

Las consecuencias que a la revisión de un pago señala el artículo 41 de la Ley de 7 de diciembre de 1949 no pueden producirse en perjuicio de tercero que haya adquirido e inscrito en el Registro de la Propiedad su derecho, con cancelación de la carga que sobre el transmitente pesara, después de la liberación nacional.

Función legitimadora del Registro.

El tercero queda protegido por la inmunidad que otorga a la inscripción la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 24 (hoy 38) precisaba que se hubiese pedido en la demanda la nulidad o cancelación de la inscripción en que constase el derecho de aquél, contra quien no se había dirigido si quiera la demanda para vencerle en juicio, única manera de poder imponer derecho real alguno que implicase una limitación o carga en el suyo, si procedía.

ANTECEDENTES.—En 3 de enero de 1936 el Banco Hipotecario hizo un préstamo pagadero en cincuenta anualidades al hoy demandado, y a la seguridad de su cumplimiento se hipotecó un inmueble. El 11 de abril de 1938 se reembolsó la cantidad prestada y se canceló la hipoteca. Promulgada la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939, el Banco solicita la revisión del pago, el renacimiento de la obligación de restituir en el porcentaje señalado en la Ley y el renacimiento de la hipoteca. El demandado opone que la finca de que se trata ya no le pertenece, puesto que en 4 de marzo de 1939 fué vendida a un tercero, quien la inscribió en el Registro de la Propiedad en 10 de junio de 1939. El Juez especial de desbloqueo accedió a los pedimentos de la demanda. Y la Audiencia revocó la sentencia en cuanto declaró que no procedía el renacimiento de la hipoteca constituida sobre la finca expresada. El Banco Hipotecario interpuso recurso de casación fundado en los siguientes

MOTIVOS.—1) Violación, interpretación errónea y aplicación indebida del apartado c) del artículo 41 de la Ley de 7 de diciembre de 1949 y jurisprudencia del T. S. interpretativa de dicha disposición.

2) Violación, interpretación errónea y aplicación indebida de la Ley de 7 de diciembre de 1939 en el apartado d) de su artículo 41.

3) Violación de los principios fundamentales de la legislación especial por la que se rige el funcionamiento del Banco Hipotecario de España: artículo 23 de la Ley funcional del Banco de 2 de diciembre de 1872, R. D. de 24 de julio de 1875 y los artículos 70 y 95 de los Estatutos de 3 de noviembre de 1928.

CONSIDERANDO: Que al surgir la moneda nacional frente a la roja, con el consiguiente deslinde de dos comunidades de pagos distintas, en las que difería el poder adquisitivo de sus signos monetarios por la inflación creciente del de la zona marxista, se hubo de prestar atención legislativa a los graves problemas económicos y jurídicos que de aquel hecho y de las anomalías con él concurrentes se habían de derivar para el logro de una refundición dineraria en términos que permitieran distribuir sobre bases de equidad, entre acreedores y deudores, los perjuicios no reparables totalmente sin destruir la economía nacional; y así, para la consecución de esta finalidad, fueron dictadas durante la guerra numerosas disposiciones de marcado carácter preventivo, y después de liberado el país, ya con exacto conocimiento de la realidad de los daños y del volumen de la referida inflación, leyes, como las de 7 de diciembre de 1939—reguladora del levantamiento de la suspensión del pago de las obligaciones de entrega de dinero dimanadas de pacto perfeccionado bajo dominio enemigo, y conocida por ley de desbloqueo—; la de 5 de noviembre de 1940—sobre contratación en zona roja—, y la de 12 de diciembre de 1942—normativa de la reposición en las cuentas bancarias expoliadas en tiempo marxista—, tendentes, entre otras, a dar soluciones de equidad y de conveniencia defensiva de interés nacional.

CONSIDERANDO: Que dictadas estas disposiciones legales, y cuantas otras respondían a la misma finalidad reparadora, en lo posible, de perjuicios por actos o contratos que tuvieron lugar durante la guerra, como forma jurídica que según expresó en su preámbulo la Ley de 1.º de abril de 1939 había ido adquiriendo en decidido propósito de la España Nacional de evitarse funestas consecuencias que acarrearía una pura aceptación de la inflación realizada por el enemigo, todo lo que en ellas se preceptúa y regula lo está en contemplación de la realidad insoslayable de haber existido hasta la fecha de la liberación dos zonas monetarias, adoliendo una de ellas de desvaloración creciente en su signo y del consiguiente afán de darle destino lucrativo antes de que el país quedase liberado en su totalidad.

CONSIDERANDO: Que por esta razón, cuando se trate de precisar la inteligencia y el alcance de las referidas leyes habrá de tenerse en cuenta que *el criterio interpretativo ha de estar presidido por la consideración de que dado su carácter de leyes especiales lo que en ellas se dispone es sólo aplicable en los casos y efectos que por tiempo y lugar abarca su especialidad, y que carece de aplicación prevalente sobre el amparo que el derecho civil común otorgue a los actos realizados y contratos consumados con anterioridad al 18 de julio de 1936 o después de la liberación nacional, porque ambas fechas limitan el tiempo en que pudieron tener ocasión los supuestos que especialmente acogen tales leyes de excepción, para regularlos, por lo que bien ha de entenderse, en consonancia con el propósito*

a que las mismas responden, que las consecuencias que a la revisión de un pago señala el artículo 41 de la Ley de 7 de diciembre de 1939 en sus apartados c) y d) no pueden producirse en perjuicio de tercero que haya adquirido e inscrito en el Registro de la Propiedad su derecho, con cancelación de la carga que sobre el del transmitente pesara después de la Liberación nacional, porque si bien es cierto que el segundo de los apartados que antes se citan, en su tenor literal, sólo excluye del perjuicio a que alude al que hubiere inscrito su derecho después de la fecha de cancelación de la carga o deuda revisada y antes de 21 de octubre de 1938, sería contrario a la lógica y al propósito inspirador del articulado de la ley aceptar esta fecha como término definitivo de la protección que en aquélla se concedía al derecho de los terceros adquirentes, cuando sólo lo es de separación entre el período marxista que precedió a la misma, y el que partiendo de ella bajo igual dominio, ya con desvalorización casi absoluta de su moneda y consiguientes apetencias de darla rápido y afanoso destino por la proximidad del fin de la guerra, llegó hasta que terminada ésta renació la unidad monetaria en todo el país, no pudiendo desconocerse que el aplicar con criterio distinto el referido precepto de la ley especial conduciría al absurdo de admitir que mientras amparaba a los terceros que hubieran adquirido prevaleándose de las circunstancias de anormalidad anteriores a la liberación nacional, se despojaba del suyo, haciéndolos de peor condición, a quienes con la validez y garantía que les prestaba la legalidad vigente lo habían adquirido después, deduciéndose de las precedentes consideraciones que el precitado artículo 41 ha de ser entendido y aplicado en el sentido de que conforme al mismo las consecuencias del acuerdo de revisión de un pago perjudicara sólo al tercero que habiendo adquirido su derecho con anterioridad a la liberación nacional lo ha inscrito en el Registro de la Propiedad pasado el día 21 de octubre de 1938.

CONSIDERANDO: Que la interpretación y doctrina que anteceden, expuestas para dejar fijado el preciso alcance del precepto, lejos de hacer desestimables los motivos primero y segundo del recurso, amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, habrían de conducir a estimar la infracción que en ellos se acusa del artículo 41 de la ley de 7 de diciembre de 1939, en sus apartados c) y d), si el fallo de la sentencia recurrida estuviera solamente fundado en cuanto al extremo del mismo que el recurrente impugna, en la apreciación de que se oponía a que reviviese la garantía hipotecaria a favor del Banco demandante la razón de haberse transmitido a un tercero la finca con posterioridad al reembolso a aquél de su crédito, puesto que, sin que conste si su cancelación surtió efecto en el Registro de la Propiedad aquella transmisión se hizo por escritura de venta otorgada el 4 de marzo de 1939, esto es, después del 21 de octubre de 1938, y, consiguientemente, ya en el período excluido por el citado precepto de la protección que dispensaba a los terceros, a causa de la desvalorización casi total de la moneda circulante y en la que los pagos se hacían; pero la sentencia contra la que se recurre funda también el pronunciamiento a que si el recurso se contrae en que inscrito, aunque con posterioridad a la expresada fecha y en tiempo posterior también a la liberación nacional el derecho dominical del ter-

ceros, quedaba éste protegido por la inmunidad que otorga a la inscripción la Ley Hipotecaria, cuyo artículo 24 precisaba que se hubiese pedido en la demanda la nulidad o cancelación de la inscripción en que constase el derecho de aquél, contra quien no se había siquiera dirigido la demanda para vencerle en el juicio, única manera de poder imponer derecho real alguno que implicase una limitación o carga en el suyo, si procedía, y no habiendo combatido en forma alguna el recurrente en ninguno de sus motivos esta apreciación, que constituye uno de los fundamentos de su fallo, queda por la misma mantenido éste, sin que existan términos hábiles en que el recurso prospere, porque reiteradamente tiene declarado esta Sala que no ha lugar a la casación cuando la sentencia contra la que se pretende está sustentada por el Tribunal "a quo" con fundamentos que el recurrente no combate, siendo además principio de derecho que nadie puede ser privado del suyo sin ser vencido en juicio.

CONSIDERANDO: Que lo que se acaba de expresar priva también de eficacia al tercero y último de los motivos que el recurso comprende, además de que los fundamentos y razones que en él se aducen lo harían desestimable porque citándose en él como vulnerados los artículos 23 de la Ley funcional del Banco Hipotecario de España y 70 y 95 de sus Estatutos, aprobados por Real Decreto de 3 de noviembre de 1928, con la sustancial alegación de que estándole total y absolutamente prohibido por los mismos el que sus derechos acreedores quedasen respaldados con ningún otro género de garantía que no sea el derecho real de hipoteca, su derecho acreedor debió renacer en lugar de con la garantía personal con la hipotecaria con que propia y primitivamente se constituyó, razonamiento este sin base cierta, puesto que la sentencia recurrida no hace renacer en su fallo clase alguna de garantía en sustitución a la hipotecaria a cuyo renacimiento no dió lugar, sino que se limitó, ajustándose a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 38 y en los apartados a) y b) del 41 de la Ley reguladora del desbloqueo, a declarar revisable el pago discutido, y reducido éste y renacido el crédito en las cantidades que por la aplicación de aquellos preceptos correspondían, pronunciamientos que en nada vulneran los que el recurrente cita, y que aun con la condición privilegiada que éste les asigna no excluyen al mismo de la aplicación de las disposiciones que contiene la ley especial que rige la revisión de pagos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 DICIEMBRE 1949

Capacidad de la mujer casada—acción de nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización de su marido.

El hecho de que la demandada y recurrente no alegó oportunamente ni trató de subsanar por ningún modo en la primera instancia la falta que supone cometida al tenerla como parte sin la asistencia de su marido, es bastante para estimar la improcedencia del recurso.

Según el artículo 65 del C. c., solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente, lo que excluye la facultad de la misma mujer para solicitar dicha nulidad.

.SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1949

Civil—renuncia de derechos

Mercantil—suspensión de pagos—carácter del artículo 20 de la Ley de suspensión de pagos.

CONSIDERANDO: Que la cuestión sustancial del pleito se reduce a determinar si consentida la providencia de 22 de junio de 1943, que tuvo por parte de la entidad recurrente, y firme también el auto decretado a su instancia la ampliación de embargo de bienes de los recurridos, estos pueden obtener después la nulidad de aquellas resoluciones; no obstante, lo estatuido en el artículo 408 de la Ley Procesal—tesis de la Sala sentenciadora—, o como sostiene el recurrente, reconocido tal derecho a su favor por proveídos ejecutorios, no es lícita tal solicitud, conforme a la norma antecitada.

CONSIDERANDO: Que para llegar a la indicada conclusión se funda el fallo impugnado en que, si bien el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil es de indiscutible aplicación a toda resolución judicial que afecte a intereses y derechos meramente privados, no procede tener por firme la situación de hecho producida al consentir los recurridos que se tuviera al Banco por parte en los autos, por cuanto tal renuncia ha dentro de la salvedad establecida en el párrafo segundo del artículo 4.º del Código civil, por ser contraria al orden público en el modo de enjuiciar estatuido en el 20 de la Ley de suspensión de pagos que impide a la entidad recurrente intervenir en la pieza de calificación.

CONSIDERANDO: Que esto sentado, es visto que el Tribunal de instancia incide en las infracciones que se denuncian, especialmente en el motivo segundo del recurso, al no hacer aplicación al supuesto de autos del artículo 408 de la Ley Procesal por la sencilla consideración de asignar al artículo 20 de la Ley de suspensión de pagos el carácter de norma de orden público que, si reviste en cierto aspecto, pero no lo es en la medida y extensión que pretende atribuirles el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que si bien no cabe desconocer que la finalidad primordial perseguida en la pieza de calificación no es otra que depurar las responsabilidades en que hayan podido incurrir los deudores y garantizar el crédito en general, en aras del interés público, tal finalidad queda suficientemente satisfecha con la intervención en las actuaciones del Ministerio Fiscal, que debe ser parte en el expediente desde el momento de su iniciación; de lo cual se infiere que su falta de emplazamiento originaria forzosamente una contravención al orden público, por ser, al propio tiem-

po que el sujeto activo y necesario de la relación jurídica procesal, el órgano específico de fiscalización, al paso que la actuación en este juicio de responsabilidades de los interventores y acreedores, por ser facultativa, y, por tanto, innecesaria, ha de regirse por el principio dispositivo, ya que afecta a sus particulares derechos a ser parte en el proceso, defendibles, si fueron rechazados, a virtud de los recursos procesales oportunos.

CONSIDERANDO: Que a *contrario sensu*, si pretende actuar en los autos una parte no mencionada en el artículo 20 de la citada Ley, alegando un legítimo interés para obrar en aquéllos, *es a las partes personadas a quienes corresponde rechazar su admisión, y discutir, en tal momento, si está legitimada a tal fin; pero consentida su admisión, y firmes los proveídos teniéndola por parte, la renuncia que implica tal consentimiento no va contra el orden público, porque, como apuntado queda, los intereses tutelados por la norma están protegidos por el Ministerio Fiscal; y consiguientemente, las resoluciones así consentidas no cabe anularlas por imperio, precisamente, de lo prevenido en el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento civil, básico para la estabilidad del proceso; máxime en el presente caso en que, por el momento en que se tuvo por comparecida a la entidad recurrente, ni podía originar contravención alguna de orden público ni tener otra repercusión que la puramente económica y privada entre el Banco y sus gestores, materia ésta que, por su naturaleza, ha de regirse también por el principio dispositivo; procediendo, en consecuencia, la estimación del recurso.*

FALLO.—Ha lugar

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1949

Recurso de casación: motivación.

No puede prevalecer un motivo fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando falta en él la concreta indicación de los preceptos vulnerados, no bastando la cita de unos artículos cuando se hace para apoyar en ellos el criterio personal del recurrente.

Mandato: existencia—mandatario sustituto—procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.

El no haber hecho provisión de fondos al mandatario no demuestra la inexistencia del mandato ni la no realización de actos de gestión.

El hecho de que el mandatario aparezca desde una determinada fecha como propietario del negocio no demuestra la inexistencia de un mandato anteriormente conferido.

Si el gerente de una Sociedad actúa en el desempeño de su gestión en

su propio nombre y en el de la Sociedad, o sea, con doble personalidad, no se puede decir que hay mandatario sustituto.

Si el mandatario traspasa un negocio a título gratuito y sin autorización expresa del mandante, procede la condena a indemnización de daños y perjuicios.

ANTECEDENTES.—Los demandantes—marido y mujer—, dueños de dos establecimientos cuyos enseres y existencias habían sido embargados, encargaron verbalmente y en forma amistosa a uno de sus acreedores, gerente de una Compañía comercial, el traspaso de sus negocios. Los hoy demandados—la Compañía comercial y su gerente—pusieron los arrendamientos de los locales a nombre de la Sociedad y los vendieron por un precio muy inferior al pretendido por sus dueños. En un procedimiento anterior se desestimó la demanda por no haber sido parte en la litis la Sociedad comercial mencionada. La demanda se repite ahora contra la Sociedad y contra su gerente reclamando la reintegración a los esposos de los establecimientos o, en otro caso, la obligación de rendir cuentas del mandato o gestión realizados y, en todo caso, la indemnización de daños y perjuicios. Los demandados oponen que no actuaron como mandatarios, sino como dueños, puesto que los locales estaban arrendados por la Sociedad y los enseres y existencias los habían adquirido del adjudicatario de la subasta en la que fueron vendidos. El Juez y la Audiencia condenan a los demandados a la rendición de cuentas justificadas de los actos realizados en los traspasos e indemnización de daños y perjuicios causados en su gestión. Se fundan en que, aunque a los demandantes se les subastaron los enseres y existencias, no fueron objeto de subasta ni adjudicación el derecho de traspaso, fondo comercial y demás elementos que constituyen el negocio. Los demandados recurren en casación.

MOTIVOS.—1) Comprendido en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por "errónea interpretación de los preceptos substantivos relativos a la inteligencia del negocio jurídico discutido".

2) Comprendido en el número 7.º del citado artículo. Por error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.

3) Comprendido en el número 1.º del mismo texto legal por infracción: a) De la doctrina sentada en las sentencias de 3 de marzo, 10 de mayo y 7 de junio de 1879 y 22 de octubre de 1901, por cuanto en ellas se dice que para que el mandato sea fuente de obligación precisa se confieran en él facultades expresas para hacer alguna cosa o prestar algún servicio. b) De la sentada en las sentencias de 23 de abril de 1908 y 14 de diciembre de 1943, pues no se determina cuál es el mandatario directo y cuál el sustituto.

CONSIDERANDO: Que, según declara la sentencia recurrida, los demandados intervinieron como mandatarios en el traspaso de los locales en que los cónyuges demandantes tenían sus establecimientos mercantiles, habiendo realizado gestiones encaminadas a tal fin y llevado a término el traspaso que se les había encomendado, afirmaciones frente a las cuales sostiene el primer motivo del recurso que los recurrentes no actuaron como mandatarios, sino como titulares que eran, desde octubre de 1932, del arrendamiento de los locales en que dichos cónyuges habían tenido sus establecimientos, añadiendo que no se ha probado la existencia del mandato a que la Sala sentenciadora se refiere y que, con arreglo al artículo 1.713 del Código civil, sería indispensable que tal mandato tuviese ca-

rácter de expreso por referirse a actos de enajenación e, igualmente, que hubiese meditado la provisión de fondos al mandatario; pero *es lo cierto que el citado motivo no señala concretamente las normas legales cuya infracción acusa, limitándose a referirse en general a "los preceptos relativos a la interpretación de los negocios jurídicos" y a "la inteligencia o interpretación dada a los preceptos sustantivos reguladores del negocio jurídico objeto de la litis"; y si bien menciona los artículos 1.727 del Código civil y 254 del Código de comercio, lo hace simplemente para apoyar en ellos su personal criterio de que no se acreditó la existencia del mandato ni tampoco que los mandantes hubiesen hecho provisión de fondos a los supuestos mandatarios; de donde se sigue que el indicado motivo no puede prevalecer porque, en primer término, falta en él la concreta indicación de los preceptos vulnerados, porque, además, y según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la apreciación de las pruebas corresponde al Tribunal sentenciador, siendo forzoso atenerse a dicha apreciación mientras no se demuestre que en la misma ha existido error de hecho o error de derecho, con infracción de preceptos reguladores de la prueba, lo que no se hace en dicho motivo, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, y, finalmente, porque la sentencia firme dictada por la Sala de la Audiencia en 27 de junio de 1942 que puso fin al pleito anterior promovido por el matrimonio demandante contra el gerente demandado—y de la cual obra certificación en los autos—declaró que aparece demostrada la intervención de este último con carácter de mandatario en las ventas de los establecimientos de los actores, así como en las negociaciones que las precedieron; y aun admitido, como el citado motivo sostiene, que no se hizo provisión de fondos a los recurrentes, tal circunstancia no demuestra por sí sola la inexistencia del mandato ni la de los actos de gestión que, tanto aquella sentencia como la ahora recurrida afirman que realizó el mandatario, razones las expuestas que conducen a la desestimación del motivo de que se trata.*

CONSIDERANDO: Que el segundo de los invocados aduce que acreditado por los recibos obrantes en los autos que en octubre de 1932 era la entidad demandada—no los actores—quien tenía la condición de arrendataria de los locales, y acreditado también por la certificación de la Delegación de Hacienda que los demandantes se habían dado de baja en la contribución en aquella fecha, incide la Sala de instancia en error de hecho y en error de derecho al no estimar que los demandados, ahora recurrentes, tenían la condición de titulares de los establecimientos de referencia y que como tales titulares pudieron traspasarlos por su propio derecho, argumentación la expuesta que no destruye las afirmaciones de la sentencia, pues reconocido por los demandados que con anterioridad al mes de octubre de 1932 eran los actores propietarios de dichos establecimientos, el hecho de que desde la indicada fecha aparezcan aquéllos como titulares no demuestra la inexistencia de un mandato anteriormente conferido ni la de los actos de gestión realizados por el mandatario, siguiéndose, en consecuencia, que tampoco puede prosperar dicho motivo segundo.

CONSIDERANDO: Que afirmado en la sentencia—según se ha indicado—que por mandato de los cónyuges demandantes hicieron los recurrentes

las gestiones encaminadas a realizar el traspaso de los establecimientos de que se trata y que llevaron a término su cometido, es obvio que no destruidas estas afirmaciones del Tribunal de instancia—como también queda dicho—desaparece la base de la argumentación del primero de los apartados del tercer motivo del recurso, en el que se sostiene que para la inexistencia del mandato es necesario que se confiera al mandatario facultades expresas; y, por otra parte, *como el gerente actuó en el desempeño de su gestión en propio nombre y a la vez de la Sociedad, o sea, con una doble personalidad, falta en el caso actual, por no haber existido sustitución, el supuesto indispensable para plantear el problema de si se da o no acción contra el sustituto del mandatario, problema a que se refiere el apartado segundo del citado motivo.*

CONSIDERANDO: Por último, y con relación al apartado tercero del mismo motivo, que, según afirma la sentencia, los mandatarios recurrentes vendieron uno de los establecimientos que pertenecía al matrimonio demandante en precio inferior al corriente en la plaza a la fecha en que se concertó la operación y donaron otra tienda a tercera persona, sin autorización expresa del mandante, afirmaciones de hecho, una y otra, no impugnadas en adecuada forma; y *si el traspaso del últimamente citado establecimiento se hizo a título gratuito y sin autorización expresa del mandante, tal circunstancia por sí sola es suficiente para apoyar la condena a la indemnización de daños y perjuicios que decreta el fallo recurrido, ello aparte de que, como declaró la sentencia de esta Sala de 4 de enero de 1909, la apreciación de si el mandatario obró con culpa es cuestión de hecho que incumbe a la apreciación del Tribunal de instancia y que sólo puede combatirse justificando en forma el error cometido, consideraciones las anteriores que impiden pueda prevalecer el tercero de los motivos del recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma—motivo: indefensión del recurrente.

Para que pueda prosperar el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma no basta con que se hayan quebrantado las formalidades esenciales del juicio, sino que es preciso que tal quebrantamiento haya producido la indefensión del recurrente.

ANTECEDENTES.—Con fecha 10 de septiembre de 1946 presentó la actora demanda de desahucio por subarriendo de un local sin autorización y falta de pago, habiéndose dictado sentencia declarando haber lugar al mismo. La demandada apeló ante el Juzgado de Primera Instancia, dictando auto en 16 de septiembre de 1947 por el que se hace saber al demandante que en el término de quince días amo de sus pretensiones a las normas de la vigente Ley arrendaticia, por lo que formuló una nueva deman-

da que fué estimada por el Juzgado Comarcal y confirmada por el de Primera Instancia.

Se ha interpuesto recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 172 de la L. A. U.

MOTIVOS.—1.º Infracción de los artículos 161 y 162 de la L. A. U., ya que no es el proceso de cognición el adecuado, sino el juicio de desahucio.

2.º Infracción del art. 340 de la L. E. C., por cuanto el Juzgado Comarcal acordó para mejor proveer la confesión judicial del demandante, acerca de un hecho sobre el que ya había confesado anteriormente y se encontraba probado por haber sido tal confesión de carácter afirmativo.

3.º La cuestión fundamental planteada en el pleito consistía en determinar si la demandada se encontraba autorizada o no para subarrendar su vivienda.

CONSIDERANDO: Que la demanda se fundamenta en dos causas, en la falta de pago del precio convenido y en haberse subarrendado la vivienda sin permiso del arrendador, y si bien tales acciones deben tramitarse en juicios distintos, en cuanto para la primera procede el de desahucio, cuyos trámites señalan los artículos 1.571 a 1.582 de la L. E. C., y para la segunda el proceso de cognición, establecido por el apartado C) de la base 10 de la Ley de 19 de julio de 1944, pues así lo previenen los artículos 161 y 162 de la L. A. U., disposiciones que no se han tenido en cuenta al acumular las dos acciones ejercitadas en una sola demanda y dar a ésta el trámite del proceso de cognición, en contra de lo que dispone el artículo 154 de la L. E. C., que prohíbe en su número 3.º la acumulación de dos o más acciones cuando con arreglo a la Ley deban de ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, es lo cierto que *conforme establece el artículo 172 de la L. A. U., para que el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma pueda prosperar, no basta con que se hayan quebrantado las formalidades esenciales del juicio, sino que es preciso que tal quebrantamiento haya producido la indefensión del recurrente*, circunstancia que no se da en el presente caso, en cuanto el proceso de cognición es de trámites más amplios que el juicio de desahucio y otorga a los litigantes mayores medios de defensa, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 31 DICIEMBRE 1949

ANTECEDENTES.—La viuda de A. P. B., heredera fiduciaria de éste, con facultad de enajenar en caso de necesidad, libremente apreciada, realizó ciertas ventas. Las herederas fideicomisarias demandaron a los compradores; pero el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria, no penetrando en el fondo del asunto por no haber sido demandados también los herederos de la fiduciaria, sentencia que fué confirmada en todas sus partes por la Audiencia Territorial. Las demandantes, interpusieron recurso de casación, al que no da lugar el Tribunal Supremo, en base a la siguiente doctrina:

Procesal—legitimación pasiva incompleta—principios procesales.

Procede conforme a derecho la sentencia de instancia que, desentendiéndose del fondo del asunto, absuelve a los demandados, porque sus pronunciamientos habrían de afectar a personas que no eran parte en el litigio, pues constituye principio fundamental en la ordenación del proceso que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en pleito, teniendo establecido reiteradamente la jurisprudencia que no se deben declarar derechos ni imponer deberes en la resolución de un litigio que afecten a parte no intervinientes en él, y que para resolver sobre la nulidad de un contrato es indispensable examinar la actuación en su otorgamiento de cuantos en él fueron parte.

Procesal—legitimación pasiva incompleta—carácter rogado de la jurisdicción civil.

No corresponde al juzgador declarar de oficio mal constituída la litis, porque veda tal actuación la condición de rogada que tiene la jurisdicción civil y la facultad que tiene el actor de dirigir su acción contra quien estima que debe hacerlo, parándole a él solamente el perjuicio de sus omisiones o errores en la determinación de los sujetos de la demanda.

Procesal—incongruencia—excepción desestimada.

Esa conocida doctrina jurisprudencial que cuando el fallo es absoluto quedan con ello resueltas todas las cuestiones planteadas en el pleito.

SENTENCIA 3 ENERO 1950**Competencia territorial—compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.**

Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, no habiéndose pactado por los contratantes sumisión a un determinado Juez, ni nada relativo al lugar de cumplimiento de la expresada obligación, ha de ser decidida la competencia, con arreglo a la norma primera del artículo 62 de la L. E. C.

Competencia territorial—compraventa mercantil—giro de letras.

No altera la competencia la circunstancia de que con objeto de dar facilidades a la compradora para que pudiera atender al pago de la cantidad adeudada, la fuesen giradas letras de cambio.

SENTENCIA 5 ENERO 1950

Cesión de acciones—ir contra los propios actos.

Admitida la realidad de la cesión de unas acciones, no puede el recurrente, sin ir contra sus propios actos, negar dicha realidad.

Casación—desestimación—motivo: normas de carácter procesal.

Según constante doctrina de esta Sala, las normas de carácter procesal no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley.

ANTECEDENTES.—Al actor le fueron cedidas por sus titulares 29 acciones de una Compañía mercantil, habiéndose opuesto a su reconocimiento el demandado, alegando que no existe el libro a que se refiere el artículo 162 del C. de c., por lo que el demandante solicita le sea reconocida la cualidad de socio, así como la disolución de la referida sociedad por no observar las disposiciones que a la misma se refieren.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, que fué estimada en apelación por la Audiencia de Tetuán. Habiéndose interpuesto contra dicha resolución recurso de casación por infracción de ley, fundado en el número 1.º del art. 1.469 del C. de P. C. de la Zona, concordante con igual número del art. 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de los arts. 5.º y 7.º de los Estatutos de la Agrupación Agraria de Alcazarquivir, S. A., y, como consecuencia, el art. 63 del C. de C. del P. de M., concordante con el 121 del C. de C., al reconocer la Sala la cualidad de socio a la Banca Hassan e Hijos.

2.º Infracción del art. 216 del C. de O. y C. de la Zona, concordante con el 1.257 del C. c., pues de mantenerse el fallo, además de vulnerarse dicho precepto, se atacarían derechos de unos herederos que han estado presentes en la sociedad.

3.º Aplicación indebida del art. 340 de la L. E. C., ya que la Sala sentenciadora mandó traer a los autos certificación acreditativa de la transmisión de las acciones objeto del litigio, en la que se confiere exclusivamente una manifestación de parte interesada.

4.º Infracción del capítulo adicional de los Estatutos de la Agrupación, que establece que todas las cuestiones que puedan suscitarse entre los socios de la Compañía o entre sí serán sometidos a amigables componedores en la forma que determina la L. E. C., de lo cual se hace caso omiso por la parte demandante.

5.º Infracción del art. 23 del mencionado Estatuto, en el que se establece que la disolución y liquidación de la Sociedad tendrá lugar en los casos establecidos en el C. de C. y cuando así lo acuerden los socios que representen la cuarta parte del capital social.

CONSIDERANDO: Que según declara la sentencia de instancia el recurrente reconoció la realidad de la cesión de las acciones por los señores S. y T. a la Sociedad S. H. H., reconoció también que la entidad recurrida es actualmente poseedora legítima de aquellas acciones, convocó a la misma a celebración de una Junta de la Agrupación Agraria de Alcazarquivir y confesó que en ésta no existe el libro a que se refiere el artículo 162

del Código de Comercio español, precepto de obligatoria observancia en la Zona del Protectorado de Marruecos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 91 de dicha Zona; y no impugnadas tales declaraciones, desaparece la base del motivo primero del recurso, porque *admitida la realidad de la cesión de las acciones antes aludidas, no puede el recurrente, sin ir contra sus propios actos, negar ahora esta realidad, ni cabe alegue la falta de inscripción de la cesión en el correspondiente libro, que no existe por culpa imputable al propio recurrente*; y no teniendo éste el carácter de representante de los herederos del cedente de las acciones, S., tampoco puede atribuirse la defensa de supuestos derechos que afirma corresponden a aquéllos sobre las acciones cedidas, siguiéndose de lo expuesto que los motivos primero y segundo no pueden prevalecer

CONSIDERANDO: Que para desestimar el motivo tercero de los invocados —en el que se denuncia la aplicación indebida del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil— basta tener en cuenta que, *según constante doctrina de esta Sala, las normas de carácter procesal, cual el citado artículo, no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley, ello aun aparte de que en esta clase de recursos la infracción ha de darse en la parte dispositiva de la sentencia, como claramente dispone el artículo 1.691 de la Ley citada*, y tampoco cabe sea acogido el motivo cuarto porque si bien es verdad que a tenor del capítulo adicional de los Estatutos de la Agrupación Agraria de Alcazarquivir las cuestiones que puedan suscitarse entre los socios o entre éstos y la Sociedad deberán ser sometidas a la decisión de amigables componedores, no es menos cierto que habiendo requerido la entidad recurrida al demandado, ahora recurrente, para el nombramiento de aquéllos a fin de decidir las cuestiones pendientes entre uno y otro, se negó el segundo a lo pretendido, como consta en el hecho sexto de su escrito de contestación a la demanda.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 ENERO 1950

Opción de compra—aneja a arrendamiento.

Al concederse la facultad de comprar, en un contrato de arrendamiento, a los arrendatarios, a quienes se designa de esta manera genérica y no por sus nombres, ha de entenderse que sólo mientras ostentasen esta condición podrían ejercerla, interpretación que es corroborada por la circunstancia de no haberse señalado plazo para el ejercicio de tal derecho.

ANTECEDENTES.—Una Sociedad anónima dió en arrendamiento a don V. M. y don C. V. una central eléctrica, estipulándose la obligación de transferir la Sociedad todas sus acciones a los arrendatarios cuando éstos manifestasen su voluntad de adquirirlas. Resultó no tener la arrendadora derechos de aprovechamiento de las aguas necesarias para la central. Don V. M., interpone demanda de indemnización de daños y al mismo tiempo pide que se condene a la otra parte a realizar la venta estipulada. En

Jurisprudencia

primera instancia no se admitió esta última petición; y la Audiencia confirmó la sentencia. El demandante y apelante recurre en casación por infracción de ley con el siguiente

MOTIVO.—Infracción del art. 1.451 C. c. por interpretación errónea, al no considerar la opción como un contrato independiente.

CONSIDERANDO: Que en la escritura pública de 28 de diciembre de 1937, por virtud de la cual la Sociedad "E. M., S. A.", dió en arrendamiento a don V. M. y don C. V la central eléctrica que poseía en María de Huelva, se estableció, entre otras estipulaciones, que aquella entidad se obligaba a transferir a los arrendatarios, tan pronto como éstos manifestasen su voluntad de adquisición, todas las acciones de la Sociedad al precio de su valor nominal, y si bien es cierto que esta estipulación constituye un derecho de opción a la compra de las acciones, no lo es menos que no puede considerarse tal derecho como independiente y enteramente desligado del contrato de arrendamiento en que está incluido, según pretende el recurrente, porque del sentido literal de la expresada cláusula, primera regla de interpretación de los contratos a que hay que acudir, conforme al artículo 1.281 del Código civil, se desprende que dicha facultad se concede a los arrendatarios, a quienes se designa de esta manera genérica y no por sus nombres, por lo cual solamente mientras ostentaran tal condición podrían ejercerla, interpretación que es corroborada por la circunstancia de no haberse señalado plazo para el ejercicio de tal derecho, y como no cabe suponer que quisiera concederse por un tiempo indefinido, hay que referir tal plazo al tiempo de duración del contrato de arrendamiento, pero como la sentencia recurrida declara que dicho contrato quedó roto, sin validez y eficacia, considerándose ambas partes totalmente desligadas de sus derechos y obligaciones el día 12 de junio de 1938, es evidente que desde dicha fecha había cesado el recurrente en su condición de arrendatario y su derecho de opción a la compra de las acciones estaba caducado el 31 de agosto de 1943, fecha de la interposición de la demanda, y al estimarlo así la Sala sentenciadora no comete la infracción del artículo 1.451 del Código civil que le atribuye el recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 ENERO 1950

Competencia—en la Justicia municipal—legislación aplicable.

Para resolver las competencias entre los Juzgados Municipales, Comarcales y de Paz, es aplicable la L. E. C., según la de 17-VII-1948, que modificó la de 21-V-1936.

Competencia—contratos mercantiles—lugar de cumplimiento.

Según reiterada jurisprudencia, en los contratos mercantiles se pre-

sume, salvo pacto en contrario, hecha la entrega de la mercancía en el establecimiento en que se realizó la venta.

SENTENCIA 6 ENERO 1950

Quebrantamiento de forma—motivo: omisión de dar a conocer a la demandada la existencia de la demanda.

La omisión de dar a conocer a la demandada la existencia de la demanda no puede estimarse subsanada por la asistencia accidental de un hermano suyo sin su representación.

ANTECEDENTES.—La demandante tenía arrendado un piso en una finca de su propiedad. Al ocurrir el fallecimiento de la arrendataria, formuló demanda de desahucio contra la hermana de ésta, por creer que no tenía derecho a los beneficios de la prórroga, ya que no convivía con ella, pues tenía su residencia habitual en Barcelona; no obstante, le pasó al cobro recibos del alquiler del citado cuarto, después de haber ocurrido el óbito de la arrendataria.

El Juzgado Municipal desestimó la demanda, habiéndose interpuesto apelación ante el de Primera Instancia, que dictó sentencia dejando sin efecto la apelada y ordenando se repusieran los autos al estado que tenían cuando se inició la demanda e indicando a las partes la necesidad de acomodar sus pretensiones a las normas procesales de la nueva L. A. U.

La actora reprodujo la demanda, y la demandada solicitó la nulidad de las actuaciones, por alegar desconocer la existencia de la misma. El Juzgado Municipal y el de Primera Instancia han estimado la demanda.

La demandada ha formulado recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, amparado en el apartado b) del art. 106 de la L. A. U.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º La sentencia recurrida no declara nulas y sin valor las actuaciones practicadas en el juicio, ni dejó sin efecto el escrito presentado por el procurador de la demandante, para acomodar la demanda primitiva a las disposiciones de la nueva legislación.

2.º Quebrantamiento de las formalidades del juicio, al omitirse el legal emplazamiento de la demandada y recurrente y tramitar y resolver la litis sin el cumplimiento de tan esencial requisito.

CONSIDERANDO: Que la sentencia dictada en apelación, por el Juez de primera instancia, con fecha 28 de febrero de 1946, al reponer los autos al estado que tenían cuando la demanda tuvo ingreso en el Juzgado Municipal, retro trayendo el pleito a ese estado, dejó sin eficacia alguna las actuaciones que posteriormente a ese ingreso se habían practicado, entre ellas, la citación de doña M. del C. V., según diligencia de 1.º de junio de 1945—folio 2 vuelto de los autos de primera instancia—y el acto de comparecer en juicio, en su representación, el procurador don M. G., según acta de 12 del mismo mes.

CONSIDERANDO: Que desprovistas, por lo dicho, de toda eficacia las actuaciones indicadas, al presentarse nueva demanda por doña M. G. F. debió, en cumplimiento de lo dispuesto para la tramitación del juicio, en la norma C) de la base I de la Ley de 19 de julio de 1944, conferirse tras-

lado de dicha demanda con su copia, a la demandada, y no, como se hizo, al procurador don M. G., que tuviese o no poder de aquélla, lo que no tenía por qué investigar de oficio el Juzgado, carecía de personalidad en tal momento procesal, por la falta de eficacia de las actuaciones anteriores.

CONSIDERANDO: Que este *quebrantamiento de forma tan esencial del juicio*, cuales, *la que debió dar a conocer a la demandada la existencia de la demanda, privándola de toda posible defensa contra ella, no puede estimarse subsanada por la asistencia accidental de un hermano suyo, sin su representación*, y es de los que, alegado como causa del recurso, debe dar lugar a éste, según el artículo 172 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 7 ENERO 1950

Competencia — contrato complementario: sumisión expresa — sumisión tácita.

Establecida en un contrato una cláusula en virtud de la cual en caso de rescisión del mismo entraría en vigor otro contrato en el cual consta que se formaliza "en cumplimiento de lo estipulado en el anterior", se entiende que el segundo completa y desarrolla el primero. Y la sumisión pactada en el primero se extiende a las cuestiones del contrato complementario, pues, como ha declarado una reiterada y uniforme doctrina, el Juez que es competente para conocer del cumplimiento de un contrato lo es también para conocer de las cuestiones derivadas de él y de las que tengan la condición de accesorias o complementarias del mismo.

El hecho de que después de presentada la demanda compareciese en los autos la entidad demandada y, sin proponer declinatoria, no sólo solicitó primeramente certificación de determinados particulares de aquel escrito, sino que además instó y obtuvo del Juzgado requerido la prórroga del término fijado para contestar a dicha demanda, hace indiscutible la sumisión tácita, a tenor de lo dispuesto en el número 2.º del artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 7 ENERO 1950

Ley Desbloqueo—interpretación restrictiva—compraventa mercantil—revisión pago.

Para que puedan ser revisables los pagos como el litigioso, es preciso que sean anteriores al 19 de julio de 1936, que el vencimiento de la deuda tenga un plazo superior a los cinco años de la fecha del título y que tal vencimiento se halle con claridad preestablecido al constituirse la obligación.

ANTECEDENTES.—En abril de 1936, el demandado hizo una proposición, sobre adquisición de morrales y bolsas con destino al Ejército, a la entidad demandante, la cual le facilitó las condiciones de la operación y, entre ellas, que el pago de la mercancía se haría efectivo en el momento en que el demandado percibiera el precio de la Junta Central de Vestuario. La oferta fué aceptada, y una vez perfeccionado el contrato, recibió la mercancía el demandado. El 9 de diciembre de 1938 aquél liquidó su importe con la entidad demandante, entendiéndose éstos que dicho pago debe ser revisado en atención a la fecha en que se efectuó, debiendo quedar reducido al 10 por 100 de su importe.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia han desestimado la demanda, habiéndose interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Violación del artículo 38 de la Ley de Desbloqueo, ya que la sentencia recurrida desvirtúa la esencia de este precepto, al aplicarlo al contrato origen de este litigio

2.º Violación del artículo 40 de la misma Ley, al considerar que el pago venció durante el dominio marxista porque se produjo una verdadera novación de las obligaciones dimanantes del contrato sin tener en cuenta la necesaria capacidad de las partes para novar una obligación, según el artículo 1.259 del C. c.

CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la naturaleza excepcional de la Ley de 7 de diciembre de 1939 ha venido dando a ésta una interpretación restrictiva y, por tanto, no ha extendido su ámbito de aplicación a supuestos distintos de los en ella comprendidos; por lo que *lejos de infringir el fallo de instancia, el artículo 38 de aquélla lo interpretó con recto criterio, ya que de sus términos literales y del espíritu que lo informa se infiere que, para que sean revisables los pagos como el litigioso, es preciso que sobre ser anteriores al 19 de julio de 1936, el vencimiento de la deuda tenga un plazo superior a los cinco años de la fecha del título y que tal vencimiento se halle con claridad preestablecido al constituirse la obligación.*

CONSIDERANDO: Que abona esta interpretación no sólo la doctrina proclamada por este Tribunal Supremo, en torno a la viabilidad de la acción, sino también la propia Ley de Desbloqueo, al conceder un plazo tan perentorio para pedir la revisión; porque si la acción civil presupone necesariamente la existencia de un derecho perfecto al momento de la demanda, y en tal instante es obligado que al ejercitarse la acción pudiera afirmarse con certeza la existencia del requisito controvertido, es obvio que, si al presentarse la demanda no podía hacerse tal afirmación, el supuesto litigioso no se halla entre los contemplados por la norma, ya que es lógico, por lo expuesto, que la intención del legislador no fué otra que la de amparar las acciones revisoras que, dentro del plazo fijado para su ejercicio, pudieran fundarse en la realidad y certeza de los dos requisitos exigidos por el apartado C) del artículo 38 de la Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 ENERO 1950

Competencia—sumisión expresa.

La norma preferente para determinar la competencia es la de sumisión de las partes que establece el art. 56 de la L. E. C.

Competencia—sumisión expresa—renuncia al fuero.

No se precisa la renuncia expresa del fuero de los litigantes para estimar aplicables el citado art. 56 y el siguiente cuando consta la sumisión a otro, según repetidamente ha declarado esta Sala.

SENTENCIA 9 ENERO 1950

Consignación—en moneda depreciada.

La caducidad, que estableció la Ley de 7-XII-1939, de la acción para pedir la revisión de pagos no se extiende a una acción deducida por el deudor para que se declare la eficacia de la consignación.

Contratos onerosos—equivalencia de las prestaciones.

La justicia conmutativa demanda la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos.

Cláusula “curso oro”.

Al pactarse que el pago se verificaría en moneda corriente de oro o plata gruesa, fué la intención de los contratantes que se realizase en moneda equivalente a la recibida al celebrarse el contrato de préstamo.

ANTECEDENTES.—Concertado un préstamo con hipoteca en 1935, una tercera persona consigna el capital en los últimos meses de la guerra, tras pactar con el deudor la constitución de hipoteca a su favor. El acreedor intentó que se anulase el auto que admitía la consignación, sin éxito; y el primitivo deudor interpuso acción pidiendo que se declarase válida la consignación. El juzgado desestimó la demanda, y en apelación fué confirmada la sentencia. El demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, con los siguientes

MOTIVOS.—1.º Infracción del art. 1.176, párrafo 1.º, del C. c., porque al negarse el acreedor a recibir el pago era obligada la consignación.

2.º Infracción, por interpretación errónea, del art. 1.177 en relación con los 1.170 y 1.754 del C. c.

3.º Infracción, por violación, del art. 39 de L. 7-XII-1939, porque la revisión de pagos podía solicitarse sólo en un plazo de tres meses.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso, y primero en el orden lógico, en el que, amparándose en el número primero del artículo 1.692 de

la Ley de trámite, se denuncia la infracción del artículo 39 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, según el cual la acción para pedir la revisión de los pagos a que se refiere prescribe a los tres meses de la promulgación de la ley, plazo que hubo de ser prorrogado por ulteriores disposiciones, debe ser desestimado, porque, en primer término, la alegación de caducidad que entraña constituye una cuestión nueva no discutida en el pleito y que, por lo tanto, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no puede ser planteada en casación, y porque, además, no se trata en el presente caso de una acción entablada por el acreedor para la revisión de un pago verificado en época roja, sino de una demanda deducida por el deudor, para que se declare la eficacia de la consignación, que hubo de hacer bajo el dominio marxista, de cantidad adeudada por razón de contrato de préstamo, y apreciar si dicha consignación se ajustó o no a las condiciones reguladoras del pago conforme al artículo 1.177 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que los motivos primero y segundo del recurso, con idéntico fundamento procesal que el anterior sostienen, respectivamente, la infracción por la sentencia de instancia de los artículos 1.176, el primero, y 1.177, en relación con los 1.170 y 1.174 del Código civil, el segundo, en cuanto dispone que el deudor quedará liberado con la consignación de la cosa debida cuando el acreedor se negare a recibirla sin razón y que la consignación deberá ajustarse en todo caso a las normas que rigen la obligación de pago, entre las que figuran la de que éste deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo esto posible en moneda de plata u oro que tuviera curso legal en España, por estimar el recurrente que, prohibida la circulación de la plata por orden del titulado Gobierno rojo, en cuyo territorio se hizo la consignación por representante del deudor, cumplió éste efectuando la de la cantidad debida en billetes de los que circulaban en el territorio dominado por los marxistas; pero no tiene en cuenta el recurrente que la cláusula cuarta del referido contrato de préstamo establece que el pago de capital e intereses se verificará precisamente en oro o plata gruesa, y no es posible estimar que a ella fueran equivalente los billetes rojos consignados por la persona que actuara en nombre del deudor, dada la enorme depreciación alcanzada por el papel moneda circulante en dicha zona y en aquella fecha, precisamente cuando estaba próximo el fin de la guerra, so pena de quebrantar las más elementales normas de la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos, lo que resulta tanto más patente en el caso de autos, en el que se observa que el deudor, para satisfacer un crédito, vencido, sí, pero que nadie le reclamaba, acude a vender una finca a un tercero que se reserva la cantidad para el pago de la deuda y consiguiente liberación de la hipoteca que gravitaba sobre el inmueble, lo que denota el propósito de aprovechar las circunstancias para saldar la deuda con cantidad muy inferior a la que recibiera.

CONSIDERANDO: Que por todo ello no puede sostenerse que la consignación se ajustara a las disposiciones reguladoras del pago, ya que el deudor no consignó papel moneda suficiente para salvar la diferencia de la depreciación de la moneda, ni, por tanto, que el acreedor viniese obligado a recibirla, y por ello no existe la infracción de los preceptos invocados

de acuerdo con la doctrina sostenida por este Tribunal en sus sentencias de 29 de abril y 29 de noviembre de 1946, en la que expresamente se declara que *al pactarse que el pago se verificaría en moneda corriente de oro o plata gruesa fué la intención de los contratantes que se realizase en moneda equivalente a la recibida al celebrarse el contrato de préstamo, y, por ello, la consignación de la cantidad debida en moneda depreciada no es liberatoria, por cuyas razones es procedente la desestimación del recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 ENERO 1950

Competencia—sumisión expresa.

No puede estimarse como sumisión expresa la cláusula impresa que aparece al margen de las facturas, por no estar firmada por el demandado.

Competencia territorial—compraventa mercantil—lugar de cumplimiento.

Es doctrina reiterada por la jurisprudencia de esta Sala que en las ventas mercantiles se presume entregada la cosa vendida en el lugar donde está situado el establecimiento del vendedor, y, por consiguiente, esta localidad es el lugar de cumplimiento de la obligación de pago, según el artículo 1.500 del Código civil, en relación con el 50 del C. de C.

Competencia territorial—compraventa mercantil—giro de letras.

No determinan la competencia las letras giradas por el vendedor al comprador que no son expresivas de un contrato de cambio, sino medio de facilitar el pago.

SENTENCIA 17 ENERO 1950

Arrendamientos rústicos—delimitación de las fincas: Ley 15 marzo 1935.

No pueden confundirse en una sola, por aplicación del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, las fincas que en la demanda se presentaron con precisión como distintas y objetos respectivos de cada uno de los contratos de arrendamiento.

Desahucio—acumulación de acciones—desestimación: por corresponder su conocimiento a Salas distintas del T. S.

Tienen que considerarse aisladas y sin posible acumulación dos acciones de desahucio, acumuladas en la demanda, y cuyo conocimiento corresponde por razón de sus respectivas materias a jurisdicciones distintas, que si en sus primeros grados están ambas atribuidas en su ejercicio a órga-

nos de la ordinaria, en su último grado lo ejercen Salas distintas de este Tribunal.

ANTECEDENTES.—Los demandantes son propietarios de unas parcelas de tierra y un molino harinero, que tienen arrendados al demandado. Se ha formulado demanda de desahucio contra el mismo por falta de pago íntegro de la renta, habiéndose opuesto el demandado alegando que es impropio la acción ejercitada, pues no se trata de desahucio de fincas rústicas sólo, ni de fincas urbanas, sino de ambas cosas a la vez. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando que el conocimiento de la acción de desahucio, en lo que se refiere a la parte rústica, corresponde al Juzgado Comarcal, desestimando el resto de la demanda, habiendo sido apelada ante la A. T., que estimó la demanda en todas sus partes. Se formula recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1, 2, 6 y 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Incompetencia de jurisdicción al conocer y fallar la Sala de lo Civil de la Audiencia, en apelación, de un desahucio de finca rústica de renta inferior a 1.000 ptas.

2.º La sentencia apelada peca del vicio de incongruencia en cuanto el fallo no es concorde con las pretensiones de los litigantes, pues da a la finca objeto del litigio el carácter de rústica, cuando las partes, en sus pedimentos, jamás le dieron este carácter, sino el de unas parcelas de tierra y un molino harinero (industria).

3.º Error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, al considerar las dos fincas objeto de la litis como una sola, que califica de rústica.

4.º Violación, interpretación errónea o aplicación indebida del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, pues la sentencia recurrida declara que se trata de una finca rústica con su vivienda, estableciendo la unidad entre las tierras y la casa en ellas situada, y lo hace al amparo del referido cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida estima ser una sola finca el objeto del arrendamiento estimado también como único, y del desahucio, en contra de los hechos establecidos en la demanda en la que se señalan como objeto del desahucio dos fincas, a las que se nombra y describe como distintas diciendo que son “unas parcelas de tierra” y un “molino”, cuyas respectivas extensiones superficiales se determinan separadamente, para cuyos respectivos arrendamientos se convinieron en dos distintos precios y para cuya constancia se redactaron *dos contratos*.

CONSIDERANDO: Que la afirmación de esa unidad se funda en que, absolviendo el demandado la tercera de las posiciones formuladas para su confesión, confesó “que el molino no funciona desde hace años”, “que lo utiliza de vivienda el confesante” y “que cultiva las tierras que le rodean”, ninguna de cuyas posiciones es contraria a las establecidas en la demanda sobre arrendamiento separado del molino y de unas parcelas de tierra, como tampoco lo es el destino propio del molino, arrendado con esta denominación, y con la condición de pagar el arrendatario *la Contribución Industrial* correspondiente, según afirmación también de los demandantes, que, además, en la liquidación consignada en su demanda, cargan a cuenta de aquél “la Contribución Industrial” de los años 1939, 1942, 1943, 1944 y 1945, lo que demuestra que, aunque el molino no funcionase algunos

de esos años, podía legalmente haber funcionado, puesto que seguía de alta en dicha contribución.

CONSIDERANDO: Que así confundidas con error en una las fincas que en la demanda se presentaron con precisión como distintas y objetos respectivos de cada uno de los dos contratos de arrendamientos al calificar de rústica esa supuesta única finca por aplicación al caso del párrafo primero del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, la sentencia recurrida infringe, aplicándole indebidamente, el citado precepto legal, que dice: "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 en el caso de autos, el molino fué arrendado como tal molino, y de tal manera fué exceptuado que se arrendó con esa denominación y en contrato y con renta distintos de los en que se arrendaron las parcelas de tierra, y en las que tampoco se afirma estuviese enclavado, sino que se le atribuye un rodeo de "panatas de riego", infracciones que, alegadas como motivo del recurso, obligan a dar lugar al mismo, sin necesidad de examinar los demás.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 19 ENERO 1950

Legítima—carácter de los derechos legitimarios.

Los derechos legitimarios del heredero no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, y en tal supuesto su condición jurídica no es la de un continuador de la personalidad jurídica del de "cuius", sino que se asimila, en ese aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación.

Intangibilidad de la legítima—acción de impugnación: legitimación activa.

El heredero forzoso está legitimado para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión.

Intangibilidad de la legítima—acción de impugnación: momento de ejercicio.

Solamente después de haber adquirido la cualidad de heredero forzoso, es decir, sólo después del fallecimiento del causante, puede ejercitarse dicha acción.

Prescripción de acciones—comienzo.

Es un principio fundamental en materia de prescripción extintiva el

de la "actio nata", con arreglo al cual la prescripción de una acción no puede comenzar hasta que la acción haya nacido, principio que se complementa con el de "actio nondum nata non praescribitur".

Casación por infracción de la Ley—incongruencia.

El juzgador puede cambiar el punto de vista jurídico sin incurrir en incongruencia, a condición de que no cambie los fundamentos de hecho de la demanda y reconvencción en su caso, pues como tiene reiteradamente declarado este Tribunal, la norma de congruencia obliga a los Tribunales a no alterar sustancialmente las pretensiones de las partes y a respetar en absoluto los hechos procesales, pero consiente su actuación libre y de oficio en la esfera del Derecho, aplicando la norma jurídica que estimen procedente.

ANTECEDENTES.—Al fallecimiento de su padre, la demandante consigue de los Tribunales de instancia que declaren inexistente por causa de simulación un contrato de compraventa celebrado entre aquél y sus hermanos. En lugar de tal contrato de compraventa, la sentencia de la Audiencia afirma la existencia de un acto de mera liberalidad, susceptible de reducción conforme a las reglas generales de las donaciones. Los hermanos—demandados—recurren en casación.

MOTIVOS.—(Véanse los Considerandos, donde se recogen.)

CONSIDERANDO: Que si en la demanda la parte actora, fundándose en los artículos 1.261 y 1.276 del Código civil—contrato sin causa o con causa ilícita—y 1.276 del propio Cuerpo legal—contrato con causa falsa—, se limitó a pedir la inexistencia del celebrado entre las partes aludidas y su nulidad conforme a los respectivos términos de dichos textos legales, y la sentencia recurrida declara que bajo un contrato simulado de compraventa se encubrió uno real de donación inter vivos, fundado en una causa verdadera y lícita y, por lo tanto, válido, tal diferencia entre la petición y la resolución no puede servir de base a la incongruencia que se denuncia en el primer motivo del recurso, porque del examen comparativo de la demanda y de la sentencia se desprende que los hechos que sirven de fundamento a una y otro, falta del precio de la compraventa y acto de liberalidad del supuesto vendedor en favor de los supuestos compradores, son idénticos, es decir, que el fundamento o razón de pedir de la demanda es el mismo que acepta la sentencia, y esto establecido, la incongruencia no puede producirse, porque la norma jurídica en que la sentencia recurrida se basa, artículo 1.276 del Código civil, en cuanto declara la validez de los contratos fundados en causa verdadera y lícita, no haya sido alegada por el actor como fundamento de sus pretensiones, ya que *el juzgador puede cambiar el punto de vista jurídico sin incurrir en incongruencia, a condición de que no cambie los fundamentos de hecho de la demanda y reconvencción, en su caso, pues como tiene reiteradamente declarado este Tribunal, entre otras, en las sentencias de 9 de diciembre de 1940 y 27 de abril de 1942, la norma de congruencia obliga a los Tribunales a no alterar sustancial-*

mente las pretensiones de las partes y a respetar en absoluto los hechos procesales, pero consiente su actuación libre y de oficio en la esfera del Derecho, aplicando la norma jurídica que estimen procedente, deduciéndose de todo lo expuesto no haberse infringido los artículos 1.261 en relación con el 1.266 del Código civil ni el 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuya violación se denuncia en el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso se funda en que declarándose en la sentencia recurrida la existencia de un contrato simulado de compraventa por falta de causa, que encubre otro real de donación, con causa verdadera y lícita, con lo que se afirma la falsedad de la causa, la acción ejercitada debe considerarse prescrita, con arreglo al artículo 1.301 del Código civil que establece que la acción de nulidad de los contratos fundada en la falsedad de la causa sólo durará cuatro años, debiendo de empezar a correr este tiempo desde la consumación del contrato, y como el de donación, encubierto, según la sentencia, bajo el de compraventa, que se consigna en la escritura pública de 22 de octubre de 1932, tuvo efecto en esta fecha, en que la aceptación de la donación se verificó, quedando por ello consumado el contrato en tal momento, por virtud de lo prevenido en los arts. 623, 629 y 633 del Código civil, el aludido plazo de prescripción había transcurrido, según el recurrente, al interponerse la demanda, que no fué presentada hasta el 29 de octubre de 1942, pero a ello hay que oponer, primero, que *es un principio fundamental en materia de prescripción extintiva el de la "actio nata", con arreglo al cual la prescripción de una acción no puede comenzar hasta que la acción haya nacido, principio que se complementa con el de "actioni nondum notae non praescribitur", y la justicia de cuyos principios es evidente, ya que resultaría absurdo que el no ejercicio de un derecho por un tiempo determinado, fundamento de la prescripción, pudiera invocarse contra el titular, antes de que tal derecho y la consiguiente acción para su defensa hubieran nacido, y como aquí la demandante, doña S. L. L., ejercita la acción de impugnación del contrato, origen del pleito, fundándose en su cualidad de heredera forzosa de don A. L. M., es visto que solamente después de haber adquirido tal cualidad, es decir después del fallecimiento del causante, pudo haber ejercitado dicha acción;* segundo, porque si bien es cierto que conforme al artículo 1.257 del Código civil los contratos producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos y que por virtud de los artículos 657 y 661 del Código civil los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y los herederos suceden al difunto por tal hecho solamente en todos sus derechos y obligaciones, no puede deducirse de aquí que el tiempo transcurrido desde la consumación del expresado contrato de donación hasta la defunción del contratante y causante de la actora con la inscripción de tal defunción en el Registro civil, como expresa la sentencia recurrida, deba de ser tenido en cuenta para la prescripción de la acción ejercitada y perjudique a su heredera, cuya personalidad es distinta de la de su causante y no puede confundirse con ella para este efecto, porque *como resulta de lo declarado por este Tribunal en sus sentencias de 11 de octubre 1943 y 12 de abril de*

1944, el hecho de la sucesión, con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación puedan resultar afectados los derechos legítimos de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del "cuius", sino que se asimila, en ese aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al derecho y la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión, razones todas que exigen la desestimación del segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 ENERO 1950

Procesal—inadmisión de prueba: arts. 566 y 567 Ley Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que fundado el recurso en el hecho de haberse admitido prueba a la parte contraria, basta para su desestimación tener en cuenta que el recurrente olvida, con olvido inexcusable, que el art. 566 de la Ley procesal no es a las partes, sino al Juez, a quien conc^ede la facultad de repeler o admitir las pruebas; y que, el artículo siguiente al citado, prescribe, de modo absoluto, que, contra las providencias en que se otorgue cualquier diligencia de prueba, no se dará recurso alguno.

SENTENCIA 25 ENERO 1950

Procesal—inadmisión de prueba: arts. 566 y 567 Ley Enjuiciamiento civil.

Lugar de entrega—necesidad de su demostración.

Procesal—competencia: letra de cambio como indicadora del lugar del cumplimiento del contrato.

CONSIDERANDO: Que ejercitada en la demanda una acción de carácter personal para exigir el pago de 32.988,10 pesetas, resto del precio de venta de papel y cartulinas, corresponde el conocimiento de la referida reclamación al Juzgado requirente; porque si bien tiene proclamado la jurisprudencia de esta Sala que, cuando la mercancía se expide desde el domicilio del vendedor al del comprador por cuenta y riesgo de éste, se entiende entregada en el punto en que se expidió, y en él debe realizarse el pago, también tiene declarado que, tan esencial extremo, ha de acre-

ditarlo *quien lo alegue*, lo que no acontece en el presente caso; porque aunque así consta de la factura presentada con la demanda, como no está firmada por el demandado, y en la que éste acompañó con el escrito promoviendo la inhibitoria que le fué remitida por el vendedor, no se expresa que el envío se hiciera con tal condición, es visto que la mercancía debe entenderse entregada en el lugar de su destino, y es en él donde también debe cumplirse el contrato, según doctrina de este Tribunal Supremo.

CONSIDERANDO: Que si a lo expuesto se agrega que en ambas facturas existe plena conformidad en que el pago había de verificarse en letras escalonadas, y que el demandado aportó a los autos dos que se hicieron efectivas en su domicilio, es claro que se llega a la misma conclusión porque *es doctrina de esta Sala—Sentencia de 29 de septiembre de 1939—que la regla de jurisprudencia que atribuye a la letra de cambio el concepto de mera facilidad de pago, admite por excepción los casos como el presente; porque en tales supuestos la cambial queda incorporada al contrato de que forma parte integrante, e implica el acuerdo de los contratantes en la designación del lugar en que debe ser pagado el precio*, y por tanto, la preferente competencia de aquél para conocer del litigio, conforme a lo prevenido en los párrafos primeros de los arts. 1.171) y 1.500 del Código civil.

SENTENCIA 27 ENERO 1950

Procesal—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: ámbito.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida declara la existencia de un subarriendo, celebrado por el arrendatario sin consentimiento del arrendador y el recurso se funda en que lo que se estima por la sentencia como subarriendo, no tiene tal carácter, por ser claramente una relación de mera convivencia, permitida por la ley, dado el número de personas que conviven y así se deduce, según el recurrente, de los testimonios de las actuaciones de juicios de faltas, que cita en el recurso, de cuyo resultado la sentencia prescinde no dando a dichos testimonios la eficacia de documentos públicos y solemnes que tienen las actuaciones judiciales de toda especie, conforme al número séptimo del art. 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que considera infringido, pero la infracción denunciada, caso de existir, *constituiría un error en la apreciación de la prueba, que podría dar lugar a un recurso por injusticia notoria, al amparo de la causa cuarta del art. 169 de la Ley de Arrendamientos urbanos, pero no constituye el quebrantamiento de ninguna formalidad esencial del juicio en que el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma ha de basarse, conforme previene el art. 172 de la expresada Ley*

SENTENCIA 31 ENERO 1950

Recurso de casación: estimación del mismo.

Apareciendo como cierto el hecho de que al presentarse la demanda había transcurrido el término de caducidad fijado en la ley para su interposición, y no impugnadas las declaraciones de la Sala de instancia en que así se afirma, se impone la desestimación del recurso, haciéndose innecesario entrar al examen de los motivos en él invocados, porque, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, no cabe estimar un recurso de casación cuando impugnada la sentencia por varios de sus fundamentos no se combate por otro que por sí solo basta para mantener la subsistencia de la misma.

SENTENCIA 14 FEBRERO 1950

Arrendamientos urbanos—ámbito de la legislación común en cuestiones arrendaticias—procedencia de la apelación—competencia de la Audiencia.

No mencionándose en la Ley de Arrendamientos urbanos como causa de rescisión del contrato el destino del inmueble a usos distintos de los pactados, ni regulada la indemnización de daños y perjuicios, salvo cuando furen causados dolosamente, aparecen comprendidas ambas cuestiones en el ámbito de la legislación común.

ANTECEDENTES.—Presentada demanda solicitando rescisión del contrato de arrendamiento por cambio de destino de la cosa arrendada e indemnización de daños por los producidos a causa del mal uso de la misma, el Juez de primera instancia dictó sentencia estimando dichas peticiones. Interpuesta apelación ante la Audiencia Territorial, se suspendió el término para dictar resolución y a los efectos prevenidos en el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento civil se mandó oír al Ministerio Fiscal, el cual evacuó el trámite y basó su dictamen en que se habían acumulado en el juicio dos acciones incompatibles, y de conformidad con él, la Audiencia dictó auto absteniéndose del conocimiento de la apelación promovida por estimarse incompetente por razón de la materia litigiosa, declarándose la nulidad de lo actuado desde la admisión del recurso y previniendo a las partes interesadas que podían hacer uso de los derechos que les asistieran ante quien correspondiese. Se interpone recurso de casación por el demandado, vencido en primera instancia, por el siguiente

MOTIVO.—Fundado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por incurrir el auto recurrido en defecto de jurisdicción al dejar de conocer la Sala de instancia del recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia de primera instancia, cuando tenía el deber legal de conocer y resolver sobre la misma.

CONSIDERANDO: Que si bien en la demanda inicial de los autos se invocó, entre otros fundamentos de Derecho, el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, es lo cierto que antes de dar traslado de dicha demanda

y publicada con posterioridad a la presentación de la misma la Ley de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, el actor, al interesar que continuase la tramitación, invocó, entre otros preceptos de dicha Ley, el artículo 180—hoy 181, en virtud de la reforma introducida por la Ley de 21 de abril de 1948—, y suplicó en su nuevo escrito que se tuviese por ratificada la demanda y ampliada con los indicados fundamentos legales.

CONSIDERANDO: Que según aparece de los términos de dichos escritos y del de contestación del demandado *una y otra partes estuvieron conformes en que las dos cuestiones planteadas—resolución del contrato por destinar la cosa arrendada a usos distintos de los pactados e indemnización de daños y perjuicios—se sustentasen por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil para el juicio ordinario, y no mencionado en la Ley de Arrendamientos urbanos como causa de resolución el destino del inmueble a usos distintos de los pactados, ni regulada tampoco en esta última citada Ley la indemnización de daños y perjuicios—salvo cuando fuesen causados dolosamente, supuesto que no es del litigio—, aparecen como comprendidos en el ámbito de la legislación común los dos temas objeto del pleito; de donde se sigue que la Sala de instancia no debió abstenerse del conocimiento del mismo, sino, por el contrario, y ajustándose a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil, dictar su fallo decidiendo la apelación interpuesta.*

FALLO.—Ha lugar. Se revoca el auto de la Audiencia y se declara que es competente para conocer de la apelación interpuesta.

SENTENCIA 22 FEBRERO 1950

Cumplimiento pactos conciliación—nulidad: plazo.

La acción para impugnar de nulidad el convenio de conciliación no basándose en defectos procesales, sino sustantivos, se puede ejercitar dentro del plazo de cuatro años que señala el artículo 1.301 del C. c. para la acción de nulidad de los contratos.

ANTECEDENTES.—Se desprenden del primer considerando.

Recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º, 3.º y 7.º del art. 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º a) Aplicación indebida e interpretación errónea de los arts. 1.254, 1.255, 1.256 y 4.º del C. c., ya que los que intervinieron en la conciliación y pactaron lo hicieron por ellos, sin que justificasen la cualidad de herederos ni tan siquiera la representación de los que en realidad lo eran.

b) Aplicación e interpretación errónea del art. 477 de la L. E. C., al reconocer el fallo recurrido la validez del acto de conciliación por cuanto se refiere a las partes que intervinieron en él.

2.º Infracción del art. 359 de la L. E. C., pues el fallo recurrido no contiene declaración alguna sobre la pretensión deducida por el recurrente al contestar a la demanda.

3.º Error de derecho en la apreciación de la prueba, habiéndose in-

fringido los arts. 1.276 y 1.253 del C. c., al no tenerlos en cuenta el Tribunal "a quo" en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que en la demanda originaria de esta cuestión litigiosa se pide el cumplimiento de todos y cada uno de los pactos, compromisos y obligaciones que se estipularon en el acto de conciliación celebrado en el Juzgado de A. en cuatro de noviembre de 1941 y habiéndose opuesto a ello los demandados que comparecieron; la parte actora, para enervar tal oposición, alegó que por haberse dejado pasar con exceso el plazo de ocho días señalado por la ley había prescrito la acción para impugnar lo convenido, y tenida en cuenta esta alegación por la Sala sentenciadora, el recurrente, en el primer motivo de su recurso, denuncia aplicación e interpretación errónea del artículo 477 de la Ley procesal, cuestión que hay que examinar en primer término, toda vez que su solución en el sentido pretendido por el actor haría innecesario entrar en el fondo del litigio.

CONSIDERANDO: Que si bien el artículo 477 de la Ley procesal prescribe que la demanda en que se ejercite acción de nulidad contra lo convenido en el acto de conciliación deberá interponerse dentro de los ocho días siguientes a la celebración del acto, reiteradas declaraciones de esta Sala han interpretado dicho artículo en el sentido de que tal plazo no es aplicable a todos los supuestos de anulación del convenio, y así en la sentencia de 8 de febrero de 1905 se dice que contra lo convenido en acto de conciliación pueden ejercitarse las acciones que para la rescisión y nulidad de las obligaciones concede el Derecho civil, sin que a ello se oponga el término de ocho días que fija el párrafo segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento civil para reclamar la nulidad del acto de conciliación, porque *esta nulidad debe entenderse limitada a los casos en que se haya faltado a las condiciones o solemnidades exigidas por la ley ritual para su celebración, pero nunca extensiva a los demás vicios y causas que puedan anular lo convenido, y adoptado este criterio, es obligado declarar en este caso que la acción para impugnar de nulidad el convenio de conciliación, no basándose en defectos procesales, sino sustantivos, ha podido ejercitarse dentro del plazo de cuatro años que señala el artículo 1.301 del Código civil para la acción de nulidad de los contratos y, por tanto, no ha prescrito.*

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 1 MARZO 1950

Casación—quebrantamiento de forma—Ley de Justicia Municipal

No infringe la norma c), Base X, de la Ley de Justicia Municipal el Juez "a quo" al desestimar la pretensión de la recurrente para que por la vía diplomática se librase exhorto al Paraguay a fin de recibir confesión a la actora.

ANTECEDENTES.—La actora, propietaria de una finca urbana, tenía

arrendado el piso segundo de dicha finca a la demandada, la cual lo había subarrendado a una tercera persona, sin contar con la demandante y con la prohibición impuesta en el contrato. El juzgado Municipal y el de Primera Instancia estimaron la demanda. Se ha interpuesto recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, comprendido en el artículo 172 de la L. A. U.

MOTIVO ÚNICO.—La demandada solicitó la confesión judicial de la demandante, medio de prueba que no había por qué negar, conforme al artículo 579 de la L. E. C., que completa la de Justicia Municipal.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a lo estatuido en la modificación de la norma c), Base X, de la Ley de Justicia Municipal vigente, sólo en casos muy justificados podrá otorgarse el término extraordinario de prueba, y no exceder, cuando se otorgue, de treinta días; sin que en su virtud el Juez "a quo", al desestimar la pretensión de la recurrente para que por la vía diplomática se librase exhorto al Paraguay a fin de recibir confesión a la actora, haya incurrido en el quebrantamiento de la norma referida; porque al denegarla, el juzgador hizo uso de la facultad que aquélla le concede, y tuvo en cuenta, sin duda, la imposibilidad de que pudiera llevarse a cabo dentro del perentorio plazo indicado; pero aunque así no fuera, el recurso tampoco podría prosperar con el apoyo de tal motivación, por cuanto hartamente notorio es que en esta clase de recursos no cabe invocar infracciones consentidas, y en el presente caso no sólo no se formuló protesta alguna, sino que se accedió a que prestara confesión la administradora de la demandante, facilitándose el acuerdo de tal diligencia con la presentación por la recurrente del oportuno pliego de posiciones.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 MARZO 1950

Patria potestad—carácter.

La patria potestad, estatuida en el moderno derecho en beneficio de los hijos como potestad exclusiva del padre mientras éste no incida en causa legal que justifique que de ella haya de ser privado de modo temporal o definitivo, se integra por un contenido de facultades y deberes para el bien de los menores no emancipados, y entre los que se encuentra el derechos, que es a la vez obligación, de alimentarlos, tenerlos en su compañía y educarlos e instruirlos, de lo que es consecuencia que sólo como excepción disponga la Ley que puedan estar en poder de la madre.

Derecho del padre a reclamar, cuando cumplan tres años, la entrega de los hijos depositados en poder de la madre.

La situación impuesta por el artículo 1.887 de la L. E. C. puede ser alterada discrecionalmente por el Juez cuando sobrevengan circunstancias

que indiquen la procedencia de hacerlo en interés de los menores; una de las cuales es el cumplimiento de la edad de tres años de los que hayan quedado al cuidado de la madre.

ANTECEDENTES.—Surgidas desavenencias en cierto matrimonio, se llegó a la separación de hecho; la esposa entabló ante la Curia Diocesana demanda de divorcio por sevicias, poniéndose al cuidado de la misma los hijos del matrimonio, todos los cuales eran menores de tres años; durante la tramitación del proceso, el hijo mayor cumplió tres años, y el padre reclamó su entrega, interponiendo demanda ante la negativa de la esposa; el Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda; se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS.—Primer.—Aplicación indebida de los arts. 70 y 73 del Código civil e interpretación errónea y violación del 68 del mismo, y del 1.887 L.E.C.; los artículos 70 y 73 no son aplicables al caso y sí el de la Ley de E. C., que impide toda alteración en la situación por él impuesta mientras no recaiga sentencia en el pleito de divorcio.

Segundo.—Abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, ya que por su conexión y accesoria con la causa eclesiástica debió conocer en este asunto la jurisdicción de la Iglesia (canon 1.961 C. i. c.).

Tercero.—Existencia de atentado pendiente la causa de separación (cánones 1.854 y 1.855).

CONSIDERANDO: Que la patria potestad, estatuida en el moderno derecho en beneficio de los hijos como potestad exclusiva del padre mientras éste no incida en causa legal que justifique que de ella haya de ser privado de modo temporal o definitivo, se integra por un contenido de facultades y deberes para el bien de los menores no emancipados, y entre los que se encuentra el derecho, que es a la vez obligación, de alimentarlos, tenerlos en su compañía y educarlos e instruirlos, según está dispuesto expresamente por el artículo 155 del Código civil en su número primero.

CONSIDERANDO: Que de este efecto de la patria potestad atribuida al padre es consecuencia que, sólo como excepción, exigida por la evidente necesidad de que cuando la edad de los hijos sea tal que su separación de los cuidados de la madre pueda redundar en su perjuicio, y en atención a otras circunstancias que por la misma razón aconsejen acuerdo distinto, dispone el artículo 1.887 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en la anormalidad y suspensión de la conveniencia de los cónyuges que sigue al intento de la mujer de obtener el divorcio, ha de mandar el Juez que queden en poder de la madre los que no tuvieran tres años cumplidos, y en poder del padre los hijos que pasasen de esta edad, hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda; situación que lejos de ser inalterable puede ser alterada discrecionalmente por el Juez cuando sobrevengan circunstancias que indiquen la procedencia de hacerlo en interés de los menores; una de las cuales es el cumplimiento de la edad de tres años de los que hayan quedado al cuidado de la madre, siendo doctrina declarada por esta Sala, entre otras sentencias, en las de 13 de febrero de 1909 y 20 de noviembre de 1912, que asiste al padre

el derecho a reclamar a sus hijos mayores de la indicada edad, constante el depósito, en juicio declarativo de mayor cuantía, si la madre se niega a entregarlos.

CONSIDERANDO: Que esta doctrina, en armonía con el sentido claro del artículo 1.887 de la Ley procesal, e inequívocamente complementaria del 68 del Código civil, y en modo alguno contradictoria de lo prevenido en los artículos 60 y 63 del mismo cuerpo legal sustantivo para supuestos distintos de la que la presente resolución se contrae, como lo son los de nulidad, ejecutoriada, del matrimonio, y de divorcio al que se haya dado lugar en sentencia, hace desestimable el primero de los motivos del recurso, en el que, amparándose en el número primero del artículo 1.692 de la Ley rituaría, se acusa a la sentencia recurrida de infringir los preceptos que antes se citan, razonando sobre ellos para deducir la equívoca opinión de que la guarda del hijo de que se entregó a la madre, por ser menor de tres años, es inmovible hasta que recaiga sentencia de divorcio.

CONSIDERANDO: Que tampoco es estimable el segundo motivo, fundado en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, con cita de diversos cánones del Código de Derecho canónico, y de los artículos 80 y 81 del Código civil, para alegar la incompetencia de jurisdicción que por razón de la materia imputa a los Tribunales civiles para el conocimiento del asunto en el que ha recaído la sentencia que combate, porque aparte de adolecer de novedad esta cuestión, no propuesta en momento alguno del juicio, basta tener en cuenta la doctrina consignada en el considerando que a este precede, y el sentido de los artículos que el propio recurrente cita, para que quede evidenciada la inconsistencia de su alegación ante la razón de que *si como establece el artículo 67 del Código civil los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio o divorcio sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios, con mayor motivo han de corresponder a éstos las medidas provisionales que como propias de la jurisdicción voluntaria, se previenen y regulan por la Ley procesal civil*, siendo en este sentido disposición terminante la que contiene el precitado artículo 81 del Código.

CONSIDERANDO: Que por iguales razones se ha de rechazar el tercer motivo, puesto que en él, acogándose al mismo número del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, se insiste en el supuesto de infracción del artículo 80 del Código civil y de los cánones que cita para sostener su pretensión de que se estime que pendiente la causa de divorcio ante la jurisdicción sólo a ésta incumbe innovar la situación de hecho o de derecho de los hijos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 DE MARZO 1950

Nulidad de matrimonio—intimidación—mediante amenaza de ejercicio de un procedimiento judicial.

Para que el ejercicio de este medio intimidatorio sea justo, no basta con que el que lo utilice tenga derecho a hacer lo que anuncia, sino que con la amenaza pretenda obtener lo que conseguiría también mediante el proceso judicial.

ANTECEDENTES.—La demandante contrajo con el demandado, en 1934, matrimonio civil, bajo la coacción de su familia, manifestada de varias formas, entre ellas, con la amenaza de un procedimiento judicial para declararla pródiga, procedimiento con probabilidades de éxito por la conducta dilapidadora de la demandante, y por ser parte en la amenaza un tío suyo, abogado y con gran práctica en estos asuntos. Celebrado el matrimonio civil, la demandante se negó a celebrar el canónico por escrúpulos de conciencia; los cónyuges se separaron a los pocos meses, y, años después, la esposa entabló demanda pidiendo la nulidad del matrimonio; el esposo no compareció, oponiéndose el Ministerio Fiscal. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. La demandante interpuso recurso de casación.

MOTIVOS.—Único. Infracción de los artículos 1.265 y 1.267 en relación con el 101, segundo, del Código civil y de doctrina legal: Según la sentencia recurrida, la amenaza de ejercicio de un procedimiento judicial no es causa de intimidación por tratarse del ejercicio de un derecho; pero la Ley no distingue, y lo que procede es seguir una técnica casuística, vistas las circunstancias de cada caso.

CONSIDERANDO: Que en el único motivo del recurso, que está comparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley ritual civil, dirige el recurrente su argumentación a combatir la apreciación hecha por el juzgador, que es base del pronunciamiento recurrido, sobre la intimidación que produce la amenaza de entablar un procedimiento judicial de incapacidad en relación con la fuerza coactiva ejercida sobre la actora por tal medio con eficacia bastante para anular la libertad de su consentimiento en la celebración del matrimonio civil, cuya nulidad por este vicio esencial es el objeto de la demanda formulada, y esta "*quæstio juris*", que es el criterio formado por el juzgador, deducido de la lógica valoración de los hechos que la originan (*quæstio facti*) es incuestionable que puede ser examinada por esta Sala al amparo del número primero citado, del artículo 1.692 de la Ley procesal, por tratarse de la estimación de un concepto jurídico, como con reiteración viene enseñando la doctrina jurisprudencial, entre otras, en la sentencia de 18 de febrero de 1944.

CONSIDERANDO: Que la fuerza coactiva de la amenaza de promover un procedimiento judicial contra la persona a quien se pretende intimidar, que es precisamente el único medio que se ha utilizado en el caso presente para producir el vicio del consentimiento que se denuncia, ha de ser en cada caso cuidadosamente examinada por los Tribunales, por revestir su empleo aspectos y matices muy diversos que modifican su eficacia frente a los términos con que configuran la intimidación los párrafos segundo

y tercero del artículo 1.267 del Código civil, porque si bien en ciertas ocasiones el ejercicio de aquella facultad es justo y legítimo por constituir un derecho de quien anuncia su utilización, que por una u otra vía pretende obtener lo que le es debido, en otras se convierte un verdadero chantaje con transcendencia notoria en distinta esfera jurisdiccional; y si a veces la persona amenazada, es por su carácter, sexo, condición, edad o profesión capaz de resistir la amenaza, venga de quien viniere, en otras estas mismas circunstancias, al recaer sobre personas débiles, incultas, inexpertas o desamparadas hacen presumible la eficacia de la coacción, máxime si quienes la ejercen aparecen con su calidad y condiciones en situación de llevarla a cabo con ventaja; por lo cual, la apreciación de esta modalidad de fuerza intimidativa no puede constituirse a modo de criterio general, sino específica consideración en cada supuesto como lo revela la doctrina de esta Sala, expuesta en sus sentencias de 12 de febrero y 16 de diciembre de 1915, citadas en la recurrida como refuerzo de su fundamentación, que en virtud de lo expuesto ofrecen demostración inversa de la pretendida, y además, como de modo incidental se aludió anteriormente, *para que el ejercicio de este medio intimidatorio sea justo no basta con que el que lo utilice tenga derecho a hacer lo que anuncia, sino que es preciso que con la amenaza pretenda obtener lo que conseguiría también mediante el proceso judicial, con que intenta intimidar, por lo que habrá de reputarse injusto tal ejercicio cuando con la amenaza de un procedimiento judicial lesivo para la persona o los bienes del amenazado se procura forzar el consentimiento para otorgar un contrato, y con mayor razón si de contraer matrimonio se trata, que con el dicho procedimiento judicial no podría en modo alguno obtenerse.*

CONSIDERANDO: Que por aplicación de lo que queda expuesto al caso objeto de este litigio, es inexcusable reconocer la eficacia de la coacción ejercida sobre la actora, hoy recurrente, para viciar su voluntad en la expresión de su consentimiento en el matrimonio civil que con don A. S. G. contrajo, porque el daño con que se le amenazaba era grave no sólo en cuanto a su persona por la *capitis diminutio* de su personalidad jurídica en virtud de la declaración de prodigalidad, sino también, respecto de sus bienes, por la consecuencia de producir la anulación de su facultad de disposición; situación que, además de vejatoria, no aparece justificada; por otra parte, quienes formulaban la amenaza eran su padre, que por serlo, y en el ejercicio de su autoridad, había de pesar en el ánimo de la hija; y su tío carnal, que por su profesión gozaba de reconocida competencia el conocimiento y tramitación de tales procesos, frente a la amenaza que, aunque acabara de entrar en la mayoría de edad, al fin era mujer y, desamparada por la confesada hostilidad de su madre y hermanos, elementos todos que vienen a integrar los requisitos fundamentales que la jurisprudencia (sentencia entre otras, de 28 de octubre de 1947) en armonía con lo que se establece en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.267 del Código civil, exige para que la intimidación vicie el consentimiento y produzca la anulación del contrato, como son el empleo de la amenaza de un daño inminente y grave, la

cual revista carácter antijurídico, y que sea capaz, por las circunstancias en que se produce, de disminuir la facultad volitiva, determinando una declaración de voluntad distinta de la querida por el otorgante, dando lugar así al nexo causal entre la fuerza coactiva y el acto viciado de nulidad del intimidado.

CONSIDERANDO: Que en méritos de todo lo que anteriormente queda consignado, y por haber procedido el Tribunal a que erróneamente en la interpretación de los elementos aducidos al pleito, en relación con el alcance que la doctrina jurisprudencial viene dando al precepto contraído en el artículo 1.267 del Código civil, es notorio que debe estimarse la procedencia del recurso formulado.

FALLO.—Ha lugar; en su segunda sentencia, el Tribunal Supremo declara nulo el matrimonio, basándose en los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que probada por la certificación pertinente del Registro civil, aportada a los autos por providencia para mejor proveer, la existencia del matrimonio civil contraído entre la actora y el demandado, sin que coste que ni antes ni después se hubiere celebrado entre ambos el canónico, es indudable que la declaración de nulidad del vínculo conyugal que se solicita corresponde a esta jurisdicción ordinaria civil, y ha de someterse a los preceptos consignados para el caso en el Código civil.

CONSIDERANDO: Que conforme a lo dispuesto en el número segundo del artículo 101 del Código civil, son nulos los matrimonios civiles contraídos por coacción o miedo grave que vicie el consentimiento, y relacionado el concepto de coacción con la norma que establece en los párrafos segundo y tercero del artículo 1.267 del mismo Cuerpo legal, claramente se infiere que la intimidación o coacción ha de ser ocasionada por el temor racional y fundado por el coaccionado, y alegando en estos autos sin que conste prueba en contrario que la actora se vió obligada a contraer matrimonio civil con el demandado, don A. S. G., por el temor que le produjo verse amenazada por su padre y su tío carnal de interponer contra ella, si no efectuaba tal matrimonio, un procedimiento judicial de incapacidad personal por prodigalidad; amenaza a la que en el presente caso hay que conceder la gravedad y alcance que en la sentencia de casación se consignan lo que obliga a estimar el vicio del consentimiento con que la actora contrajo aquel matrimonio, el cual, y por adolecer del defecto citado, ha de ser declarado nulo con arreglo al ya referido número segundo del artículo 101 del Código civil.

SENTENCIA 21 MARZO 1950

Civil—fuerza mayor.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se apoya en dos fundamentos: el primero es que los cirujanos demandados incumplieron el

contrato que concertaron con la operada recurrente, y el segundo que aquéllos incidieron en culpa civil en los dos aspectos, contractual y extracontractual, porque el convenio que celebraron era de una operación de cirugía estética con el fin de rectificar defectos corporales de forma, con lo que tiene más aspecto de contrato de obra que de arrendamiento de servicios, y no dió el fin de embellecimiento que se perseguía; pero esto no es imputable a los médicos, pues la sentencia recurrida tiene reconocido respecto a lo que puede ser fundamento de la responsabilidad que se trata de hacer efectiva, y como cuestión de hecho que no se ha logrado desvirtuar, según se sienta en el considerando tercero de esta sentencia, que la operación fué correctamente ejecutada, y si no produjo el resultado apetecido fué por una infección, que no puede atribuirse a descuido de los demandados, y de esto deduce acertadamente, ya como cuestión jurídica que no había responsabilidad para los demandados por faltar base para apreciar culpa contractual ni extracontractual, y si en efecto el contrato quedó incumplido fué por un suceso no imputable a los demandados, de lo que resulta evidente que la sentencia no infringe en forma alguna los artículos que se citan en este motivo, *y encaja el caso de autos en el artículo 1.105 del Código civil, aunque no le mencione, pues no puede admitirse la teoría del recurrente de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir brota en el acto la responsabilidad, ya que ésta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este caso no es imputable a los médicos.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 MARZO 1950

Civil—situación de precario—sus caracteres.

Procesal—respeto a los hechos probados, mientras no sean eficazmente combatidos en casación.

Procesal—proceso de desahucio por precario—su ámbito—casos en que debe utilizarse el procedimiento ordinario.

Procesal—recurso de casación—cauce para el recurso por error en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que para determinar la situación jurídica en que la recurrente viene ocupando el local de autos, cuestión que plantea el motivo primero del recurso, debe partirse de los hechos que estima como ciertos y probados la sentencia recurrida de que la actora tiene inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad la finca a que se refiere la demanda, la cual fué arrendada en 1935 a Don G. G. bajo condición consignada en la cláusula cuarta del contrato de que para subarrendarla necesitaba el consentimiento escrito del propietario, y que sin éste y sin

que se haya determinado con exactitud desde qué fecha ni si ha sido en concepto de arrendamiento, cesión o traspaso, fué ocupado el local con su industria por Don F. C.; no obstante lo cual seguían extendiéndose los recibos de los alquileres a nombre del arrendatario, Sr. G., quien en 17 de mayo de 1947, rescindió por carta el contrato de inquilinato con devolución del documento a la propietaria, y en 23 del propio mes y año se constituyó por el citado F. C. y otros una Compañía mercantil anónima, que había de girar con la denominación social "Vulcanizados C.", aportando a la misma el local objeto del litigio, *que le está ocupando sin tener celebrado contrato con la actora ni pagarle cantidad alguna por su utilización, de cuyos hechos resulta la evidencia de la condición de precarista de la sociedad recurrente, como lo ha determinado la jurisprudencia de esta Sala más concretamente en las sentencias de 23 de noviembre de 1946 y 4 de noviembre de 1947; pues se dan en el caso de autos todos los caracteres de esa institución de ocuparse la finca sin título que pueda oponerse al dueño para disfrute, ya que no lo es el arrendamiento otorgado a Don G. G., según se hace constar en el considerando siguiente, y la disfruta el demandado sin pago de merced y por mera tolerancia del dueño desde que se rescindió el contrato de arrendamiento en 17 de mayo de 1947, sin que sea lícito alegar hechos contrarios a los admitidos por la Audiencia como hace la recurrente para negar tal carácter de precarista diciendo que la propietaria ha percibido directamente de F. C. el pago de las rentas.*

CONSIDERANDO: Que no es aplicable al presente pleito como pretende ese mismo motivo primero para enervar la acción de desahucio, *la jurisprudencia, que ha declarado que la complejidad de relaciones jurídicas entre las partes en cuanto a la propiedad de la finca, objeto de estos juicios, no pueden ser decididas en ellos y deben discutirse en el adecuado procedimiento ordinario, porque a la realidad del precario base de la acción ahora ejercitada no se opone un título de consistencia, pues, ni constan los términos ni naturaleza del contrato entre los Sres. G. G. y F. C., ni puede admitirse que por la sola voluntad de éstos y en contra de la manifestada en la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento, quede obligada con la recurrente, "Vulcanizados C.", la propietaria del local arrendado, según doctrina de la sentencia de 6 de febrero de 1948.*

CONSIDERANDO: Que no puede impugnarse la valoración de la prueba en la forma que lo hace el motivo segundo del recurso al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *pues el cauce legítimo para ello es el número siete del mismo, ésto, además de que tal estimación se ajusta a los artículos que el recurrente cita, y por consiguiente, no están infringidos, y no hay la disconformidad que apunta el recurso entre el resultado de la prueba que admite la sentencia y su fallo; pues es inexacto que acepte el resultando de hechos probados, penúltimo de la sentencia del Juzgado, según sostiene el recurrente, por todo lo cual no son de estimar ninguno de los dos motivos del recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 MARZO 1950

Causa y motivos del negocio.

La doctrina jurisprudencial proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio.

Donación—ilicitud de causa por violar la legítima.

En el propósito que domina una donación; de burlar los derechos legitimarios de los demás herederos forzosos, se ha de ver la causa que domina y da razón de ser al contrato, y procede calificarla de ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del C. c., ya que contraría la prohibición legal enervada a velar por la defensa de la legítima.

Prueba de presunciones—impugnación de la deducción hecha por la Sala.

El enlace preciso y directo entre los hechos probados y la deducción que de los mismos deriva la Sala es de la apreciación de la misma, y solamente puede ser impugnada en casación cuando tal deducción no sea la obra de un raciocinio lógico y en armónica conexión y congruencia con los hechos que la hayan servido de antecedentes, sino que por el contrario resulte absurda, ilógica e inverosímil.

Congruencia.

La adecuación entre las pretensiones de las partes y la sentencia hay que referirla a la parte dispositiva de ésta y no a sus considerandos.

ANTECEDENTES.—Un testador legó a una hija suya, con la que había vivido últimamente, varias fincas, que cubrían casi íntegramente el valor de los tercios libre y de mejora; el mismo día, le vendió otras dos fincas, cuyo precio confesó el vendedor haber recibido. Muerto el testador, otro de sus hijos demandó a la legataria y compradora, y a su esposo, solicitando se declarase la nulidad de la venta por haber tenido como único fin dejar a la demandada más bienes de los que la Ley permitía, violando así las legítimas de los demás hijos. Los demandados alegaron tener concertada la venta hacía tiempo, sirviendo la finca de pago a determinadas deudas del testador, y a servicios prestados por los demandados; además, alegaron que si el contrato no pudiera valer como venta, valdría como donación, al amparo del artículo 1.276 del C. c. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda. Los demandados interpusieron recurso de casación.

MOTIVOS.—Primero. Infracción de los artículos 1.214 y 1.218 del Código civil: No se probó la supuesta simulación.

Segundo. Infracción de los artículos 657, 667, 686, 694 y 348 del Código civil: La sentencia desconoce la libre facultad dispositiva, inter vivos y mortis causa, aneja al dominio.

Tercero. Infracción de los artículos 1.254, 1.258, 1.261, 1.445 y 1.450,

en cuanto que la sentencia no aprecia la validez de la venta, dándose todos los requisitos de la misma; de los 1.250, 1.232, 1.215 y 1.249, al admitirse, contra la prueba documental y de confesión, la de presunciones basadas en meras sospechas.

Cuarto. Error de hecho y de Derecho en la apreciación de la prueba.

Quinto. Lo mismo que el anterior, y, además, infracción de los artículos 1.274, 1.275 y 1.277 del Código civil.

Sexto. Infracción de los artículos 1.273 y 1.445 del C. c.: En la compraventa, no se necesita justificar los motivos.

Séptimo. Infracción del artículo 1.275: El no conocerse la fecha del convenio originario de venta no puede indicar falta de causa.

Octavo. Infracción del artículo 1.276, en relación con los 618, 623, 628 y 636, y con los 819 y 820 del C. c.: Si no se puede apreciar venta, se debe apreciar donación, y la causa de ésta es la mera liberalidad del bienhechor; a lo sumo la donación podía ser inoficiosa, pero no nula. Además, la sentencia infringe el artículo 359 de la L. E. C., al no resolver sobre la reconvencción, en que los demandados pedían se declarase la validez de la donación.

Noveno. Infracción de los artículos 1.261 y 1.276 del C. c.: El demandante no probó la ilicitud de la causa de la donación.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida como resultado de los hechos que declara probados, llega a establecer la presunción de que en el contrato consignado en la escritura pública de 6 de septiembre de 1943, por el que don G. P. G. aparece vendiendo a su hija, doña R. P. F. las fincas descritas en el hecho segundo de la demanda no existió precio, y *tal presunción solamente puede ser impugnada en casación demostrando que los hechos que la sirven de base no son ciertos por haber sido establecidos con error de hecho o de derecho por la Sala sentenciadora, o que siéndolo no se puede aceptar la consecuencia que de tales hechos deduce, por no existir entre aquéllos y ésta el enlace preciso y directo, que conforme a las reglas de criterio humano debe darse, conforme a lo prevenido en el artículo 1.253 del Código civil, para que las presunciones no establecidas por la Ley sean apreciables como medios de pruebas.*

CONSIDERANDO: Que la parte recurrente, en lugar de justificar el error de hecho en que la Sala de instancia haya incurrido en la apreciación de las pruebas, por medio de actos o documentos auténticos que demuestren su evidente equivocación, como previene el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, analiza por separado cada uno de los elementos de prueba, cuyo conjunto tuvo en cuenta dicha Sala para establecer la mencionada presunción y declarar, en su consecuencia, la inexistencia del mencionado contrato por falta de causa, llegando dicha parte recurrente a la conclusión de que existió el precio y de que, por lo tanto, tuvo realidad el contrato de compraventa discutido, con lo que trata de sustituir por su propio y personal criterio el más autorizado de la Sala; pero sin demostrar por el cauce adecuado la evidente equivocación de ésta, por lo que no puede admitirse el error de hecho en que la misma haya incidido; y en cuanto al error de derecho lo funda el recurrente en la infracción del artículo 1.232 del Código civil; en cuanto el demandante, al absolver la posición dieciséis, manifestó que no dis-

ponía de ningún documento ni tenía una sola prueba que acreditara que la expresada escritura de compraventa fuera simulada o nula; no obstante, lo cual, la Sala da por probada la simulación desconociendo el valor que la confesión atribuye al citado artículo; pero la contestación del demandante a la posición referida no puede interpretarse más que en el sentido de que carecía de una prueba directa de la simulación, pero no de que ésta no existiera y no pudiera justificarse por la prueba indirecta de las presunciones, que fué la que dicha parte utilizó y estimó la Sala como demostrativa de la simulación del contrato.

CONSIDERANDO: Que los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, exigen para la admisión de las presunciones como medios de prueba, el primero, que el hecho de que hayan de deducirse esté completamente acreditado, y el segundo, que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, y ambos preceptos aparecen cumplidos por la Sala sentenciadora, porque los hechos que ha declarado probados y le sirven de base para establecer la falta de precio, y, por lo tanto, la inexistencia del contrato por falta de causa no han sido impugnados eficazmente por el recurrente, como ya se ha expuesto, y *el enlace preciso y directo entre tales hechos y la deducción que de los mismos deriva la Sala, es de la apreciación de la misma y solamente puede ser impugnada en casación conforme a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, cuando tal deducción no sea la obra de un raciocinio lógico y en armónica conexión y congruencia con los hechos que la hayan servido de antecedentes, sino que, por el contrario, resulte absurda, ilógica e inverosímil*; lo que no ocurre en el presente caso, y esto establecido no pueden admitirse las infracciones de los preceptos que se alegan en los siete primeros motivos del recurso, porque para estimar tales infracciones había que partir, como el recurrente, de la existencia y realidad del contrato de compraventa aludido, en contra de la afirmación fundamental, hecha por la Sala, de que tal contrato fué simulado e inexistente.

CONSIDERANDO: Que la parte demandada solicitó que para el caso de que se declarase que no era válido el contrato impugnado como contrato de compraventa, se estimase que lo era como contrato de donación. en virtud de lo prevenido en el artículo 1876 del Código civil; pero si bien es cierto que algunas veces, bajo la apariencia de un contrato de compraventa se encubre la realidad de uno de donación, para la validez de este último se precisa demostrar, conforme a los términos del texto legal citado, que está fundado en una causa verdadera y lícita; pero en el caso presente se declara por la sentencia recurrida que don G. P. G., después de agotar con el legado hecho a su hija, doña R. P. F., los tercios de mejora y de libre disposición, otorgó en favor de la misma la escritura de compraventa, cuya validez se impugna, con exclusiva finalidad de defraudar los derechos legítimos de los demás herederos, transmitiendo a su dicha hija bienes de que no podía disponer en su testamento, por afectar a la legítima de aquéllos, por lo cual se simuló la compraventa aludida y esto estable-

cido procede declarar, como hace la Sala sentenciadora, que el contrato de donación tampoco existió por ser ilícita la causa, sin que pueda admitirse con el recurrente que, constituyendo la causa de los contratos de donación la mera liberalidad del donante, y habiendo ésta existido, no puede negarse la validez de un contrato atendiendo a la motivación del mismo, que es cosa distinta de su causa jurídica, porque según la doctrina de este Tribunal, proclamada entre otras en las sentencias de 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1944 y 12 de abril de 1946, *aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa y del móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se comprenden, y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito e inhumano, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad apreciada en su conjunto; por lo que, en definitiva, esa doctrina proclama el imperio de la teoría subjetiva individual, impulsiva y determinante, elevando, por excepción, el móvil a la categoría de verdadera causa, en sentido jurídico, cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, y haciendo aplicación de esta doctrina al caso de autos, se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legítimos de los demás herederos forzosos, la causa que domina y da razón de ser al contrato y procede calificarla de ilícita a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del Código civil, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene dicho este Tribunal, reiteradamente, entre otras sentencias la de 12 de junio de 1941 y en la citada de 12 de abril de 1944, no pudiendo considerarse infringidos los artículos del Código civil, que el recurrente cita, en los motivos octavo y noveno del recurso, y cuya infracción hace descansar en el supuesto de que la donación existió por ser verdadera y lícita su causa, supuesta, que por cuanto queda dicho no puede admitirse.*

CONSIDERANDO: Que en el recurso se denuncia también la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia deja sin calificar el carácter de la donación en su considerando quinto, y no hace declaración en su parte dispositiva sobre la validez de la misma, conforme se pidió por el demandado; pero prescindiendo de que *la adecuación entre las pretensiones de las partes y la sentencia hay que referirla a la parte dispositiva de ésta y no a sus considerandos*; es lo cierto que en aquélla se declara que la donación tuvo una causa ilícita, con lo cual quedó definida la inexistencia de la misma, conforme a los artículos 1.261 y 1.265 del Código civil; y habiéndose solicitado reconventionalmente por el demandado que se declarase la validez de la donación, la sentencia absolvió de tal pretensión a la parte actora, con lo cual quedó decidida la cuestión propuesta por el demandado y no se dió la incongruencia alegada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MARZO 1950

Procesal—apreciación de la prueba.

En términos generales, es doctrina constante que contra la estimación que hace el Tribunal de instancia para la relación de unas pruebas con otras y en conjunto, no cabe oponer el valor o resultado de una sola de ellas.

Procesal—principios procesales.

Actore non probante reus est absolvendus.

Civil—arrendamientos: distinción entre arrendamiento de industria y de local destinado a ella.

CONSIDERANDO: Que este recurso de casación versa solamente sobre si el arrendamiento concertado en 1.º de enero de 1903 entre los causantes de los litigantes era un arrendamiento de local con maquinaria o de una industria de molinería ya en explotación, pues es la base para resolver sobre las pretensiones de la demanda, porque de que se estime que el objeto del contrato fué uno u otro depende que le sean aplicadas las normas del Código civil, o las de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y con ello que haya o no terminado el plazo del arriendo.

CONSIDERANDO: Que sin necesidad de entrar a dilucidar si ese punto constituye aquí una cuestión de hecho o de derecho, es indiscutible que en ambas hipótesis se ha de partir de unos hechos concretos, y éstos son los que la sentencia, apreciando todas las pruebas que menciona en su primer Considerando reputa como un arrendamiento de industria con los caracteres que le ha atribuido la más moderna jurisprudencia, y no es eficiente para discutir esa apreciación de hecho el supuesto error que alega el motivo segundo del recurso, porque, *en términos generales, es doctrina constante que contra la estimación que hace el Tribunal de instancia para la relación de unas pruebas con otras y en conjunto, no cabe oponer el valor o resultado de una sola de ellas.* en este caso particular, porque la contestación de la actora a la posición séptima, única prueba que se esgrime, ni es documento ni acto auténtico a los efectos del número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni significa lo que pretende el recurrente, ya que tiene que referirse a la antigüedad de piezas determinadas de la maquinaria y no de la existencia del molino, pues esto último estaría en contradicción con el contrato de 1903, ni tampoco suponen nada para enfocarlo como cuestión de derecho los razonamientos primero y tercero, porque se construyen, como no es lícito hacer, sobre el hecho totalmente contrario a lo afirmado por la Sala sentenciadora de que fuese una industria en explotación el objeto de contrato de autos, aunque en él no se designe con la denominación y detalle que la legislación y la jurisprudencia posteriores han hecho preciso para marcar la

diferencia entre la industria y el local con maquinaria, como era natural, porque en la fecha en que se concertó aquel arrendamiento no tenía trascendencia jurídica tal distinción.

CONSIDERANDO: Que por todo lo consignado en el Considerando anterior, que revela cómo ha tenido en cuenta el Tribunal *a quo* las pruebas presentadas, no puede alegarse, según hace el motivo cuarto, que la Audiencia haya infringido el principio *actore non probante reus est absolvendus*.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1950

Procesal—recurso de casación—error de derecho en la apreciación de la prueba—

Según reiterada jurisprudencia exige, es necesario señalar que normas jurídicas sobre la valoración de pruebas se han infringido.

Procesal—recurso de casación—error de hecho en la apreciación de la prueba—criterio del Tribunal de instancia.

No puede ser sustituido por el del recurrente.

SENTENCIA 11 ABRIL 1950

Procesal: beneficio de pobreza: ocultación de medios de subsistencia: efectos.

Procesal: recurso de casación: error de Derecho en la apreciación de la prueba: necesidad de citar la norma legal relativa al valor de la misma.

Error de hecho: cauce obligado por el núm. 7 del art. 1.692 LEC.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se funda en la infracción del art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil en su número segundo, infracción que según el recurrente se ha dado porque no cuenta con más medio de vida que una pensión de 60 pesetas mensuales, pero contra esta afirmación se halla la declaración de la sentencia recurrida según la cual está plenamente demostrado que aquella es propietaria de una participación de la mina de carbón denominada "Lucita", *declaración de hecho que únicamente puede ser impugnada por el cauce señalado en el número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y no habiéndolo sido en tal forma procede desestimar el primer motivo del recurso.*

CONSIDERANDO: Que conforme tiene declarado este Tribunal en sus sentencias de 15 de enero de 1940, 10 de mayo de 1941 y 15 de febrero

de 1945, para cumplir los requisitos exigidos por el número primero del artículo 28 de la Ley de Enjuiciamiento civil, quien pretenda el beneficio de pobreza deberá señalar en la demanda no sólo de su naturaleza, el de su domicilio actual y el que haya tenido en los últimos cinco años, sino determinar además las casas en que haya vivido cuando hubiere residido en una ciudad populosa, y como la actora se ha limitado a afirmar que habita en la calle de A. núm. 96 y que reside en Madrid desde el año 1937 y viene siendo vecina de esta capital sin interrupción, pero no ha determinando cuáles haya sido sus domicilios durante todo ese tiempo o si ha vivido siempre en el que señala como actual, la Sala sentenciadora, al estimar incumplidos los requisitos exigidos por el texto legal citado, lo interpreta y aplica rectamente y no incurre, como pretende la recurrente, en ningún error de derecho en la apreciación de la prueba *el cual, para ser estimado, necesitaría demostrarse citando la norma legal relativa al valor de la prueba, que hubiere sido infringida*, lo que no se hace por la recurrente, por lo que debe desestimarse también el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiteradamente establecida por esta Sala que por el hecho de ocultar en la demanda alguno de los medios de vida con que el actor cuenta quedan substraídos al juzgador elementos de juicio que le son necesarios para conocer la verdadera situación económica de quien pide la pobreza y, por lo tanto, otorgársela *fundadamente, por lo cual debe ser sancionada tal ocultación con la denegación de dicho beneficio, fuera del caso en que se demuestre que la misma no ha influido en la realidad de la situación de pobreza del interesado*, y como la Sala sentenciadora ha declarado que la demandante omitió en su demanda el hecho de que era dueña de la mitad de la mina de carbón antes citada, la cual al ser adquirida por permuta fué valorada por las partes contratantes en la cantidad de doscientas diez mil pesetas y la demandante no ha demostrado que dicho valor no correspondiese a la realidad y que el verdadero no impedía que se la declarase pobre en sentido legal, procede en conformidad con la doctrina expuesta, denegarla el beneficio de pobreza, sin que contra las declaraciones de la Sala relativas a la propiedad de dicha participación minera y de su valor económico quepa oponer el que tal propiedad no se había consolidado en favor de la recurrente por no hallarse inscrita a su nombre en el Registro Minero correspondiente, porque ello no afecta a la sustantividad del derecho de propiedad de la misma cuya inscripción puede solicitarse por la interesada mediante el cumplimiento de las formalidades prevenidas por las disposiciones correspondientes, y en cuanto a que la mina no se halla en estado de explotación, ello puede obedecer a diferentes causas, pero no sirve para demostrar que carezca de valor como la recurrente pretende, y no justificándose por medio de documentos auténticos el error de hecho cometido por la Sala en la apreciación de la prueba, que es lo que sirve de fundamento al tercer motivo del recurso, procede también su desestimación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 ABRIL 1950

Procesal—recurso de casación: documento auténtico.

Procesal: hechos probados: necesidad de impugnarlos al amparo del número 7 del art. 1.692 LEC.

Procesal: principios procesales: “actore non probante, reus est absolvendus”.

Civil: posesión: actos tolerados o ejecutados clandestinamente.

Procesal: carga de la prueba.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida ha declarado como hechos probados que la Compañía L. de Electricidad se constituyó en 8 de septiembre de 1893 para la producción de fluido eléctrico, a cuyo fin arrendó una fábrica de tejidos, que con otra contigua de harinas adquirió después mediante la escritura pública de compraventa de 29 de septiembre de 1926, y cuyas fábricas recibían su impulso de las aguas públicas provenientes del nacimiento de P., aguas que viene disfrutando dicha Compañía desde hace más de veinte años, sin oposición de autoridad ni de tercero, accionando actualmente tales aguas la fábrica de su propiedad; pero sin que esté determinado en títulos ni se desprenda de las pruebas que todo el caudal del nacimiento de P. esté destinado a la mencionada fábrica ni tampoco los metros cúbicos por segundo a que la parte actora tenga derecho, por lo que no es posible afirmar que el aprovechamiento que dicha parte realiza sufra disminución por el que efectúa el demandado, el cual ha venido utilizando las aguas derivadas del manantial de P. para fines industriales de la obtención del aceite en su molino de la casería de G. desde antes de 1807, y las utiliza como fuerza motriz sin oposición de autoridad ni de tercero desde el año 1896.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso se denuncia el error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta, según el recurrente, de la escritura pública de compraventa de 29 de septiembre de 1926, por la cual la Compañía L. de Electricidad adquirió la fábrica de tejidos aludida, y en cuyo documento se declara que el agua que impulsa dicha fábrica proviene del nacimiento de P. y tiene una elevación desde el tomadero de 22 metros, mandando una fuerza de 190 caballos, con lo cual, a juicio del recurrente, queda determinado, en contra de lo que dice la sentencia, el volumen de agua que la actora viene utilizando; *pero tal manifestación de la aludida escritura no es sino una declaración de voluntad de los contratantes insuficiente para demostrar la veracidad intrínseca del hecho a que se refiere, y que, por lo tanto, no tiene el carácter de autenticidad que la casación exige en un documento, cual es el de acreditar por sí mismo la equivocación evidente en que la Sala sentenciadora haya incurrido en la apreciación de la prueba, como con-*

secuencia de cuya apreciación afirma dicha Sala que no se ha acreditado cuál es el volumen de agua a que la actora tenga derecho.

CONSIDERANDO: Que los artículos 348, 349, 409 del Código civil, y 8 y 149 de la Ley de Aguas no pueden estimarse infringidos por la sentencia recurrida porque la aplicación de tales textos exigiría que el recurrente hubiese demostrado que por hallarse poseyendo veinte años las aguas que trata de reivindicar había adquirido por prescripción el dominio de las mismas; pero este supuesto es el que la sentencia recurrida niega, y al *no haber sido tal declaración impugnada eficazmente, conforme al número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es necesario atenderse a la declaración hecha por la Sala sentenciadora, y, en cuanto al artículo 152 de la Ley de Aguas, se limita a declarar que si en los aprovechamientos anteriores a dicha Ley no estuviese fijado el caudal de agua se entenderá concedido únicamente el necesario para el objeto de aquellos, que se determinará por el Ministerio de Fomento, lo que aquí no se ha hecho, y si bien es cierto que mientras tal determinación oficial no llegue a hacerse, hay que respetar el estado posesorio en que el interesado se encuentre; en el caso presente la posesión del recurrente en las aguas que reclama no se ha demostrado, según la sentencia recurrida, por lo que no puede reconocérsele tal posesión, aparte de que en la demanda no se ejercita ninguna acción encaminada al mantenimiento de un estado posesorio, sino la acción reivindicatoria del dominio de las aguas en cuestión.*

CONSIDERANDO: Que como dicha sentencia declara, al no probarse por la actora cuál sea la cantidad de agua a que tenga derecho de la procedente del caudal del nacimiento de P., es imposible estimar como poseedor ilegítimo al demandado cuando utiliza para su molino de aceite, como fuerza motriz, parte del agua de tal procedencia, y aunque con estos habría bastante para desestimar la acción reivindicatoria ejercitada, *ya que no probando su acción el actor, debe ser absuelto el demandado, aunque carezca de título, la sentencia a mayor abundamiento entra a examinar el que tiene el demandado a las aguas que usa para su citado molino, y llega, en vista de las pruebas, a la conclusión de que ha venido utilizando las expresadas aguas para los fines industriales de la obtención del aceite desde antes de 1807, y para fuerza motriz, sin oposición de autoridad ni de tercero desde el año 1896, y estas afirmaciones de hecho solamente pueden ser impugnadas por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero no al amparo del número primero de dicho artículo, alegando la violación de los 444 y 1.942 del Código civil, como hace el recurrente en el segundo motivo del recurso, porque lo que dichos preceptos disponen es que los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, no afectan a la posesión, y que no aprovechan, para la misma, los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño; pero la aplicación de tales textos implica que el que los invoca a su favor, sea dueño o poseedor de la cosa a la que los actos clandestinos o meramente tolerados se refieran,*

y en el caso presente, tal condición de dueño o poseedor de las aguas que ha venido disfrutando el demandado no se da en el recurrente, según la sentencia de instancia; y aun en el supuesto de que se diera *no podría atribuirse clandestinidad a la posesión de unas aguas públicas utilizadas, como fuerza motriz, por el demandado como dueño del citado molino durante más de veinte años, y que la utilización de esas aguas por tan largo periodo de tiempo haya tenido lugar por la mera tolerancia del que se titula dueño o poseedor legítimo de las mismas, tampoco es lógico presumirla, dada la importancia de su aprovechamiento, y debería de ser probada por quien la alega*, por lo que no cabe estimar infringidos los artículos citados del Código civil; y en cuanto al artículo 152 de la Ley de Aguas, que también se cita como infringido en el propio motivo del recurso, y que dispone que las aguas concedidas para un aprovechamiento no podrán aplicarse a otro diverso sin la formación de expediente, como si se tratara de nueva concesión; es completamente inaplicable al caso que se debate en que las aguas de que se trata no fueron objeto de ninguna concesión.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 ABRIL 1950

Competencia—compraventa mercantil—mercancías facturadas a porte debido.

Según reiterada jurisprudencia, la mercancía facturada a porte debido se presume que viaja de cuenta y riesgo del comprador, y se efectúa la entrega en la estación de embarque; y según la misma jurisprudencia, en las compraventas mercantiles, salvo prueba en contrario, se supone entregada la mercancía en el establecimiento mercantil del vendedor.

SENTENCIA 18 ABRIL 1950

Civil: Desahucio de finca urbana. Arrendamiento de industria y de locales destinados a ella y a vivienda, verificado conjuntamente. Normas aplicables a los contratos complejos: principio de la unidad normativa—su determinación según el elemento objetivo predominante.

CONSIDERANDO: Que realmente no se discutió en el pleito el hecho de que la relación arrendaticia, determinante de la acción de desahucio contemplada, versó sobre cesión del uso y disfrute del negocio preestablecido de venta de gasolina con todos los elementos precisos para su explotación por el arrendatario, que sólo precisó para ello cumplir la mera formalidad administrativa de darse de alta en la contribución industrial, según

lo reconoció el propio demandado en confesión y lo acogió también la sentencia recurrida, no desvirtuada en este aspecto por los errores de hecho y de derecho acusados en el cuarto motivo del recurso, sino que la controversia judicial fué debida a que, por haberse incluido en el arrendamiento, juntamente con el negocio comercial de venta de gasolina, un edificio de dos plantas y otro de una, todo ello radicado en el inmueble arrendado, el hecho de que el arrendatario haya instalado en dichos edificios un garaje y una industria de niquelado y pulido de metales, o el simple hecho de que tales edificios constituyan en parte locales de negocio y en parte vivienda, determina la aplicación del art. 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que excluye del ámbito de esta Ley el arrendamiento de industria para someterlo a la legislación común, en la que ampara el demandante la acción de desahucio de todo lo arrendado por expiración del plazo de duración del contrato, o si, en otro caso, es de aplicación la legislación con secuela de prórroga forzosa de la relación arrendaticia impeditiva de desahucio por la causa utilizada en estos autos, en razón de la diversidad de los elementos objetivos arrendados, algunos de los cuales—los dos edificios—entran en su esfera de acción, que es lo que propugna el demandado, enfrentándose así con la tesis de la sentencia recurrida, que aplica al caso debatido la Ley común.

CONSIDERANDO: Que, *ante la concurrencia en un solo arrendamiento de un negocio industrial preexistente y locales propios para negocio o vivienda, se hace preciso mantener la integridad del contrato, tal como lo idearon los interesados, para evitar que por la aplicación de normas distintas a los diferentes bienes que constituye el objeto contractual se rompa su unidad originaria por disgregación de los elementos del único vínculo jurídico creado, y así, en estos eventos de pugna de normas, se ha de aplicar la que corresponda al elemento objetivo predominante, que será el que por su propia naturaleza o por razón de la finalidad perseguida llevó a los interesados a la conclusión del contrato, y, abstracción hecha de la mayor o menor valoración económica de la industria y locales arrendados, desconocida en estos autos, no ofrece duda que la industria representa el elemento predominante, porque en ella y no en los otros locales arrendados está la finalidad principal que presidió la formación del contrato, según resulta claramente de los términos literales y del espíritu que informó la expresión de la voluntad de los contratantes, reflejada en múltiples cláusulas reguladoras casi exclusivamente del arriendo de la estación de gasolina, por lo que ha sido rectamente aplicada al caso controvertido la legislación común, procediendo en consecuencia la desestimación de los cuatro motivos del recurso, todos ellos encaminados a demostrar errores de hecho y de derecho e infracción de normas legales a efectos de que se aplique la legislación especial. errores e infracción que no son de apreciar por las razones expuestas.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 ABRIL 1950

Competencia—compraventa mercantil.

Tratándose de compraventa mercantil en que los géneros se enviaban facturándolos en el domicilio del vendedor, con portes a cargo del comprador, que pagaba enviando a aquél cheques cruzados, y no mediando sujeción, es competente el Juzgado del domicilio del vendedor si la acción ejercitada es personal.

AUTO 25 ABRIL 1950

Resoluciones no definitivas—las denegatorias de la aprobación del convenio en el concurso.

Conforme al criterio mantenido por este Tribunal, las resoluciones que deniegan la aprobación de un convenio entre los acreedores y el concursado no tienen carácter definitivo en el sentido del artículo 1.694 de la L. E. C., porque dejan intacto el derecho de los acreedores a promover el juicio declarativo correspondiente.

SENTENCIA 1 MAYO 1950

Causa ilícita—falta de facultad dispositiva.

La falta, en un subarrendador, de la facultad de disponer de su derecho de arrendamiento, por no tener la necesaria autorización de una entidad pública, no puede estimarse productora de ilicitud en la causa del subarriendo.

Congruencia.

El principio de la congruencia no significa que haya de atenderse el sentenciador a la literalidad de las expresiones que constituyen los pedidos formulados en los escritos, sin conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos contenidos en el cuerpo de aquéllos.

Daños y perjuicios—nexo causal.

La existencia de nexo causal entre el acto u omisión y el daño constituye una cuestión de hecho que ha de apreciar libremente el Tribunal sentenciador.

ANTECEDENTES.—La Playa de Madrid, S. A., arrendó el Frontón de la misma por doce años en 1933; el arrendatario a su vez, previa autoriza-

ción del arrendador, lo subarrendó por cinco años en 1934; en 1935, el subarrendatario comunicó al subarrendador que daba por resuelto el contrato desde fin de la temporada de 1934; después de la Liberación, los herederos del subarrendador interpusieron demanda contra el subarrendatario, reclamando determinadas rentas de 1934, a cuyo pago se condenó a éste; más adelante, los propios herederos demandaron a los del subarrendatario nuevamente, reclamando las rentas hasta el 18 de julio de 1936, así como determinados daños y perjuicios; los demandados alegaron que el subarriendo había tenido causa ilícita por tratarse de una concesión pública de la que el arrendatario no podía disponer. En ambas instancias se condenó a los demandados, que interpusieron recurso de Casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. los Considerandos.

CONSIDERANDO: Con relación al motivo primero del recurso que según en el mismo se reconoce no fué propuesto en el pleito la excepción de incompetencia de jurisdicción y claro es que si este extremo no fué objeto de discusión, en instancia aparece como totalmente ajeno a la cuestión litigiosa, el problema de si la resolución judicial que decide una controversia de aquella naturaleza, tiene el valor de cosa juzgada material o de cosa juzgada formal, sin que a esta conclusión obste el que uno de los considerandos de la sentencia recurrida aluda a aquella excepción, planteada en un pleito anterior, en el que fueron partes los ahora litigantes, pues como tiene establecido esta Sala el *recurso de casación no se da contra los considerandos sino contra el fallo que decida la contienda planteada*, siendo de advertir además que el propio recurrente admite que es improcedente volver ahora sobre el problema de la incompetencia de jurisdicción.

CONSIDERANDO: Que en el indicado motivo primero se alega también la existencia de causa ilícita en el contrato origen de litigio, acusando al efecto la vulneración del art. 1.275 del Código civil, y de diversos preceptos de la Ley de 22 de marzo de 1932 y del Reglamento de 13 de junio del mismo año; afirmando el motivo ahora objeto de examen que el subarriendo de la concesión estaba prohibido por estas últimamente citadas normas legales ya que faltaba en él la autorización del Consejo de Administración del denominado por las mismas Patrimonio de la República o sea el de la Casa Real, pero además de que según afirma la sentencia, sin adecuada impugnación en el recurso la validez del contrato fué reconocida por los recurrentes en litigio anterior seguido con los recurridos y aparte también de que el art. 6.º del aludido Reglamento de 13 de junio de 1932, establece la consecuencia de la rescisión—no la sanción de nulidad—al referirse al subarriendo celebrado por los concesionarios sin la debida autorización, aparece con toda evidencia que lo *realmente acusado en dicho motivo primero no es la ilicitud de la causa, sino la falta en el subarrendador de la facultad de disponer por no haberse recabado la autorización del mencionado Consejo, falta que, caso de existir como el recurrente sostiene, sería en absoluto ajena al concepto de ilicitud de la causa al que se refiere el artículo 1.275 del Código civil*, precepto que, por tanto, no puede estimarse infringido en la sentencia.

CONSIDERANDO: Que si las razones expuestas conducen lógicamente a la

desestimación del motivo primero, de los invocados, del mismo modo no puede prevalecer tampoco el segundo, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1.808, 1.815 y 1.816 de C. c., sosteniendo que el litigio anterior terminó por transacción y no por allanamiento como afirma la Sala de instancia, y que por aquella transacción quedaron resueltas todas las cuestiones posibles fundadas en los mismos títulos de pedir e iguales hechos, argumentación desprovista de base porque además de no impugnarse por la vía del número séptimo del art. 1.692 de la Ley procesal, la citada afirmación de la sentencia aparece reconocido en el hecho sexto del escrito de contestación que si los demandantes se avinieron en aquel litigio a pagar la cantidad reclamada, más las costas, y a desistir de la reconvenición que habían formulado, fué simplemente por su deseo de evitar pleitos, por carcer de datos ciertos y porque sabían que su causante había explotado el frontón hasta el 28 de agosto de 1934, o sea, que en instancia no se alegó la existencia de la transacción, que ahora se invoca y que aún llegando a admitir hubiese existido no puede entenderse que extendiese sus efectos a los particulares ahora objeto de controversia porque como establece el art. 1.815 del Código civil la transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella o que, por una inducción necesaria de sus palabras deben reputarse comprendidos en la misma.

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero denuncia en el fallo el vicio de incongruencia, fundándose en que habiendo solicitado los actores en su demanda el abono de los derechos y gastos del contrato en concepto de pago hecho por otro, y además, las indemnizaciones de daños y perjuicios, la sentencia condena a abonar una cantidad como importe de los plazos vencidos, otra en concepto de reembolso por los gastos del timbre e impuesto de Derechos reales del contrato y otra como indemnización de daños y perjuicios, sustituyendo así la causa de pedir, tesis la de este motivo que no puede ser acogida, pues como declaró la sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1942, *el principio de la congruencia no significa que haya de atenerse el sentenciador a la literalidad de las expresiones que constituyen los pedimentos formulados en los escritos, sin conexión con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos contenidos en el cuerpo de aquéllos* y en el caso del actual litigio, es preciso tener en cuenta que al solicitarse en el primer apartado de la súplica de la demanda la cantidad de 132.321,30 pesetas, como importe líquido de los daños y perjuicios se hizo referencia expresa al hecho séptimo del mismo escrito en el que, con la debida separación y como cantidades reclamadas, se habían señalado: una por el importe de los plazos que se decían debidos a virtud del contrato y otra como valor de los efectos y enseres de que se incautó "Playa Madrid" ello independientemente de la suma pedida en concepto de pago hecho por otro, que se fijó también en la súplica del mismo escrito.

CONSIDERANDO: Que según sostiene el motivo cuarto, la sentencia infringe los arts. 1.101, 1.124 y 1.556 del Código civil, en cuanto condena al importe de los plazos de renta vencidos hasta la fecha en que los actores optaron por la resolución del contrato prestación que el recurrente entiendo no puede ser exigida dado el efecto retroactivo de la resolución adu-

ciendo además que para que pudiera ser declarado el derecho al resarcimiento de los perjuicios sería preciso haber demostrado que el incumplimiento fué causa de los mismos, por que la indemnización no va ineludiblemente ligada al incumplimiento, alegaciones una y otra a las que tampoco puede atribuirse eficacia, pues por lo que hace a la primera procede recordar que con arreglo al apartado último del art. 1.100 del Código e v i , en las obligaciones recíprocas desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro, lo cual aplicado al caso origen del presente recurso, significa que desde el momento en que vencía cada uno de los términos señalados en el contrato para el pago de la renta, la obligación recíproca de satisfacerla se convierte en pura, incurriendo en mora el arrendatario al no abonar su importe en las fechas señaladas y quedando intactos los efectos del contrato, anteriores al momento de la resolución, y en cuanto al segundo de los citados argumentos, bastará recordar que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 10 de febrero de 1922, 25 de abril de 1924 y 30 de marzo de 1926, entre otras), *la existencia del nexo causal entre el acto u omisión y el daño constituye una cuestión de hecho que ha de apreciar libremente el Tribunal sentenciador*, consideración esta última que también impide sea estimado el motivo quinto del recurso en el que se combate el pronunciamiento del fallo, que condena a los recurridos a pagar el valor de los efectos, y enseres propiedad de los actores que fueron objeto de la incautación realizada por "Playa de Madrid" y se impone la desestimación de dicho motivo quinto, porque además de lo que acaba de indicarse sobre la apreciación del nexo causal, debe tenerse en cuenta que si bien en el repetido motivo se acusa la existencia de error de hecho y de error de derecho en la apreciación de la prueba, es lo cierto que ni se señala precepto alguno regulador de la misma que resulte infringido en la sentencia ni de otra parte cabe entender que el acta de incautación de los antes aludidos efectos y enseres acredite a falta de nexo causal, entre el incumplimiento del contrato y los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento, por lo que se hace preciso atenderse en este particular a la apreciación de la Sala de instancia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 MAYO 1950

Representación del Procurador después de la muerte del poderdante.

La realización de actos procesales por un Procurador después de la muerte del poderdante, no constando aún en autos dicha muerte, no es vicio que pueda fundamentar un recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma.

SENTENCIA 13 MAYO 1953

Contratos—resolución por incumplimiento.

No cabe la resolución de obligaciones contractuales a instancia de quien ha sido el que primeramente incumplió las que a él le incumbían.

Cuando el incumplimiento no responde a una deliberada voluntad rebelde a la ejecución de lo convenido, la jurisprudencia, interpretando y aplicando el art. 1.124 C. c., tiende a mantener el vínculo contractual, evitando su resolución.

ANTECEDENTES.—Vid. los Considerandos.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que para decretar, a petición del vendedor, la resolución de la compra-venta de las casas números 11 y 13 de la calle de Cáceres, en Madrid, el Tribunal *a quo*, aceptando los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de primera instancia, estimó probado que la entidad compradora fué la que empezó a incumplir lo convenido, porque ni dió al vendedor la intervención pactada respecto de la administración de la casa núm. 11, ni practicó la liquidación semestral convenida para la fijación del precio de venta, ni pagó este precio, ni el crédito anticrético que pesaba sobre la casa núm. 13, y frente a esta posición de la sentencia recurrida se aza el presente recurso manteniendo sustancialmente la tesis de que quien empezó a incumplir el contrato fué el demandante vendedor, por no haber efectuado la entrega de la casa vendida, sin que, por lo tanto, le asista la acción resolutoria que ejerció, por lo que será preciso recordar los términos en que está concebida la compra-venta efectuada por escritura pública de 17 de febrero de 1944 y comprobar la realidad de lo ocurrido en orden a su cumplimiento, a fin de fijar los hechos procesales que han de servir de base en casación para mantener o anular la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que en la referida escritura de compra-venta se estipularon esencialmente las siguientes prestaciones indiscutidas: primera, entrega ficta en aquel mismo acto de las dos casas al comprador para que éste entrase en la posesión real y en la administración de ellas el día 1.º de marzo de 1944; segunda, pago por el comprador de cargas o gravámenes existentes sobre las dos casas, entre ellos un crédito hipotecario por 90.000 pesetas que gravaba la casa núm. 13 en favor del señor M., debiendo ser cancelado este crédito por el comprador en el plazo de cuatro meses, a contar desde el día del otorgamiento de la escritura, y tercero, intervención del vendedor en la administración de las dos casas por el comprador durante seis meses, a partir del 1.º de marzo de 1944, transcurridos los cuales se fijaría el rendimiento líquido que los dos inmuebles hubieran producido para obtener, mediante la capitalización al 6 por 100, el precio a pagar seguidamente, previa deducción de 200.000

pesetas entregadas de presente y el importe de gravámenes, comisión de administración y gastos varios que la escritura detalla, sin que el precio así fijado pudiera rebasar el tope de 869.500 pesetas.

CONSIDERANDO: Que en punto a la realidad de lo que sucedió en la ejecución de lo pactado, es de destacar el hecho de que el vendedor siguió en la posesión de la casa número 11 después del otorgamiento de la escritura y cobró los alquileres de la misma correspondientes al mes de marzo de 1944, sin que la administración de dicha casa, por el comprador, pudiese comenzar hasta el primero de abril siguiente, ni fuese posible, en ningún momento, la administración de la casa número 13, hecho éste indudablemente cierto en casación, porque aparte de que no sólo niega la sentencia recurrida ni en ella aduce justificación alguna respecto de la demora en la entrega de la casa número 11, está reconocido por el vendedor en su contestación el requerimiento notarial que el comprador lo hizo el 7 de marzo de 1944 y para que cumpliera el contrato mediante la entrega de lo vendido; por lo que sin entrar en apreciaciones acerca de la exactitud de lo afirmado por la Sala de instancia, no justificación de causa impeditiva de entrega de la otra casa, número 13, resulta evidente que, tanto en el orden cronológico como en el de ejecución sucesiva, no simultánea, según lo estipulado, la primera prestación que habría de ser cumplida era la de poner al comprador en la posesión de las dos casas, por lo menos de la señalada con el número 11, respecto de la cual no existía causa que impidiese la entrega inmediata y el comienzo de la administración de la misma el primero de marzo de 1944, e incumplida por el vendedor esta primera obligación, yerra el Tribunal *a quo* al recordar la resolución del contrato por imputación únicamente al comprador del incumplimiento de obligaciones que en el régimen sucesivo de ejecución pactada habrían de ser llevadas a efecto después de la entrega de las dos casas, no realizada en la norma convenida, incurriendo así en el error de hecho que denuncia el quinto motivo del recurso y en la infracción, por aplicación indebida, acusada en los dos primeros motivos, del artículo 1.124 del Código civil, que según doctrina jurisprudencial no autoriza la resolución de obligaciones contractuales a instancia de quien ha sido el que primeramente incumplió las que a él le incumbían.

CONSIDERANDO: Además, que sobre no existir justificación alguna de la demora en la entrega de la casa número 11, las imputaciones de incumplimiento por el comprador que la sentencia de instancia acoge, en particular las referentes a la falta de liquidación semestral de la administración de las casas y falta también de pago del precio, tienen suficiente explicación en el hecho de que ni la administración de las dos casas pudo ser llevada a efecto por la no entrega de las mismas, imprescindible para la liquidación semestral, ni el precio cierto pudo ser fijado, ni en consecuencia pagado sin dicha liquidación; y en el supuesto de que estuviera justificada la falta de entrega de la casa número 13, no la del número 11, por estar sujeta aquélla, según la sentencia recurrida, a un pacto de anticrisis en favor del Sr. Matorras, yerno del vende-

dor, sin constancia en la escritura de compraventa; es lo cierto que por haberse exigido al comprador el pago de 191.591 pesetas como montante, no justificado en autos, del crédito anticrético cuando en la escritura se había señalado como cuantía del crédito hipotecario en favor de dicho acreedor, la suma de 90.000 pesetas, pudo creer de buena fe el comprador que el desenvolvimiento normal en la anticresis debería conducir a la disminución del crédito garantizado y no a su incremento o elevación en más del doble de la deuda originaria figurada en la escritura, y pudo creer también de buena fe que los términos de ésta limitaban su responsabilidad a las 90.000 pesetas, *y en estas circunstancias en que sin duda el incumplimiento no responde a una deliberada voluntad rebelde a la ejecución de lo convenido, la jurisprudencia, en sentencias de 5 de enero de 1935, 5 y 9 de julio de 1941 y 10 de marzo de 1949, entre otras, interpretando y aplicando el citado artículo 1.124 del Código civil tiende a mantener el vínculo contractual evitando su resolución;* razones por la que, sin entrar en el examen del motivo tercero, que en realidad plantea una cuestión nueva en casación, ni en el del cuarto, que resulta inoperante, procede anular la sentencia recurrida por estimación de los motivos primero, segundo y quinto del recurso.

FALLO.—Ha lugar; la Sala dicta segunda sentencia con arreglo a los siguientes Considerandos:

CONSIDERANDO: Además, que anulado por la precedente sentencia el pronunciamiento de resolución del contrato de compraventa que contiene la sentencia recurrida, procede dar paso a la demanda reconventional en cuanto se pide el cumplimiento del contrato de acuerdo con lo estipulado en la escritura de 17 de febrero de 1944, con la modificación obligada de que los plazos de ejecución en ella establecidos empezará a cesar desde el día primero del mes siguiente a la fecha en que se haga saber a las partes la llegada de los autos al Juzgado de Primera Instancia, y con aclaración de que la entrega de la casa número 13 será hecha al comprador previo pago por éste del importe del crédito anticrético a favor del señor M., debidamente justificado al tiempo del pago, y a deducir en su día del precio de venta que con el tope máximo convenido haya de percibir el vendedor, independientemente del derecho de éste al rendimiento líquido, esto es, deducidos gastos y comisión pactada de la administración por el comprador de la casa número 11 desde el primero de abril de 1944 hasta la fecha en que comience la administración conjunta de las dos casas vendidas.

CONSIDERANDO: Que el mero incumplimiento del contrato por el vendedor-demandante no es por sí solo suficiente para condenarle al pago de daños y perjuicios reclamados por el comprador-demandado en su demanda reconventional, y no hay en autos demostración de que se hayan producido, por lo que en este aspecto procede la absolución.

SENTENCIA 26 MAYO 1950

Providencia: para mejor proveer—si pueden producir indefensión.

Siendo las providencias para mejor proveer de la facultad discrecional del Juez o Tribunal que las dicta, con arreglo al artículo 340 de la L. E. C., tales resoluciones no pueden producir un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio ni constituir a las partes en estado de indefensión, por cuyo motivo no se da contra las mismas ulterior recurso.

SENTENCIA 26 MAYO 1950

Negociado jurídico unilateral—su inclusión en el art. 1.254 del Código civil.

Los negocios jurídicos unilaterales caben dentro del concepto amplísimo del art. 1.254 C. c.

Fianza—diferencia entre la fianza en sentido estricto y la llamada fianza mediante depósito de valores o metálico.

ANTECEDENTES. — Los demandantes eran arrendatarios del servicio de recaudación de impuestos en determinada provincia; el demandado fué mandatario de los mismos para la gestión de ciertos aspectos del servicio, hasta el año 1942; en la demanda se reclamaba la entrega de los resguardos de depósitos de los valores que servían de fianza por la gestión de los arrendatarios, si bien el demandado alegaba que parte de dichos valores eran suyos, presentando testimonio notarial de las pólizas de adquisición de tales valores; los demandantes presentaron un documento privado en que el demandado reconocía ser dichos valores de propiedad de los primeros, alegando el demandado ser ficticio tal documento. Además, el demandado alegaba no estar en su poder los resguardos reclamados por haberlos presentado en la Delegación de Hacienda para la liquidación de intereses vencidos. También reclamaban los demandantes la rendición de cuentas por el demandado y la entrega de los libros y papeles que obraban en su poder procedentes del archivo correspondiente al arriendo. El demandado reconvino solicitando se condenara a los demandantes a liberarle de la fianza en valores prestada a su favor con el carácter de adicional en relación con el aludido arrendamiento. En ambas instancias se condenó al demandado y se desestimó la reconvenición, que estaba fundada en la causa quinta del art. 1.843 C. c. El demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. Considerandos.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de los invocados sostiene que la sentencia infringe el art. 348 del Código civil en cuanto condena a entregar los resguardos de valores a que se refiere el apartado a) del hecho segundo de la demanda, alegando que tales resguardos se hallan depositados en la Delegación de Hacienda de Pontevedra y no en poder del

recurrente, el cual, además, ha cesado en el cargo de apoderado del Arriendo de Contribuciones de dicha provincia; pero, dados los términos de planteamiento del indicado motivo, preciso es reconocer que el recurrente altera en casación la postura procesal adoptada por el mismo en instancia, pues en su escrito de contestación a la demanda adujo que no podía reconocer como propietarios de los valores a los demandantes, sino a todos los herederos de don J. C., añadiendo en aquel escrito que si había presentado los resguardos en la sucursal de la Caja de Depósitos era para liquidación y percibo de vencimientos atrasados, gestión que le correspondía realizar, aunque como consecuencia del litigio se hallaban aquéllos en la Delegación de Hacienda; y declarado por la Sala sentenciadora que los valores de que se trata son propiedad de la parte demandante, no puede entenderse que el fallo infringe el art. 348 del Código civil al condenar a la entrega de los resguardos correspondientes a los mismos, pues la circunstancias de que dichos resguardos se hallen retenidos en poder del delegado de Hacienda, no atribuye a éste el carácter legal de poseedor, dado el texto de los artículos 430 y 431 del Código civil; consideraciones como las expuestas que impiden sea estimado el motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que, con arreglo al art. 1.225 del citado Código, el documento privado reconocido legalmente tiene el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, por lo cual al afirmar la Sala de instancia, sin impugnación en el recurso, que el recurrente reconoció como auténtico el documento privado de 29 de agosto de 1933, en el que declara que no le pertenecen los valores a que se refiere el apartado B) del hecho segundo de la demanda y que los propietarios de los mismos son don C. y doña L. en la proporción que el mismo documento señala, no cabe entender, como el segundo motivo del recurso pretende, que la sentencia incide en error de hecho al condenar al recurrente a reconocer la propiedad de tales valores en la indicada proporción a favor de los recurridos, pues si bien es cierto que como aparece del testimonio notarial que invoca dicho motivo, las pólizas de contratación de los valores y los resguardos de depósito de los mismos se hallan expedidos a favor del recurrente, no cabe olvidar que éste tenía el carácter de mandatario de los recurridos, gozando de amplias facultades de gestión en todo cuanto se relacionaba con el Arriendo de Contribuciones, lo que le permitía disponer de fondos del mismo; y si en ejercicio de tales facultades el mandatario actuó en nombre propio al adquirir los valores que constituían parte de la garantía prestada por los titulares del arriendo, la Ley del mandato le obligaba a ponerlos a disposición de sus mandantes reconociéndoles el derecho de reclamarlos, como lo hizo al autorizar con su firma el documento privado antes aludido, el cual revela la existencia de un negocio jurídico abstracto, cuya causa se encuadra en aquella relación de mandato que unía a las partes y se basaba en la confianza, ya que si el mandante confiere su encargo es atendiendo a las cualidades que estima concurren en el mandatario, consideraciones las expuestas de las que se sigue que el fallo no incide en

error de hecho al declarar que los citados valores pertenecen a los recurridos en la proporción que señala, condenando al recurrente a reconocerlo así y a entregar a los mismos, como mayores partícipes, los resguardos correspondientes.

CONSIDERANDO: Que si las razones apuntadas conducen a la desestimación del motivo segundo del recurso, igualmente impiden que pueda prevalecer el tercero de los mismos, en el cual se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 1.277 del Código civil, que establece la presunción de licitud y existencia de la causa mientras el obligado no pruebe lo contrario, sosteniendo el motivo ahora objeto de examen que el reconocimiento de propiedad hecho por el recurrente a favor de los recurridos en el documento privado de 29 de agosto de 1933 es un acto unilateral, y al atacarse como falsa la causa de la obligación, debían haber probado los segundos la procedencia de aquellos valores y la realidad de la indicada causa; argumentación desprovista de eficacia, porque es indudable que el repetido documento acredita una atribución patrimonial en la que, con arreglo al art. 1.277 del Código civil, se presumen la licitud y existencia de la causa, sin que contra esta conclusión pueda objetarse que el caso objeto de controversia no es el de un contrato, sino el de un negocio jurídico unilateral, pues como declaró esta Sala en sentencia de 17 de octubre de 1932, *los negocios de dicha naturaleza caben dentro del concepto amplísimo del art. 1.254 del Código civil.*

CONSIDERANDO: Que, según la Sala de instancia declara, el recurrente tuvo a su cargo la administración del Arriendo de Contribuciones, afirmando también la sentencia que las cuentas que aquél haya podido rendir a la Tesorería de Hacienda son de distinta naturaleza que las exigidas ahora por los recurridos, afirmaciones éstas que al no aparecer debidamente impugnadas determinan la desestimación del motivo cuarto del recurso, en el que se demanda la infracción del art. 1.720 del Código civil, alegando que la obligación que dicho precepto impone al mandatario no alcanza al recurrente por haber venido rindiendo cuentas parciales de su gestión; y no cabe sea estimado dicho motivo porque, como acertadamente hace constar el Tribunal sentenciador, es la cuenta final la que ha de servir de base para determinar el saldo definitivo que corresponda abonar, bien al mandatario bien a los mandantes, tesis ésta a la que no obsta el hecho de que en el caso del litigio se hayan incautado los recurridos, según afirma la Sala de instancia, de una parte de la documentación existente en las oficinas del Arriendo—no de su totalidad, como sostiene el recurrente—, pues las dificultades que por tal causa puedan surgir en la ejecución de la sentencia no cabe entender que eximen al mandatario de la indicada obligación que la Ley le impone.

CONSIDERANDO: Que solicitada en el pedimento cuarto de la súplica de la demanda la condena del demandado a entregar a los actores todos los libros y documentos que se hallasen en poder del mismo como parte del archivo del Arriendo de Contribuciones, aparece de los términos del fallo que, después de condenar éste a dicho demandado a la rendición de cuentas y al abono del saldo que en su caso resulte, la condena igual-

mente a que entregue los libros y documentos que posea como parte de aquel archivo, desestimando lo solicitado en dicho pedimento cuarto en lo que no se conforme con esta condena, pronunciamientos los indicados que, según sostiene el motivo quinto del recurso, inciden por contradictorios en el defecto a que se refiera el número cuarto del art. 1.692 de la Ley Procesal, afirmando dicho motivo que si, como la Sala sentenciadora reconoce, los actores se incautaron de toda la documentación existente en las oficinas del Arriendo de Contribuciones, sin formalizar el correspondiente inventario y por tal causa se desestimó el pedimento cuarto de la súplica de la demanda, esa misma razón basta para absolver del indicado pedimento; pero frente a tales alegaciones debe tenerse en cuenta que, como acaba de exponerse al examinar el motivo cuarto del recurso, la sentencia no afirma que los recurridos se hubiesen apoderado de toda la documentación aludida, sino de una parte de la misma, y de ahí que la condena en este particular se limita a la documentación que el demandado conserve en su poder, siguiéndose de lo expuesto que no cabe estimar la existencia de la acusada contradicción en los pronunciamientos del fallo ni, por tanto, puede prosperar el motivo quinto del recurso.

CONSIDERANDO: Por último, que si bien en sentido amplio se denomina fianza a cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación—y así lo confirma el texto del art. 253 del Código civil—, en sentido técnico y estricto es fianza de garantía personal que se constituye, comprometiéndose un tercero a cumplir la obligación, caso de no hacerlo el deudor principal, concepto este segundo que es al que se refiere el citado Código al regular el contrato de fianza en los artículos 1.822 y siguientes; y reconocido en el motivo sexto del recurso que la garantía prestada por el recurrente no es personal, sino que se halla constituida por valores públicos, basta esta consideración para desestimar dicho motivo, en el cual acusando la infracción en la sentencia del art. 1.843, número quinto, de dicho Cuerpo legal, se alega que por haber transcurrido más de diez años desde la constitución de la fianza y no tener término fijo de vencimiento la obligación principal, debió el fallo acoger el pedimento de la reconvencción en que se solicitaba la extinción de dicha fianza, desestimación la indicada a la que no obsta la circunstancia de que el Estatuto de Recaudación de 18 de diciembre de 1928, en su art. 36—que el recurrente invoca—, califique de fianza las garantías de la naturaleza de la prestada por el recurrente, pues claramente aparece del art. 35 del mismo Estatuto que tales garantías habrán de constituirse precisamente en metálico o en efectos de la Deuda pública.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 31 MAYO 1950

Modos de adquirir—división.

La división no es medio reconocido como eficaz para adquirir la propiedad entre los que, al efecto, enumera al art. 609 C. c.

Consideración jurídica de los gastos fiscales que gravan el producto.

Los gastos fiscales que gravan el producto no pueden reputarse mejoras, sino gastos de producción que, conforme a lo prevenido en el art. 356 Código civil, tiene la obligación de abonar, con los de recolección y conservación, el que en definitiva haya de percibir los frutos.

ANTECEDENTES.—Un testador, en Cataluña, estableció una sustitución fideicomisaria "sine liberis decesserit", a favor, sucesivamente de A., B. y C., hijos de su segundo matrimonio, y en último término, de D., hijo de su primer matrimonio. Antes de morir el testador, D. entabló demanda contra él sobre rendición de cuentas por la administración de los bienes de su primera mujer, madre de D. Muerto el testador, continuó el pleito con su primer heredero, A., dictándose en segunda instancia sentencia condenatoria contra A., al pago de una cantidad superior al valor total de la herencia; pendiente el recurso de casación, A. y D. transigieron, rebajando éste el importe de su crédito al valor de la herencia y renunciando aquél al recurso, a cambio de lo cual se le adjudicó la mitad de los bienes hereditarios. Posteriormente, estos fueron objeto de sucesivas transmisiones por parte de sus adjudicatarios A. y D. Muerto A., sin descendencia, y habiéndole premuerto B., en iguales condiciones, C. entabló demanda de reivindicación contra los poseedores actuales de los bienes hereditarios, alegando que A., como heredero fiduciario, no podía haber dispuesto de ellos, y que la transacción no le afectaba, como "res inter alios acta". Los distintos demandados contestaron por separado; el único que luego entabló recurso de casación, adquirente de bienes adjudicados a A., alegó que la herencia había quedado vacía al afectarse sus bienes al pago de la deuda de D., y que los bienes adjudicados a A., no lo fueron a título de herencia, sino por cesión realizada por D. La Audiencia, revocando en parte la sentencia de primera instancia, estimó válida y eficaz la transacción, pero nula la cesión de D. a A., estimando, por tanto, que la adjudicación a A. había sido a título hereditario, y condenando, por tanto, al luego recurrente; éste entabló recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Interpretación errónea de los arts. 1.809 y 1.815 y concordantes C. c., del 1.275 en relación con el 1.261, y de doctrina legal. El contrato entre A. y D. fué válido en su totalidad.

2.º Inaplicación de los arts. 453 y 454, en relación con los 430, 433, 434, 451 y 455 C. c., y de ciertos textos del Digesto. En último término, el recurrente tenía derecho, y así lo había reclamado, al abono de las mejoras hechas en las fincas, y, entre ellas, al de los gastos fiscales hechas en relación a las mismas.

CONSIDERANDO: Que en la escritura de transacción de 22 de octubre de 1889 para poner término al pleito pendiente en recurso de casación, entre don M. L. R., y M. L. C., demandantes, y don F. L. C., demandado, se comprometieron los primeros a renunciar a su pretendido crédito, cuyo pago pedían en la demanda de dicho pleito, contra la herencia de don

M. L. B., en cuanto la petición excedía de 50.000 pesetas, que don F. de P., se comprometía a pagarles.

CONSIDERANDO: Que en la misma escritura para pagar esas 50.000 pesetas, se adjudicó a D. M. y D. M. Ll, en usufructo y nuda propiedad respectivamente, la mitad del *patrimonio* heredado por don F. de P., de su padre don M. L. B., patrimonio del cual formaba parte la heredad denominada "Manso Corominas y Ginestera", finca número nueve del inventario de dicha herencia.

CONSIDERANDO: Que en escritura de 11 de diciembre de 1889 se dividió el *patrimonio* indicado entre las dos partes de la transacción, adjudicándose a don M. y don M. L., en los mismos conceptos respectivos de usufructo y propiedad, varias fincas, entre las que no figuró el "Manso de Corominas y Ginestera", cuya posesión, en consecuencia, debe entenderse, por disposición del art. 450 del Código civil, no haber salido de don F. L. durante todo el tiempo que duró la indivisión y cuyo modo de adquisición no fué, ni la transacción, en la que don M. y don M. lo que trataron de cederle no fué dicha finca, sino los "derechos y acciones" que dijeron derivados de la resolución de la Audiencia, en cuanto a 50.000 pesetas del crédito por mayor cantidad declarado en la misma a su favor; *ni la división, medio no reconocido como eficaz para adquirir la propiedad entre los que, al efecto, enumera el art. 609 del Código citado*, sino que tal medio de adquisición del "Manso de Corominas y Ginestera", por don F. L., fué el único alegado y probado, de sucesión testada de su padre, sujeto al fideicomiso por éste establecido, en su testamento.

CONSIDERANDO: Que en tal situación la propiedad de la finca; evidente y hasta reconocido por el demandado y recurrente, don M. T. L., el derecho de doña C. L. C., como fideicomisaria única superviviente a su hermano don F., fallecido sin descendencia, y, vigente en el Registro de la Propiedad, como también ha reconocido aquél, la condición resolutoria derivada del fideicomiso, respecto a su adquisición de la heredad denominada "La Ginestera", la sentencia recurrida, al reconocer el derecho de doña C. L. sobre la finca en cuestión, no ha incurrido en ninguna de las infracciones supuestas como primer motivo del recurso, cualesquiera que sean las razones y fundamentos legales que estimó precedentes para tal fallo.

CONSIDERANDO: Que don M. T. L., no formuló en las instancias petición alguna sobre mejoras; ni probó, ni siquiera alegó, la existencia de ninguna determinada por él aportada a la finca de que se trata; *ni los gastos fiscales que gravan el producto*, únicos presumibles y alegados en el recurso como necesarios, *pueden reputarse mejoras, sino gastos de producción que, conforme a lo prevenido en el art. 356 del Código civil, tiene la obligación de abonar a don M. T. L., con los de recolección y conservación, el que en definitiva haya de percibir los frutos*, según la sentencia recurrida, que, por lo tanto, tampoco ha incurrido en ninguna de las supuestas infracciones acusadas como segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y Manuel González.

SENTENCIA 15 NOVIEMBRE 1949

ANTECEDENTES.—Fallecido el propietario de la finca "Dehesa del Rincón"—en 5 de enero de 1948—, concedida en arrendamiento con fecha de 3 de noviembre de 1945,—por seis años forzosos para la propiedad y el cobro, ampliables por dos años, a voluntad del arrendatario—, sus causahabientes deducen ante el Juzgado de Primera Instancia de P. demanda solicitando acción personal declarativa de resolución y nulidad de contrato.

El Juzgado desestima, tanto la nulidad de lo actuado solicitada por el demandado, como el desahucio querido por el demandante. El demandado apela la sentencia y el demandante, apelado, solicita de la A. la desestimación de la demanda, en virtud de la no consignación de la renta, que es concedida por la A., en auto de 11 de febrero de 1948, que por auto de 2 de marzo declaró no haber lugar a suplir ni enmendar, se formalizó por el demandado apelado recurso de revisión, fundamentado en el siguiente

MOTIVO.—Causa 3.^a de la norma 7.^a del ap. A. de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, por aplicación indebida del párrafo 7.^o del ap. B de la citada disposición transitoria.

CONSIDERANDO: Que el pago de la renta es una consecuencia de la posesión de la finca arrendada, en la que continúa el arrendatario durante la tramitación del pleito, y, por ello, son perfectamente compatibles las dos circunstancias de ser apelante el arrendatario y tener obligación de pagar las rentas que vayan venciendo, ya que la continuación en la posesión de la finca arrendada tiene como compensación la obligación del pago de la renta por el arrendatario, obligación que el precepto aplicado por la Audiencia señala imperativamente, salvo en limitadísimos casos, que constituyen excepción, y por ello deben *interpretarse restrictivamente*, y cuya falta de cumplimiento castiga con el desistimiento el aludido precepto.

CONSIDERANDO: Que acusada la falta de consignación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia de S., y estimada por ésta esa omisión, a aquel momento hay que atenerse para apreciar la debida aplicación de la disposición invocada, sin que los actos posteriores a la resolución de la Audiencia puedan alterar la situación procesal de las partes litigantes.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 FEBRERO 1950

Recurso de súplica—contra auto dictado en incidente promovido en segunda instancia.

Tratándose de un auto dictado por la Audiencia Territorial en el que se resuelve un incidente promovido ante ella durante la segunda instan-

cia, debe interponerse previamente contra tal resolución el recurso de súplica que establece el artículo 402, de la L. E. C., "preliminar necesario del de revisión".

Declaración "ex officio" del desistimiento—en caso de falta de consignación de rentas.

La Audiencia tiene facultad para tener por desistido "ex officio" al apelante si no se consignaron en primera instancia, al apelar, las rentas debidas.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1959

Congruencia—requisitos.

La congruencia ha de entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito, no con los razonamientos alegados, ya por las partes, ya por el Tribunal para fundar su fallo.

Opción concedida por el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940—determinación del modo de conversión.

Ningún precepto legal impone, ni insinúa siquiera, que para la efectividad de tal derecho de opción sea requisito esencial no dejar para la ejecución de sentencia la determinación del modo cómo ha de convertirse la aparcería en arrendamiento.

ANTECEDENTES.—El demandante, aparcerero de una finca, fué requerido para que la abandonara al expirar el plazo contractual; a su vez, notificó al dueño su voluntad de ejercitar el derecho de opción concedido por el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940; no contestando el dueño, el aparcerero entabló demanda, que fué estimada en primera instancia; la Audiencia revocó esta demanda, absolviendo al dueño. Se entabló recurso de revisión.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero.—Violación del art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940: Se dan todos los requisitos para la aplicación de este artículo, y sin embargo no es aplicado.

Segundo.—Incongruencia, ya que el demandado solo alegó que dicho artículo 7.º sólo se aplica durante la vigencia del plazo contractual, y la Audiencia funda su fallo en que no se debe dejar para la ejecución de sentencia la determinación del modo de conversión, lo cual es erróneo.

CONSIDERANDO: Que es inaceptable el segundo motivo del recurso, por cuanto no pueden tacharse con éxito de incongruentes los fallos que cual el recurrido absuelven de la demanda, única pretensión deducida por los demandados al contestarle en el momento procesal oportuno, por lo que es de aplicación al caso la reiterada doctrina de este Supremo Tribunal, conforme a la cual *la congruencia ha de entenderse en relación*

con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito, no con los razonamientos alegados ya por las partes ya por el Tribunal para fundar su fallo.

CONSIDERANDO: Que el tema de revisión que plantea el primer motivo del recurso referente a los requisitos necesarios para la eficacia del derecho de opción reconocido al aparcerero cultivador por el artículo 7.º de la Ley de 23 de junio de 1940, cuando se da el supuesto en dicha norma establecido, ha sido ya materia de interpretación del aludido texto legal por parte de esta Sala, que en reiteradas sentencias, y muy especialmente en las de 8 de junio de 1948 y 17 de junio de 1949, ha fijado el criterio de que *basta para declarar el derecho de opción que conste de modo fehaciente la negativa del propietario aparcerero de continuar en dicha aparcería a la expiración de su plazo, y que por parte del aparcerero cultivador se ponga en práctica su derecho de opción antes de terminar la aparcería,* y como estos supuestos de hecho se dan en el caso actual, y así lo reconoce el propio fallo recurrido, es evidente que al no declarar el derecho que asiste al recurrente conforme al repetido artículo 7.º y en los términos solicitados en el suplico de su demanda, ha incidido en injusticia notoria al no interpretar ese texto legal con el alcance expresado y *pretender erróneamente puesto que ningún precepto legal lo impone, ni lo insinúa siquiera, que para la efectividad de tal derecho es también requisito esencial no dejar para la ejecución de sentencia la determinación del modo cómo ha de convertirse la aparcería en arrendamiento, en qué proporción y demás condiciones legales o contractuales de ese nuevo régimen arrendaticio, todo lo cual tiene cauce adecuado dentro del procedimiento para la ejecución de sentencias,* como así lo declara también en el caso igual al de este recurso la citada sentencia de esta Sala de 17 de junio último.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1950

Juicio de desahucio—aplicabilidad a la aparcería.

La excepción a dicha aplicabilidad reside, como en cualquier otro arrendamiento, en la complejidad de las cuestiones legítimamente planteadas.

Renta—aplicabilidad de este concepto a la aparcería.

La parte alicuota de productos que el aparcerero debe entregar al titular puede considerarse como renta de pago puntual y localizado, y la cuantía de tal renta en cada vencimiento, a efectos de su impago como causa de desahucio, es o debe ser conocida y cierta por el deudor en el momento inicial del procedimiento sumario.

Desahucio en la aparcería—consignación de rentas como requisitos para recurrir.

No existe fundamento racional ni de Derecho positivo para exceptuar al aparcerero apelante del deber de demostrar a los respectivos Tribunales de instancia, cuando les requiera para la admisión de recursos, que tienen satisfechas las rentas vencidas.

ANTECEDENTES.—En primera instancia se desahució a un aparcerero por fraude y deslealtad en el cumplimiento de sus deberes. Interpuesta apelación por el aparcerero, la Audiencia, a instancia del apelado, declaró firme la sentencia de primera instancia por no haberse consignado las rentas vencidas; previa desestimación del recurso de súplica, el apelante interpuso el de revisión.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Único.—Infracción por aplicación indebida de los arts. 1.566 y 1.567 de la L. E. C. y del párrafo 7.º de la disposición transitoria 3.ª, B), de la Ley de 28 de junio de 1940, y por inaplicación del artículo 1.565 de la L. E. C., y de doctrina legal. Los artículos 1.566 y 1.567, por su relación con el 1.565, sólo son aplicables al arrendatario, y no al aparcerero, que no ha de entregar renta, sino productos en cuantía indeterminada; además, durante la litis no había vencido ninguna renta; finalmente, la no entrega obedecía a indeterminación en la persona del dueño.

CONSIDERANDO: Que cuando en la doctrina y en la jurisprudencia, no obstante la dición del artículo 1.579 del Código civil, “*el arrendamiento por aparcería*” (sustancia y modo), se investigaba si la acción de desahucio podía ejercitarla el aparcerero arrendador pudiera, como opinión, sumarse en general el criterio del recurrente al bando que a sus fines en este pleito estimase convenirle más desde que este Supremo Tribunal, en su sentencia de 25 de noviembre de 1905, mantuvo la declaración de que *la excepción de dicha posibilidad radicaba, como en cualquiera otro arrendamiento, en la complejidad de las cuestiones legítimamente planteadas*, que restaban viabilidad al tipo especial del enjuiciamiento de los desahucios, tal duda ha desaparecido en sentido afirmativo, y no sólo en lo que al caso de autos y sus similares atañe, tal duda ha desaparecido, sino que el último párrafo del artículo 28 y el 47 de la Ley de 1935 la prohíben; ya no es lícita.

CONSIDERANDO: Que si “*la parte alicuota de productos*” que el aparcerero cultivador debe entregar al titular cedente del uso o disfrute de finca rústica (art. 43 de la Ley citada), en “*el tiempo lugar y forma de su distribución, convenida*” (art. 45) no pudiera considerarse “*renta*”, de pago puntual y localizado, a efectos de posible desahucio, sería necesario que del régimen arrendaticio de fincas rústicas desapareciera el art. 47 de la Ley de 1935 en cuanto cita como causa de lanzamiento del aparcerero, las enunciadas en el art. 28, y el número tercero de éste, llama “*renta*” a dicha parte alicuota y declara causa de desahucio “*la falta de su pago*”; “*renta contractual referida al pago que el aparcerero cultivador debe efectuar, repiten el art. 54 de la Ley de 1935 en su último párrafo y el pen-*

último de la norma octava de la disposición transitoria tercera de la Ley de 1940.

CONSIDERANDO: Que la cuantía de tal renta en cada vencimiento, a efectos de su impago como causa de desahucio, es—si cumple sus deberes—o debe ser—si los incumple—conocida y cierta por el deudor en el momento inicial del procedimiento sumario, por que existe tiempo predeterminado y predecesor de producción o carencia (arts. 43, 47, 48 y 50) de rendimientos de cuentas (arts. 48 y 50 y concordantes) y consiguientes, de entrega de productos.

CONSIDERANDO: Que los arts. 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil no sólo no se oponen sino que conciertan exactamente con la razón de Ley que informa (y lo que dice el contenido del art. 54 de la Ley de 1935, y norma octava de la transitoria tercera de la de 1940 antes citada); por tanto, y porque la Ley de Enjuiciamiento civil en el orden de enjuiciar y su modo, suple a las especiales de arrendamientos rústicos, no existe fundamento racional ni de derecho positivo para exceptuar, como el recurrente pretende, al aparcerero apelante, del deber de demostrar a los respectivos Tribunales de instancia cuando les requiera para la admisión de recursos que “tienen satisfechas las rentas vencidas”, demostración que hacen perfectamente posible los conceptos de “cosecha última vencida, liquidación efectuada y frutos entregados o disponibles para su entrega”, extremos que indudablemente capacitan al Juzgador de instancia para decidir si se ha cumplido, en la medida indispensable, el aludido artículo 1.566 de la Ley procesal civil.

CONSIDERANDO: Que la doctrina de la consignación o del depósito de rentas que el destinatario no quiera o no pueda recibir, o de destinatarios legítimos, desconocidos o inciertos, hacen de todo punto inestimable la excusa—de razón no probada—que para el incumplimiento del deber que el repetido precepto rituario impone alega la representación de don J. E.

FALLO.—No ha lugar.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS (1)

Serie 1.^a Publicaciones periódicas:

1. *Anuario de Historia del Derecho español*. 1944, 854 págs., en 4.^o; 1945, 851 págs.; 1946, 1187 págs.; 1947, 987 págs.; 1948-49, en prensa. Suscripción anual, 100 pesetas.
2. *Anuario de Derecho civil* (se publica en fascículos trimestrales). 1948, 1600 págs.; 1949. Precio de suscripción, 125 pesetas.
3. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (se publica en fascículos cuatrimestrales). 1948, 650 págs.; 1949; en 4.^o Suscripción anual, 60 pesetas.

Serie 2.^a Tratados y Manuales de Derecho español:

1. GARCÍA GALLO (Alfonso): *Tratado de Historia del Derecho español*. Tomo I, *Introducción, historia de las bases de formación del Derecho, de las fuentes y del Derecho público, hasta el siglo VII, inclusive* (en prensa); en 4.^o

Serie 3.^a Monografías de Derecho español:

1. ORTEGA PARDO (Gregorio): *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*. 1945, 175 págs., en 8.^o; enc. en tela, 20 pesetas.
2. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (José): *La condición jurídica del "nasciturus" en el Derecho español*. 1946, 270 págs., en 8.^o; encuadernado en tela, 30 pesetas.
3. MASIP ACEVEDO (Julio): *La derrelicción de bienes muebles en el actual Derecho español*. 1946, 138 págs., en 8.^o; enc. en tela, 22 pesetas.
4. LA CONCHA MARTÍNEZ (Ignacio de): *"La presura"*. 1946, 152 páginas, en 8.^o; enc. en tela, 22 pesetas.
5. HERNÁNDEZ GIL (Antonio): *El testamento militar*. 1946, 241 páginas, en 8.^o; enc. en tela, 34 pesetas.
6. RODRÍGUEZ DEVESA (José): *El hurto propio*. 1946, 251 págs., en 8.^o; encuadernado en tela, 34 pesetas.
7. ROSAL (Juan del): *Estudios penales*. 1948, 348 págs., en 8.^o; encuadernado en tela, 45 pesetas.
8. HUERTA FERRER (Antonio): *La relación de causalidad en la teoría del delito*. 1948, 377 págs., en 8.^o; enc. en tela, 50 pesetas.
9. RUBIO (Rafael): *La Inspección de Tribunales*. 1950, XIX + 190 páginas; 25 pesetas.
10. NÚÑEZ LAGOS (Rafael): *Hechos y derechos en la escritura pública* (en prensa).

(1) Las publicaciones mencionadas en el presente Catálogo se hallan a la venta en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, 6 y 8, Madrid.

Serie 4.^a Textos jurídicos vigentes:

1. *Código penal. Texto refundido de 1944 y Leyes penales especiales, anotadas y comentadas* por Eugenio CUELLO CALÓN. 1946, 846 páginas, en 12.º; enc. en tela (agotado).
2. *Apéndice al Código penal*. 1947, 24 págs., en 12.º (agotado).

Serie 5.^a Textos jurídicos antiguos:

- A) Colección escolar de fuentes jurídicas romanas:
 1. *Reglas de Ulpiano*. Texto latino con una traducción de Francisco HERNÁNDEZ TEJERO. 1946, 66 págs., en 12.º; enc. en tela, 20 pesetas.
- B) CUESTA (Luisa): *Formulario castellano del siglo XV*. 1948, 206 páginas, en 4.º; 40 pesetas.

Serie 6.^a Obras de carácter general:

1. HINOJOSA (Eduardo de): *Obras*. Tomo I, Estudios de investigación con un estudio de Alfonso GARCÍA GALLO sobre *Hinojosa y su obra*. 1948, CXXIX + 292 págs., en 4.º; 65 pesetas.

Serie 7.^a Obras de Derecho extranjero.Serie 8.^a Estudios de Historia del pensamiento jurídico:

1. CONDE (Francisco Javier): *El saber político en Maquiavelo*. 1948, 281 páginas, en 8.º; enc. en tela, 45 pesetas.

EDICIONES ESPECIALES DE ESTUDIOS PUBLICADOS
EN LOS "ANUARIOS"

- ALBALADEJO GARCÍA (M.): *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*. 1948, 60 págs.; 10 pesetas.
— *La hipoteca unilateral*. 1950, 35 págs.; 20 pesetas.
- ALVAREZ DE LINERA (Antonio): *Lo parapsicológico en la investigación criminal*. 1949; 10 pesetas.
- ALVAREZ SUÁREZ (Ursicino): *Los derechos provinciales romanos y el problema del Derecho foral español*. 1948, 14 págs.; 12 pesetas.
- BAGOLINI (Luigi): *Notas acerca de la relación jurídica*. 1950, 19 págs.; 15 pesetas.
- BALLARÍN MARCIAL (Alberto): *Organización del régimen de propiedad en África Occidental Española*. 21 págs.; 15 pesetas.
- CAMAÑO ROSA (Antonio): *El delito de abandono de familia*. 1949, 14 páginas; 10 pesetas.
- CASCIARO (José M.^a): *El visirato en el reino nazarí de Granada*, 1947; 10 pesetas.
- CASTEJÓN (Federico): *La responsabilidad sin culpa en los Derechos civil y penal*. 1948, 18 págs. (agotado).
- CASTRILLO SANTOS (Juan): *Autonomía y heteronomía de la voluntad*. 1949, 45 págs.; 30 pesetas.
- CASTRO BRAVO (Federico de): *Remuneración del representante legítimo del ausente*, 1948, 20 págs.; 10 pesetas.
— *La cuestión foral y el Derecho civil*. 1949, 48 págs.; 20 pesetas.
— *Lo S. A. y la deformación del concepto de persona jurídica*. 1949, 23 págs.; 17 pesetas.
- COSSÍO Y CORRAL (Alfonso de): *El arrendamiento de locales de negocio*. 1948, 40 págs.; 15 pesetas.
— *El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. 1948, 20 págs.; 10 pesetas.
— *La potestad marital*. 1948, 33 págs.; 10 pesetas.
- CUELLO CALÓN (Eugenio): *La reforma penal española en materia de falsificación de moneda*. 1948, 18 págs. (agotado).
— *Los nuevos métodos científicos de la investigación criminal y los derechos de la persona*. 1949, 19 págs.; 10 pesetas.

- DUALDE SERRANO (Manuel): *La Concordia de Alcañiz*. 1947; 10 pesetas.
- ELÍAS DE TEJADA (Francisco): *Las doctrinas políticas de Jerónimo Osorio*. 1947, 52 págs.; 10 pesetas.
- FAIRÉN GUILLEN (Victor): *Para la elaboración de una doctrina general de los principios de procedimiento*. 1948, 24 págs.; 12 pesetas.
- — *El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil*. 1949, 23 págs.; 15 pesetas.
- FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO (Francisco): *Modificaciones sustantivas en la legislación de arrendamientos urbanos* 1949, 41 págs.; 25 pesetas.
- FERRER SAMA (Antonio): *Noción y características del delito de bigamia*. 1948, 19 págs.; 10 pesetas.
- FONT RÍUS (José M.^a): *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. 1946, 504 págs.; 54 pesetas.
- FUENMAYOR Y CHAMPÍN (Amadeo de): *Intangibilidad de la legítima*. 1948, 21 págs.; 10 pesetas.
- — *La mejora de labrar y poseer*. 1948, 42 págs.; 10 pesetas.
- GALLARDO RUEDA (Arturo): *Fe pública y seguridad jurídica*. 1949, 34 páginas; 20 pesetas.
- GARCÍA ENTERRÍA (Eduardo): *La legalidad sobre grandezas y títulos nobiliarios*. 1948, 16 págs.; 10 pesetas.
- GARCÍA GALLO (Alfonso): *Los orígenes de la Administración territorial de las Indias*. 1944, 100 págs.; 20 pesetas.
- GARCÍA ROYO (Armando): *Estudio del retracto arrendaticio rústico*. 1949, 93 págs.; 35 pesetas.
- GIRÓN TENA (José): *La fundación de la S. A. en el anteproyecto de reforma*. 1949, 37 págs.; 25 pesetas.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE (Juan José): *La reforma procesal en la Argentina*. 1949; 10 pesetas.
- GORDILLO (Manuel): *La competencia penal en materia de navegación aérea*. 1949; 10 pesetas.
- GUASP DELGADO (Jaime): *Los límites temporales de la cosa juzgada*. 1948, 38 págs.; 10 pesetas.
- HERNÁNDEZ TEJERO* (Francisco): *La propiedad primitiva de las "res nec mancipi"*. 1945, 56 págs.; 10 pesetas.
- — *Sobre el concepto de "potestas"*. 1946, 24 págs.; 10 pesetas.
- HERRERA FIGUEROA (Miguel): *Filosofía y criminología*. 1948, 26 págs.; 10 pesetas.
- IGLESIAS (Juan): *Visión titoliviana de la Historia de Roma*. 1946, 32 páginas; 10 pesetas.
- JIMÉNEZ ASENJO (Enrique): *Represión penal del concurso*. 1948, 24 páginas (agotado).
- — *Teoría del Derecho penal especial*. 1949; 10 pesetas.
- JORDANO BAREA (Juan): *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*. 1948, 46 págs.; 10 pesetas.
- LOIS ESTÉVEZ (José): *La teoría del objeto del proceso*. 1949, 26 págs.; 20 pesetas.
- LÓPEZ-AMO MARÍN (Angel): *El pensamiento político de Ezrenis en su tratado de "Regiment de princeps"*. 1946, 140 págs.; 18 pesetas.
- LÓPEZ ORTIZ (José): *La colección conocida con el título de "Leyes Nuevas" y atribuida a Alfonso X el Sabio*. 1945, 70 págs.; 10 pesetas.
- LÓPEZ RÍOCEREZO (José M.^a): *Doctrina de Fr. de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal*. 1949; 10 pesetas.
- MELJERS (E. M.): *Los Fueros de Aragón y Sobrarbe*. 1947, 26 págs.; 10 pesetas.
- MEREA (Manuel Paulo): *Estudios de Derecho privado visigótico*. 1945, 46 páginas; 15 pesetas.

- MEREA (Manuel Paulo): *Notas sobre el poder paternal en el Derecho hispanico occidental durante los siglos XII e XIII*. 1947, 15 págs.; 10 pesetas.
- MONTERO Y G. DE VALDIVIA (Jaime): *Modernas orientaciones de la colonización agraria en España*. 1949, 33 págs.; 20 pesetas.
- MOSSA (Lorenzo): *Para el proyecto español de Ley sobre la S. A.* 1949, 31 págs.; 21 pesetas.
- NÚÑEZ LAGOS (Rafael): *Perfiles de fe pública*. 1949, 26 págs.; 20 pesetas.
- ORLANDIS ROVIRA (José): *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*. 1945, 86 págs.; 20 pesetas.
- — *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*. 1947, 100 págs.; 25 pesetas.
- ORS PÉREZ-PEIX (Alvaro D'): *"In diem addictio"*. 1945, 102 págs.; 25 pesetas.
- — *Estudios sobre la "Constitutio Antoniniana"*. 1946, 24 págs.; 10 pesetas.
- — *"Optio servi"*. 1947, 65 págs.; 15 pesetas.
- ORTEGA PARDO (Gregorio): *Cuasi-contratos atípicos*. 1948, 27 págs.; 10 pesetas.
- — *Donaciones indirectas*. 1949, 67 págs.; 35 pesetas.
- PALOMEQUE (Antonio): *El señorío de Valdepusa y la concesión de un privilegio de villazgo al lugar de Naval Moral de Pusa, en 1635*. 1946, 96 págs.; 20 pesetas.
- F. B. (C.): *Apreciación sobre la legislación que regula los títulos nobiliarios*. 1949, 19 págs.; 17 pesetas.
- PEREDA, S. I. (Julián): *El concepto normativo de la culpabilidad*. 1949, 18 páginas; 10 pesetas.
- PÉREZ LEÑERO (José): *Derecho penal de trabajo español*. 1949; 10 pesetas.
- PÉREZ SERRANO (Nicolás): *La fijación de la renta en dinero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*. 1948 (agotado).
- — *El derecho moral de los autores*. 1949, 21 págs.; 20 pesetas.
- — *Impugnación de acuerdos de las Juntas generales de las S. A.* 1949, 17 págs.; 12 pesetas.
- — *La reforma de la S. S.* 1949, 16 págs.; 12 pesetas.
- PRIETO CASTRO (Leonardo): *En defensa de la ciencia procesal*. 1949, 31 páginas; 20 pesetas.
- RAVENTÓS NOGUER (Manuel): *En torno al artículo 168 del Código civil*. 1949, 8 págs.; 5 pesetas.
- ROSAL (Juan del): *Estimación de la teoría del "tipo autor" en la legislación penal española*. 1948, 27 págs.; 10 pesetas.
- ROYO MARTÍNEZ (Miguel): *Contratos de adhesión*. 1949, 16 págs.; 15 pesetas.
- RUBIO (Rafael): *La inspección de Tribunales*. 1948, 36 págs.; 22 pesetas.
- — *La misión y la función del Juez*. 1948, 20 págs.; 10 pesetas.
- SÁNCHEZ TEJERINA (Isaías): *Nuevos problemas del Derecho penal*. 1948, 12 págs.; 10 pesetas.
- SCHONKE (Adolfo): *Interpretación, analogía y Derecho consuetudinario en el Derecho penal*. 1948, 21 págs.; 10 pesetas.
- SILVA MELERO (Valentín): *Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal*. 1948, 13 págs.; 10 pesetas.
- SOLS GARCÍA (Pedro): *Prescripción contra el Registro, síntesis de la doctrina legal*. 1949, 18 págs.; 10 pesetas.
- USCATESCU (George): *El seguro marítimo en el Código civil italiano de la navegación*. 1949, 26 págs.; 15 pesetas.
- VALDECASAS (Guillermo G.): *La acción publiciana en nuestro Derecho vigente*. 1948, 22 págs.; 10 pesetas.
- VERDERA TUELLS (Evelio): *Algunos aspectos de la simulación*. 37 págs.; 22 pesetas.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

SCHONKE, Adolf. *El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil.*

ORTEGA PARDO, Gregorio: *Herederos testamentario y herederos forzosos.*

UDAONDO BARINAGARREMENTERÍA, Juan de: *El arrendamiento de empresa en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

REAL DE LA RIVA, Natalio: *En torno a la vigente ley de arrendamientos urbanos. ¿Es aplicable a los locales destinados a cochera?*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.