

**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 IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCML

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La facultad de disposición

FRANCISCO F. VILLAVICENCIO AREVALO

Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Determinación positiva del concepto de disposición. Administración. Disfrute. Enajenación.* 3. *El concepto del derecho de propiedad. La propiedad como derecho subjetivo típico y como derecho real básico.*—4. *Las facultades del propietario. Facultades llamadas materiales.*—5. *La facultad de disponer y su rango especial.*—6. *La facultad de disposición como extraña al contenido del Derecho.*—7. *Caracteres y función de la facultad de disponer.*—8. *Construcción de la facultad dispositiva.*—9. *Noción de las causas de indisponibilidad.*—10. *Facultad dispositiva y capacidad de disponer.*

1. Es principio general, desarrollado sobre todo por la doctrina y la legislación germánicas, que el negocio obligatorio—productor de simples obligaciones—exige en el sujeto capacidad para obligarse, y que, por el contrario, el negocio dispositivo—causa de la alteración patrimonial—requiere no sólo la capacidad de obrar, sino también un poder específico. Este es el *poder o facultad de disposición*.

Por mucho que quiera discutirse, este principio, cuya base jurídico-técnica es evidente, no pertenece sólo a legislaciones de tipo determinado, sino que se proyecta también en nuestro sistema civil. Pueden existir variantes, muchas de ellas nacidas de la relación causal—a veces exagerada—entre título y modo. Pero la admisión es incontestable. En virtud del artículo 1.457 Código civil, por ejemplo, para celebrar el contrato—obligatorio: artículo 1.445 C. c.—de compraventa, es necesario que los contratantes puedan *obligarse*. Pero, para producir la alteración patrimonial—manifestada en la adquisición de la otra parte mediante la tradición: arts. 609, 1.095 C. c.—, es necesaria la *persistencia de la capacidad* y además un elemento nuevo antes no exigido: la facultad para disponer libremente de la cosa. Así se deduce de la racional interpretación del artículo 1.160 del Código civil.

El *pago* de una obligación de dar cosa no fungible—al menos—es en nuestro Derecho un verdadero *negocio dispositivo* (1). Son las *dos vertientes* del hecho de la entrega, que, entre otras cosas, explican el mecanismo de la consignación: vertiente *solutoria* y vertiente *dispositiva*.

Si, además, el pago es negocio abstracto, y si nuestro negocio dispositivo equivale al acuerdo—*Einigung*—del Derecho alemán, son cuestiones distintas. Por lo menos es de observar que su vertiente de solvencia—pago—es causal, y su faceta de transmisión—*disposición*—puede ser abstracta. Conviene advertir aquí que la *abstracción* de un acto jurídico admite varias acepciones a su vez. Entre ellas, escojamos estas dos: 1.^a Se puede afirmar que el negocio es abstracto en el sentido de que se le considera desvinculado de otro negocio—su normal antecedente—. Es la abstracción que pudiéramos llamar *formal* porque señala la independencia del negocio respecto a su causa *material*. En nuestro sistema jurídico, es difícil apreciar este tipo de abstracción en el negocio dispositivo en relación con el obligatorio (2), pero no en otra especie de negocios (3). 2.^a Por regla general, dentro del sistema de nuestro Derecho positivo, sólo cabe concebir como abstracto al negocio dispositivo en el sentido de que a veces es independiente de su causa *eficiente*, o sea del poder de disposición de quien transmite. Dado que el negocio dispositivo exige dicho poder, la abstracción sólo es posible atendiendo a consideraciones de orden

(1) Las reiteradas alusiones de la ley a «entrega de la cosa», a poner «en poder y posesión», etc.—asi como otras consideraciones expuestas por la doctrina—, no impiden considerar el pago como verdadero negocio dispositivo. El artículo 1.463 C. c. admite, por ejemplo, que la entrega en determinados casos se efectúe por el *solo* acuerdo o conformidad de los contratantes. Por mi parte, tengo la convicción de que el *pactum reservati dominii*, como otras posibles cláusulas del contrato, no pertenece a la fase obligatoria, sino al momento dispositivo. Y no sería posible si el pago no entrañase un negocio jurídico.

(2) Del negocio obligatorio derivan efectos personales. Del dispositivo (que comprende el *animus dominii transferendi*), efectos reales. Desvinculados ambos negocios, el efecto real del negocio dispositivo se produce independientemente de la validez o existencia de la causa obligatoria. Estos principios, hoy en descrédito dentro de la doctrina alemana—ajenos por completo a la conciencia popular hasta el punto de que HECK (vide Cossío, *Lecc. Der. Hip.*, Barcelona, 1945, pág. 51) propugna por ello la vuelta al sistema causal—, tuvieron éxito en el sistema de inscripción, constitutiva del derecho alemán, pero son inaplicables al nuestro, si bien la nulidad de la inscripción registral exige la declaración previa de nulidad del negocio obligatorio antecedente y ligado a la misma en relación de causa a efecto (por lo que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos, salvo la protección de terceros).

(3) La independencia de las causas formal y material se manifiesta no sólo en el campo negocial (negocio cambiario, por ejemplo), sino también en otras situaciones. Considérese, v. gr., el artículo 41 L. hip.; la seguridad de los derechos inscritos exige una acción rápida para su efectividad, y la rapidez misma requiere simplicidad: se provee de un procedimiento parecido al ejecutivo de la Ley procesal, en el cual las estrictas excepciones *abstraen procesalmente* la situación jurídica aparente de la real, de forma más o menos absoluta.

superior, como es el caso de la protección a la *apariencia jurídica*. En efecto, es notable cómo, cuando se habla de apariencia jurídica, se acentúa el aspecto de protección a la buena fe, y se olvida casi siempre el instrumento de dicha tutela, que es, precisamente, la *abstracción* del negocio productor de la apariencia. La consideración del negocio como abstracto—en la acepción expuesta—, es lo que hace posible la protección a la buena fe interviniente.

El negocio dispositivo es abstracto, pues, en principio, en cuanto se considera el efecto transmisivo desvinculado de la existencia del poder de disposición. Mas como esta abstracción sólo se produce con la mira de proteger la buena fe del adquirente, apenas tiene por sí misma otro efecto que el de hacer recaer la carga de la prueba sobre el disponente. Por ello, salvo los casos en que la ley convalida de modo expreso la adquisición de no titular, el principio general derivado del artículo 1.160 del Código civil permanece en pie: para transmitir la titularidad de un derecho es necesario poder de disposición en quien lo transmite (4).

Esto nos coloca ante un problema central: el de determinar en qué consiste ese poder o facultad (5).

2. La voz *disposición* se emplea a veces en el sentido de una declaración de voluntad con trascendencia jurídica, sea como voluntad legal o testamentaria (6). Pero adquiere un interesante relieve cuando viene a expresar el efecto o resultado de determinados actos. Equivale entonces disponer a enajenar, en el lenguaje corriente (7), y tanto enajenación como disposición califican a determinados actos que la doctrina contrapone a los llamados actos de *administración* (8). Estos últimos son actos conservati-

(4) Valgan aquí estas someras indicaciones. Al estudiar la concurrencia de la facultad dispositiva en la conclusión del negocio de disposición (v. nota siguiente), consideraremos más ampliamente, junto a la concurrencia de una facultad limitada, la ausencia de tal facultad; y, en ambos casos, los efectos de la apariencia de derecho creada.

(5) Mi intención es estudiar sucesivamente los diversos aspectos de la *disposición* conforme al siguiente esquema: 1.º *Breve determinación positiva del concepto de disposición*. 2.º *La facultad de disposición*. (A estos dos puntos se contraerá el presente trabajo.) 3.º *Concurrencia de la facultad de disposición al acto dispositivo. Limitaciones a la facultad de disponer. Determinación negativa del concepto de disposición. Ausencia de la facultad dispositiva en la conclusión del negocio*.

(6) Legal: arts. 12-1.º, 1.090, 1.092, 1.093, por ej. Testamentaria: 763, 785-2.º, 787, 790.

(7) El Diccionario de la Real Academia Española (16.ª ed., Madrid, año de la Victoria) asigna a *disponer* dos acepciones principales: «deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse»; «ejercitar en las cosas facultades de dominio, enajenarlas o gravarlas, en vez de atenerse a su posesión y disfrute». Y de *enajenar* dice: «pasar o transmitir a otro el dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella». En la práctica se emplean las voces *disponer*, *enajenar*, *traspasar*, *ceder* o *transmitir* con significado análogo y poco preciso.

(8) Cfr. PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de D. civ. fr.*, I, París, 1925, páginas 326 y sigs. Vide art. 1.713 C. c. esp. Sobre acto de administración en general, puede verse recientemente GITRANA, *La admón. de herencia en el*

vos de un patrimonio que tienden sólo a conservar los derechos obteniendo el disfrute de que los bienes son susceptibles. A pesar de esta definición comúnmente aceptada, los autores convienen en estimar la dificultad de señalar con precisión las fronteras entre la conservación y la distracción de los bienes, quizá porque no haya acuerdo entre ellos sobre el ámbito de la conservación. En principio, sin embargo, se puede afirmar que es conservativo todo acto que no implique por sí mismo la constitución sobre los bienes o derechos propios, de otro derecho fundado sobre un interés de los que Heck (9) ha llamado *conservativos*. Y de esta manera podemos afirmar provisionalmente que los actos de disposición crean siempre en cabeza de otro sujeto un derecho que para el nuevo titular tendrá carácter eminentemente conservativo.

No he dicho que todos los actos que creen titularidades conservativas sean actos de disposición, pero sí lo contrario. Nuestro Código civil, y otros que siguen al napoleónico, hablan de los derechos de disfrutar y de disponer como de facultades de igual rango que competen al propietario. Carnelutti (10), empero, concibe a los términos disposición y *disfrute* como pertenecientes a planos distintos, en el sentido de que el disfrute es el objeto de la disposición. Aunque no coincido enteramente con la argumentación por él efectuada, creo, sin embargo, que en el fondo es susceptible de cierto desenvolvimiento. Es decir: la disposición

Derecho esp., Madrid, 1950, págs. 9 a 19; estima que es la idea de conservación la que diferencia al acto de administración del dispositivo, pero concibe al primero como acto que no compromete en modo alguno ni el valor del bien o bienes a los que se aplica, ni su individualidad, ni *a fortiori* su existencia en el seno del patrimonio (pág. 18), con lo cual ha de volverse a la enumeración de las condiciones del acto, tal como últimamente lo hace PIÑÓ, en *Enciclopedia jur. esp.* (Seix), v. *Administración*, II, en prensa. Vide bibliografía citada en ambos.

(9) *Grundriss des Sachenrechts*, Tübingen, 1930, págs. 1 y sigs. Esta expresión, que recuerda demasiado la de «intereses absolutos», es empleada por HECK para determinar los caracteres del derecho real en su función protectora, contra los intereses de tráfico dignos de menor protección. No sólo desarrollada esta idea, sino superada por LÖNING. *Die Grundstücksmiere als dingliches Recht*, Jena, 1930, págs. 18 y sigs. Algo aproximada a la que establezco es la idea del fin de conservación aplicada al acto de administración en NATOLI, *L'amministr. dei beni eredit.*, 1947-49, I, pág. 151, al que cita el propio GITRAMA.

(10) *Teoría general del Derecho*, 1.ª ed. trad. esp., Madrid, 1941, págs. 182 y siguientes: «cuando el artículo 476—dice—define a la propiedad como el derecho a disfrutar y disponer de la cosa, desarrolla imperfectamente, como permitían los tiempos, un germen fecundo, que consiste en distinguir entre disposición y disfrute. Son éstos, en realidad, los dos elementos, psicológico y económico, de que se compone no sólo la propiedad, sino todo derecho subjetivo. Los defectos en el desarrollo de estos gérmenes son dos, imputables uno y otro al atraso de la técnica jurídica cuando la definición fué concebida. El más grave consiste en poner disposición y disfrute en un mismo plano». (Paridad que establece también, por ej., PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e dir. sostanziale*, Milano, 1935, pág. 870.) Por lo demás, es posible encontrar en el concepto de disposición de CARNELUTTI ciertas reminiscencias de BALDO, «quandoque pro proprietate accipitur» respecto al usufructo (*ad l. l. D. 7. 1. n. 3*).

presupone el disfrute en el sentido de que los actos dispositivos —como los enajenativos— no operan más que sobre masas de disfrute, y no puede hablarse de disposición sino cuando el titular de un derecho haya procurado que con su acto salga del patrimonio una posibilidad fructífera de aquél. Por ello, la constitución de un derecho real de garantía o de adquisición no implica la realización de un acto dispositivo propiamente dicho. Recuérdese que lo que intento ahora es determinar *positivamente* los conceptos de disposición y enajenación, y no determinar qué actos no puede realizar el titular cuando se le haya prohibido disponer o enajenar, pues esto constituiría una determinación *negativa* que ya se intentará al estudiar las limitaciones a la disposición. Y, *positivamente*, los actos de constitución de un derecho real de garantía, por ejemplo, no son actos de disposición propiamente dichos; no basta afirmar que se haya constituido un derecho real, sino que es necesario demostrar que este derecho merece *conceptualmente* tal calificación, y que no se le concede por consideraciones históricas o de seguridad jurídica (11).

En principio, por tanto, la disposición como la enajenación implican la salida de un patrimonio de alguna posibilidad de disfrute que cree en poder de otra persona un derecho protector de un interés de conservación.

Pero, a partir de aquí, es necesario dar un concepto concreto de cada uno de los dos términos: *enajenación* y *disposición*. Pueden utilizarse varios criterios, suministrados unos por la doctrina sobre la base del concepto romano de *alienatio*, y otros por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

a) En primer lugar, se afirma que enajenar significa sólo transmitir por actos *inter vivos*, abarcando la disposición además a los actos *mortis causa* (12). La enajenación—como indica Ba-

(11) El derecho real, en sí, requiere ser considerado *conceptualmente* como tal. Mas no es sólo una categoría conceptual como pretendiera SOHN (*Grünhut's Zeitschrift*, v. pág. 35), porque es necesario admitir que se da el nombre de derecho real a determinados derechos que conceptualmente no lo son, por imperiosa protección del tráfico. Ello no quiere decir, sin embargo, que el concepto del derecho real sea variable hasta convertirse en una mera categoría histórica (comp. BEKKER, *System d. heut. Pand.*, Weimar, 1886, pág. 82). El patrimonio cumple dos funciones fundamentales: la natural de disfrute y la de sustentáculo de la responsabilidad. Con los derechos que comprende sucede lo mismo. Los derechos constituidos sobre el disfrute son los derechos reales en sentido estricto, siempre que protejan un interés conservativo. Los derechos de garantía, por ejemplo, no suponen más que una concreción de la función de responsabilidad concediéndose una posición *preferente* a un sujeto, por lo cual, necesariamente, hay que proteger al derecho contra todos. Pero no reúnen las características del derecho real, y pertenecen más al campo de la acción. Tampoco puede hablarse de un «derecho real de disposición», como veremos.

(12) Así parece entenderlo la S. T. S. 23 de diciembre de 1940, al interpretar una prohibición absoluta de enajenar con encargo de reserva a favor de hijos del testador para caso de segundas nupcias de la cónyuge heredera, como prohibición supeditada a la supervivencia de los hijos a aquél «y como

rassi (13)—implica, si se hace por negocio jurídico, la forma contractual. Verdaderamente, no hay ningún índice legislativo ni razón lógica que constriña a admitirlo; nada impide que se llame enajenación a la disposición por causa de muerte. Pero así ocurre en el uso común del vocablo.

En realidad, no es éste un criterio seguro, puesto que, si concebimos al testamento como negocio jurídico verdaderamente traslativo, tanto se le puede llamar de enajenación como de disposición, por más que su carácter unilateral pudiera ser un obstáculo. En definitiva, sólo la vulgar apreciación de las gentes nos impide llamar enajenación al acto de disponer *mortis causa*.

b) Savigny intentó identificar—sobre una personal interpretación de la *translatio in alium*—a la enajenación con la donación (14). Sin embargo, al menos en nuestro Derecho, la conclusión podría ser precisamente la contraria, ya que nuestras leyes y nuestra jurisprudencia emplean la locución *enajenar a título oneroso* y a veces sólo la de *enajenar* con acepción similar (15). Parece, pues, que para nosotros «disposición» quiera significar transmisión tanto a título oneroso como lucrativo. Con todo, tampoco este criterio es definitivo, porque tanto uno como otro término implican la misma idea de transmisión tanto gratuita como onerosa.

c) Finalmente, debemos volver al sentido romano de la *alienatio* para encontrar una diferencia apreciable. En el sentido de las fuentes, enajenar equivale a hacer de otro, transmitir o transferir un derecho, comprendiendo los actos de traspaso traslativo con salida de un patrimonio y entrada en otro por medio de un único negocio jurídico; pero no los actos de traspaso constitutivo—falta la preexistencia—ni la renuncia—porque falta una verdadera y propia transmisión—.

De otra manera parecen pensar Fadda y Bensa (16), pues ha-

institución de usufructo a favor de la heredera y de nuda propiedad a favor de sus hijos, toda vez que la discutida cláusula no prohíbe en términos genéricos disponer, sino sólo *enajenar*, o sea, en el estricto significado de la palabra, *transmitir por actos inter vivos*. (Realmente bastaría haber aplicado el principio de la interpretación restrictiva de las normas prohibitivas, sin necesidad de asignar un significado ciertamente dudoso al vocablo.) En parecido sentido, S. 6 de mayo de 1927: «El concepto específico de transmisibilidad de lo propio... adopta... dos modalidades distintas, según que el sujeto de derecho que realiza la transmisión se proponga establecer una relación jurídica de presente, esto es, durante su vida o inter vivos, o para después de su muerte o *mortis causa*». Parece abonar esta interpretación el artículo 785 C. c., al referirse a la prohibición de *enajenar*, que sólo produce la indisponibilidad *inter vivos*, junto a la sustitución fideicomisaria que impide también la transmisión *mortis causa*.

(13) *I Dir. reali nel nuovo C. c.*, Milano, 1943, pág. 418.

(14) *Comp. DEL PRETE, v. Alienatio*, en *N. Dig. it.*, I, 1937.

(15) Particularmente por lo que se refiere a las diversas especies de retracto, junto con la interpretación amolía propugnada por la Jurisprudencia respecto a los actos de disposición que determinan la posibilidad de su ejercicio.

(16) *Anot. a WINDSCHEID*, trad. it *Dir. delle Pand.* IV, Torino, 1926,

blan del traspaso constitutivo dentro de la *alienatio* diciendo que Justiniano (*De fundo dotati*, 4, 51, 1) «dispone en general que la prohibición de enajenar, sea legal, testamentaria o convencional, comprende *non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem*, o sea las dos figuras de completa separación de una cosa de nuestro patrimonio, sino también *usufructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum*, y añade: *similique modo et servitutes minime imponi nec enphiteuseos contractum*». Sin embargo, no creemos que con ello quiera decir Justiniano que el término *alienatio* comprenda la constitución de los *iura in re aliena* (puesto que no emplea la palabra para *usufructus dationem*, por ejemplo, antes únicamente para *dominii alienationem*), sino sólo que, cuando se prohíba la enajenación, es lógico *presumir* que también quieren prohibirse los demás actos, tan comprometedores para la titularidad dominical aunque dejen a ésta intacta como derecho subjetivo (17).

A ello puede agregarse que el Código civil emplea con frecuencia la palabra enajenar en oposición a la acción de constituir servidumbres y gravámenes, siguiendo una pauta que ha recogido la jurisprudencia (18).

Con las necesarias reservas—en relación con lo que ya anteriormente sostuve—, podemos admitir este criterio como válido. Y afirmar en consecuencia que es acto dispositivo aquel por el cual salen del patrimonio a que pertenece un derecho o unas posi-

pág. 372-73: «Quien repare en la etimología de la palabra *alienare* (*alienum facere*), se persuade de que el significado ordinario y propio de la enajenación lleva consigo no sólo la separación de un derecho de nuestra esfera jurídica —o sea, una simple negación como observa HÖLDER (*Pand.*, pr. 36, pág. 183)—, sino al mismo tiempo su atribución a la esfera jurídica de otro. Equivale a decir que, en rigor, consiste en una *translatio in alium* (cfr. SÉNECA, *De ben.* 10, 5)... Y también en nuestro común lenguaje, como advierte el Vocabulario de la Crusca, enajenar equivale a "transferir a otro el dominio de cualquier cosa"».

(17) GUTIÉRREZ ALVIZ, *Dic. Der. Rom.*, Madrid, 1948, define la *enajenación* como «traspaso de un derecho o titulación jurídica de un sujeto a otro por voluntad de quien lo pierde en favor del adquirente»: *alienare* como «enajenar, transmitir, transferir, vender»; y *alienatio* como «enajenación, transmisión, cesión o venta de una cosa de una persona que venía siendo su titular a otra que pasará a serlo en adelante; también, abandono de una cosa o de un derecho en favor de otra persona (*D. 24-1-38; D. 14-6-9-1; C. 5-23-1*)». Más adelante veremos los caracteres de unidad y simplicidad del derecho subjetivo, que hacen imposible la *desintegración* del mismo.

(18) C. c. artículos 59-3.º, 164, 269, 270, 399, 1.361, 1.387, 1.388, 1.444, etcétera. S. T. S. 6 de mayo de 1927 cit.: «En el concepto genérico de disponibilidad, como facultad substancial del derecho de propiedad, según el artículo 348 C. c., en virtud de la cual el propietario se desprende de todos o de parte de sus atributos dominicales, sustituyendo o modificando el destino jurídico de lo suyo, están comprendidos los actos específicos de transmisión, imposición de cargas y de subordinación a una responsabilidad, a la que sirve de garantía». Vide Res. 10 de junio de 1924. Presentan como equivalentes los términos «enajenación» y «venta», artículos 186-3.º, 317, 1.367, 1.522, etc., todos del C. c. Anómalamente, contraponen «disposición» y «gravamen», artículo 189 C. c. de redacción reciente.

bilidades de disfrute que vienen a constituir un nuevo derecho en cabeza de otra persona (19).

En cambio, no debe hablarse técnicamente de enajenación sino cuando con referencia a un derecho *ya existente* en un patrimonio se produzca su salida del mismo y su integración en un patrimonio diverso.

Una cosa absolutamente distinta es afirmar que cuando se limita la enajenación pueden entenderse también limitadas algunas posibilidades dispositivas no estrictamente de enajenación, y de la misma manera puede ocurrir que al limitarse la disposición en general, se impida también la realización de actos que no hayan por ello de considerarse precisamente como dispositivos (20). Todo ello pertenece al momento de la integración *negativa* de los conceptos de disposición y enajenación, cuyo estudio no corresponde en este lugar.

También hemos de advertir que el efecto antonomástico de la disposición es la salida de un derecho del patrimonio a que pertenecía. El efecto constitutivo de derechos reales es una consecuencia necesaria del poder de disposición—por tratarse de actos dispositivos menos acentuados—, por el principio de que quien puede lo más puede lo menos.

3. La facultad de disposición, como la disposición misma, se aplica sobre toda clase de derechos de contenido patrimonial, y no sólo sobre la propiedad en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, para las sucesivas consideraciones tomaré por base el derecho de propiedad, en relación con el cual habla el artículo 348 del Código civil del *derecho de disponer*, y tratan los autores de las limitaciones a la facultad dispositiva. Pero no se pierda de vista que, en realidad, propiedad no es sólo el derecho de dominio, sino cualquier otro derecho patrimonial—al menos—, que no dejará por ello de ser *propio*. En definitiva, «la noción de

(19) También admite en principio la acepción amplia del acto de disposición (modificación, gravamen, transmisión, extinción) GORLA, *L'atto di disposis. dei dir.*, en *Studi Tommasone, An. Perugia*, 1936, ser. 5.^a, vol. XIV, sep. Padova, 1937, pág. 10, nota. En cuanto a la renuncia, habrá asimismo que concluir que se trata de un acto de disposición que no es enajenación en sentido estricto, pues aun en el caso más discutible, como es aquél en que supone el abandono de un derecho en favor de tercero, la entrada del derecho renunciado en el patrimonio ajeno no se opera por el propio acto de renuncia (cfr. FADDA y BENSÀ, *loc. cit.*, pág. 379—un estudio excepcional—; STOLFI, *Teor. del neg. giur.*, Padova, 1947, pág. 50). También PIRAS, para quien la facultad de renuncia está lógicamente encuadrada y comprendida en la de disposición (*Sull'esercizio della fac. di disporre*, *N. Riv. Dir. comm., Dir. del'econ., Dir. soc.*, 1947, I, 1-4, págs. 23 y 26).

(20) Este es el sentido del texto de JUSTINIANO, de nuestra Ley de *Partidas* (VII, 33-10)—«aquél a quien es defendido de non enagenar la cosa, no la puede vender, ni canviar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, nin darle a censo a ninguna de aquellas personas a quien es defendido de la enagenar»—y de nuestra jurisprudencia (cfr. Ss. ya citadas). Así ha de interpretarse, p. ej., el artículo 225 C. c.

derecho subjetivo no es más que la de la extensión de la propiedad», como decía Renard (21), y su valor simbólico permite afirmar que la propiedad es el ejemplo típico de derecho subjetivo (22).

A partir del Derecho romano, de sentido eminentemente jurisprudencial y práctico, los esfuerzos de filósofos y juristas han cristalizado en una serie de intentos de definición de la propiedad. Con gran parte de las definiciones producidas, podemos integrar dos grupos básicos (23):

A) El primero es de carácter empírico, y se reduce a considerar a la propiedad como a la suma de los poderes o facultades que la titularidad del derecho concede. Así, el derecho de propiedad podrá ser el derecho de gozar y de disponer de una cosa como titular de la misma. Con ello, se confunde el concepto de propiedad con su contenido, es decir, con su extensión objetiva, *dando a base de ésta la definición de aquélla*. A veces, como en el Código de Napoleón, se agrega el carácter absoluto del derecho, y no creo que por convicción ideológica, sino por verdadera necesidad, ya que la definición decía tan poco y era aplicable a tal número de figuras distintas de la propiedad (derecho subjetivo), que no hubo más remedio que calificar a la propiedad con su nota más vulgar (si bien a continuación paradójicamente limitada).

Esta postura es la más extendida, tanto en la doctrina como en el Derecho positivo, hasta el punto que nos parece inútil citar sus numerosas expresiones (24). De ella se ha querido ver un precedente valioso en el Derecho romano; injustamente, por cierto, porque los textos romanos no nos han legado definición alguna

(21) *Théorie de l'institution*, 1930, pág. 33, n. 1; cit. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Parte general, T. I, Libro preliminar, Valladolid, 1942, página 483.

(22) CARNELUTTI, op. cit., pág. 182.

(23) Fácilmente se comprende que no pretendo entrar aquí en la polémica alrededor de la naturaleza del derecho real, ni establecer la clasificación de las definiciones de la propiedad sobre la base de la postura que en tal problema adoptaran sus autores. Intento sólo determinar la forma de concebir el contenido de poder que cada sector acentúa. Con lo cual, concibiendo desde luego al derecho de propiedad como derecho subjetivo, quedan al margen de mi estudio aquellas teorías totalmente desintegradoras que han representado SCHLOSSMANN, THALLER y DUGUIT (cfr. RIGAUD, *El der. real*, trad. esp. Madrid, 1928, páginas 145 ss.). Puede verse también BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice civile*, 2.ª ed., Milano, 1943, en la que sistematiza las definiciones de la propiedad de modo muy completo, págs. 3 a 6, y J. ROTONDI, *Istit. Dir. privato*, Milano, 1945, pág. 230 y siguientes.

(24) En el derecho positivo, Código francés, artículo 544; italiano de 1865, artículo 436, nuevo, artículo 832; español, artículo 348; a más de ellos, incluyen el elemento de la disposición, el austriaco, artículo 354; Landrecht prusiano (I, tit. 8, pr. 1). Para un amplio estudio, cfr. PICCINELLI, *Studi e ricerche in torno alla definizione adominium et ius utendis*, Firenze, 1886. Como expresión relativamente moderna de esta dirección, ROGUIN, *La science juridique pure*, Paris-Lausanne, 1923, III, pág. 834. (V. también artículos 624 y 116-1.º C. c. esp.)

de la propiedad (25), ni la concepción expuesta encaja en el tecnicismo del Derecho de Roma.

De este tipo de definiciones del derecho de propiedad arrancan una serie de consecuencias notables:

La primera es que cada uno de los derechos que la integran tiene una cierta individualidad, hasta el punto de que su separación del derecho que pudiéramos llamar *matriz* es un verdadero acto de enajenación (enajenación *parcial*) y no de constitución (por ejemplo, de usufructo, cuando lo separado es el disfrute).

En segundo lugar, se considera a los derechos reales sobre cosa ajena como derechos *desmembrados*, con lo que el derecho de propiedad viene a ser un mosaico al que con la misma facilidad se le separan o se le devuelven sus partes; hasta el punto que se ha llegado a llamar fenómeno de *desintegración* al de constitución de *iura in re aliena*.

Nunca concibió así a la propiedad el Derecho romano; baste decir—aunque posteriormente insistiré sobre ello—que en sus textos no se encuentran jamás las expresiones «*ius*» *fruendi*, «*ius*» *abutendi*, sino sólo los sustantivos *usus*, *abusus*, o los verbos *uti-frui*, *abuti*, expresivos de *acción* y no de *derecho* (26).

B) Otra dirección doctrinal concibe al derecho de propiedad de un modo más abstracto, independientemente de las facultades o derechos que conceda. No busca analíticamente los miembros o atributos del derecho para sumarlos y lanzar con la suma su definición, sino que intenta obtener un concepto más filosófico (27)

(25) Ello, a juicio de DUSI (*Istituzioni*, I; cit. Castán, Dro. Civil. Notarias, II, Madrid, 1941, pág. 56 nota), porque le hubiera sido difícil reunir en una definición perfecta especies como el dominio quirritario y la propiedad bonitaria. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, I, Roma, 1928, página 263, estima la razón, agregando que en definitiva los jurisconsultos romanos no se preocupaban mucho de las definiciones.

(26) El Derecho romano no habló jamás de *derechos* que formasen el contenido de la propiedad. Empleó, sí, los sustantivos *usus*, *abusus* e incluso los verbos *uti-frui*, *abuti*. Pero no se encuentran en los textos las expresiones *ius utendi*, *ius abutendi*, etc. (Cfr. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, I, París, 1920, núm. 2.322). Concedió, pues, el Derecho romano un *contenido de hecho característico* a la propiedad, pero no una serie de derechos. La razón fué simplemente que, aceptando en el fondo de su sistema las mismas notas de voluntad y pertenencia que propugnan los modernos autores, no necesitó elevar a la categoría de *derechos* funciones no privativas de un propietario, y que sólo tomaban este carácter por la unión y sentido especial que aquellas notas le señalaban. Esto, dicho sea de paso, explica suficientemente por qué en Derecho romano no puede encontrarse base alguna a la teoría de los derechos reales como desmembraciones de la propiedad. Contrariamente, la definición tradicional elaborada: «*Dominium est ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, quatenus iuris ratio patitur*».

(27) Al separarse de la anterior concepción tradicional entre los juristas, los autores de esta segunda tendencia hacen frecuente aplicación de la doctrina del derecho subjetivo, con lo que se muestra aún más evidentemente la importancia simbólica del derecho de propiedad. Incluso en nuestros días BARRASSI, *La proprietà...*, cap. II, pr. 9, pág. 149 y siguientes, «La proprietà come diritto soggettivo».

y, si se quiere, más metafísico. Por lo pronto, no le interesa saber cómo es el derecho, sino qué es; parece que si se logra saber qué es el derecho, no hará falta indagar su contenido: se le habrá adivinado.

Para este segundo grupo (28) de definiciones, en la esencia del derecho de propiedad se descubren dos caracteres fundamentales:

a) En la relación del hombre con su derecho existe una *razón de pertenencia* (29).

b) La propiedad es un derecho sometido a la posibilidad de una decisión, y esa decisión proviene de la voluntad libre del hombre (30).

Hay, por tanto, en la propiedad un elemento *sometido* y una voluntad *que manda*. Windscheid (31) habla de un *poder de de-*

(28) Prescindimos al estudiarlo de la dirección que acentúa la nota absoluta de la propiedad, como derecho de exclusión y que a todos se impone, tanto por no encuadrar carácter definitorio como porque tal característica se desprende de la libertad de acción del sujeto del derecho dentro de los límites concedidos por el ordenamiento (ámbito de lo lícito). Vide FERRARA, *Trattato di Diritto civile italiano*, I, I, Roma, 1921, 1.325; y VAN BEMMELEN, *Notiones fondamentales de Droit civil*, Amsterdam, 1892, pág. 177 y siguientes. Para su puntualización y crítica, DE CASTRO, op. cit., I, págs. 500 y siguientes.

(29) WIRTH, al afirmarlo (*Beitrag zur Systematik des römischen Rechts*, ed. 1856, pr. 12 y 23), personaliza el derecho y excluye la idea de dominación. SCIALOJA señala la pertenencia como *momento estático* de la relación jurídica (*Teoría...* I, pág. 272). También BRINZ y PUCHTA.

(30) *Momento dinámico* de la relación en oposición y complemento del anterior para SCIALOJA (op. cit., I, pág. 272), que define la propiedad (idem, página 273) como la «relación de derecho privado, por la cual, una cosa, como *pertenencia de una persona*, está completamente *sujeta a la voluntad* de ésta en todo lo que no sea prohibido por el derecho público o por la concurrencia del derecho de otros».

Sin embargo, también el Derecho romano que, como dijimos, no definió la propiedad, vislumbró este concepto. Por ello, el significado de soberanía atribuido a *dominium* y la aplicación del término en GAYO (II, 7) (dulcificado en *Inst.* II, 40; comp. SCIALOJA, op. cit. I, pág. 255) al más perfecto tipo de propiedad: la quiritaria. Nótese que siendo el sentido de dominación propio y general del derecho subjetivo, tal vez en ello se encuentre la explicación de por qué con frecuencia se cree encontrar la definición de propiedad en *Inst.* I, 3: «Et libertas quidem est, ex qua etiam liberi vocantur naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur» (Comp. *D. 1. 5. pr. 4*): precisamente el dominio incluye este concepto de libertad dentro de límites. RUGGIERO, al afirmar (*Istituzioni di Diritto civile*, Napoli, 1921, I, página 474) que la propiedad «no es una serie de facultades... sino un señorío general», estima como expresión de este concepto en Derecho romano, *dominium*, y como acentuador de la pertenencia, *proprietas* (pág. 473). Para la relación entre libertad y derecho subjetivo, cfr. CARNELUTTI op. cit. pág. 180. Una concepción extrema en el «Nichtverbotensei», expresión de THON. (*Rechtsnorm und subjektiven Rechts*, pág. 158 ss.), que según parece apuntar ROGUY (*La règle d. dr.*, Lausanne-Paris, 1889, pág. 239) influyó en el giro de WINDSCHEID, tan comentado. Vide también RIGAUD, op. cit., páginas 144 ss. Pero no estará de más notar que a juicio del propio KIPP (en la 8.ª edición, pág. 142) nunca negó WINDSCHEID que el derecho real consistiese en un poder sobre la cosa (contra, el mismo RIGAUD, pág. 338, n.).

(31) Op. y ed. citados: vol. I, pág. 590 (§ 167): «... que una cosa sea

cidir acerca de la cosa. En nuestra Patria, recoge De Buen (32) este concepto, definiendo la propiedad como «el derecho de *decidir* sobre el pleno aprovechamiento de una cosa...». Para Rosset y Mentha (33), la propiedad lleva consigo una *dominación* general o soberanía, a ella inherente (34). Pero, por el avance que supone en la doctrina francesa (dada la técnica jurídico-privada típica respecto de la legislación napoleónica) y por la conexión que con otras definiciones más filosóficas (35) que de orden positivo ha tenido, citemos de manera particular a Planiol (36), para el cual la propiedad es «el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra *sometida*, de manera absoluta y exclusiva, a la acción y a la *voluntad* de una persona».

Indudablemente, está más cerca de la verdad y, sobre todo, tiene más densidad científica la teoría que considera al derecho de propiedad como un poder de actuación en el que se manifiesta la voluntad del hombre sobre una cosa del mundo exterior. La propiedad es un derecho unitario y simple y «atribuye a su titular una posición jurídica unitaria y homogénea» (37). Las facultades no son *partes* del derecho de propiedad, sino simples *posibilidades de actuación*—como las califica Barassi (38)—, que no constituyen derechos subjetivos, sino subordinados poderes secundarios expresados por verbos diversos (precisamente la expresión

propia de alguno quiere decir, en términos jurídicos, que, en relación con ella, *la voluntad de aquél es decisiva en la totalidad de sus relaciones*».

(32) DE BUEN, *Derecho Civil*. Madrid, 1922, pág. 140.

(33) ROSSET Y MENTHA, *Manuel de Droit civil suisse*. Lausanne-Genève, 1912, II, n.º 1.196.

(34) Sentido etimológico, histórico y doctrinal de *señorío*. Comp. FERRARA, op. cit., I, pág. 361, y SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano*, traducción esp. de la 17.ª ed. Madrid, 1936, pág. 258. Este afirma que las limitaciones son siempre externas a la propiedad; de ahí la elasticidad. V. también C. sajón, § 217.

(35) Comp. BOISTEL, *C. de Philosophie du droit*, 1899, n.º 205 s. Su influencia (aun cuando su repudiación de la doctrina clásica sobre el derecho real no fue absoluta; cfr. MICHAS, *Le d. r. consid. comme oblig. passiv. univ.*, París, 1920, pág. 79, y RIGAUD, op. cit.) hace que con PLANIOL reciban cuerpo las teorías personalistas que por sucesivas derivaciones poco prudentes llevarán a la completa disolución del concepto del derecho real, e incluso del derecho subjetivo.

(36) PLANIOL, lugar y obra cit. Reafirma con RIPERT (*Traité pratique*, III, París, 1926, § 211). Notable coincidencia con la definición del Código civil argentino, art. 540: «La propiedad es el derecho real, en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona».

(37) BARASSI, *La proprietà* pág. 21 s. Comp. DE CASTRO, op. cit., página 485, nota 2: «la unidad típica del derecho subjetivo le hace adquirir un nuevo valor: el de situación jurídica unitaria»; y v. TUHR, citado por él. En el mismo sentido, CARNELUTTI, op. cit., pág. 182.

(38) Como *posibilidad de actuar* garantizada a la persona como consecuencia de una situación jurídica, concibe DE CASTRO, op. cit., pág. 513, a la facultad jurídica. Comp. BARASSI, op. últ. cit., pág. 22, que estima que las facultades no son más que las múltiples *posibilidades de actuación* comprendidas en el derecho subjetivo.

gramatical de la actuación), o, como dice Lecompte (39), poderes jurídicos del hombre accesorios a una situación jurídica permanente.

Concebir a las facultades como derechos parciales, equivale a concederles rango de derechos subjetivos, *inflacionando* el concepto de derecho subjetivo, como afirma De Castro (40). De ahí a considerar que los derechos reales constituídos mediante su separación del derecho-matriz son verdaderas desmembraciones del dominio, no hay un paso. Y esto es muy discutible. A mi juicio, los derechos reales distintos al unitario-dominio, no se constituyen mediante *extracción* (41) de derechos preexistentes en aquél, sino por cesión de todo o parte del *contenido económico*, es decir, por cesión del *ejercicio* de una facultad. La facultad subsiste, si bien sin posibilidad de ejercicio por el titular del derecho de dominio; precisamente en esta *persistencia* del derecho como tal (42), reside la llamada *elasticidad* del dominio (cualidad aplicable a toda clase de derechos subjetivos, puesto que, desaparecida la fuerza que impedía al titular ejercer una de sus facultades, ésta recobra toda su potencia).

Por todo ello, en principio, el derecho de propiedad es un *poder confiado a una persona sobre un bien*, que, perteneciéndole de esta manera (por la *atribución* de poder, generadora de todo derecho subjetivo), está sujeta a su voluntad de decisión dentro del orden jurídico (ámbito de lo lícito).

La propiedad, además, como todo derecho subjetivo *patrimonial*, tiene como razón de existencia la satisfacción de necesidades humanas de *carácter económico*. Es decir, se concede *como poder* para que su titular obtenga con el ejercicio de esta atribución un beneficio de tipo material que le ayude a enjugar sus necesidades y a desarrollar su vida humana (43). Precisamente la

(39) LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en Droit civil*, Paris, 1930, página 70. Niega asimismo a la facultad carácter de derecho subjetivo.

(40) DE CASTRO, pág. 513 de su obra y tomo ya citados.

(41) La idea de la desmembración del dominio aplicada a la constitución de los derechos reales derivados, fué específicamente repelida por el Derecho romano: *D. VII, 6,5; XV, 16, 25; XXXI, 66,6*.

(42) Cfr. MICAS, op. cit., pág. 226.

(43) Consideración comúnmente defendida por la filosofía jurídica cristiana; Cfr., p. e. CORTS GRAU, *Principios de Derecho natural*, Madrid, 1944, página 129, s. No resisto la tentación de copiar aquí el brillante párrafo con que FILOMUSI-GUELFI, (*Enciclopedia jurídica*, 7.^a ed. Napoli, 1917, página 212 s.), explica el *concepto racional* de la propiedad: «La propiedad es la sujeción de la cosa al señorío del querer para hacerla servir a los fines humanos, y constituye la esfera externa, dentro de la cual, como libre para querer, opera y encuentra el hombre las condiciones materiales para su vida y desenvolvimiento físico. Sin éste, el desenvolvimiento moral es imposible. Si la libertad es la que da al hombre su carácter de persona, el hombre, sometiendo la cosa, conectándola con un vínculo físico y ético a su persona, imprime sobre aquélla la propia personalidad. Todo lo que se fundamenta en la humana naturaleza debe ser garantido, y la garantía de lo mío y de, lo

base de todo esto es la indudable función que a juicio de todos los autores cumplen los bienes (por eso se llaman bienes) (44) en la vida del hombre. Afírmase atinadamente que las cosas del mundo exterior no tienen razón de ser sino por su función o destino, que no es otro que entrar en la órbita de actuación material de un sujeto que de ellas necesita y para el que signifiquen *bienes*. Dentro de este punto de vista, nos es completamente indiferente el modo de aprovechamiento, sea colectivo o bajo la forma de propiedad privada; y dentro de la propiedad colectiva, si el disfrute se efectúa de modo exclusivo por los particulares, o no (45). Lo interesante es que este disfrute es una realidad y que el individuo se aprovecha de los bienes.

Y más aún. Por lo mismo que significa un poder, el derecho de propiedad, por definición, requiere ejercitarse sobre un objeto actual y determinado (46) en cuanto a su especie, con una homogeneidad interna que traiga consigo la uniformidad en el ejercicio del poder. Consecuencia, no necesaria, sino contingente y dependiente de la política jurídico-positiva y del estado de la cultura de un pueblo, es la exclusividad del derecho de propiedad. La exclusividad es la cualidad, común por otra parte a todo derecho subjetivo y derivada de la determinación del objeto, por la que el titular puede impedir a los demás hombres su injerencia en la atribución de poder que se le ha confiado. El propietario, al decir que la cosa le pertenece de modo exclusivo, quiere expresar que todos los extraños deberán reconocer la propia individualidad de su poder, único, simple y total.

El poder, pues, abraza y rodea completamente a su objeto, defendiéndole de injerencias extrañas (faceta de exclusividad, que se proyecta hacia fuera), y al mismo tiempo opera hacia dentro, en esa cara interna de posibilidad de acción, explotando a su objeto y satisfaciendo con ello las necesidades del hombre.

4. El poder se ejerce sobre su objeto por medio de una serie de facultades o poderes accesorios, que más bien son manifestaciones concretas del actuar, órganos ejecutivos a los que provee la savia y la fuerza vital del propio poder.

tuvo es el derecho de propiedad... Apenas una cosa satisfaga una necesidad humana, es útil: el propietario tiene derecho a obtener todas las posibles utilidades de la cosa en relación con sus fines, y tal concepto se ha incluido por algunos juristas en la propia definición de la propiedad. Finalmente, en esta misma utilidad de la cosa se encuentra el valor económico de ella, por lo que cuanto mayores sean las utilidades de una cosa, tanto mayor será la cantidad de necesidades humanas que con la misma serán satisfechas.

(44) Cfr. DE BUEN. op. cit., pág. 123.

(45) El carácter de aprovechamiento exclusivo es el que conforma a la propiedad privada, y no la posibilidad de disponer; si bien la exclusividad es imprescindible para la existencia de la disponibilidad, no siempre el uso exclusivo conduce a la posibilidad de disposición.

(46) La determinación es necesaria para toda adquisición, sea originaria o derivativa. Por ello, es también necesaria para la existencia de la propiedad. Y para la disposición de un derecho cualquiera.

A estas facultades se les ha llamado *posibilidades de actuación*. No son en sí mismas derechos subjetivos, ni existen con independencia del poder principal, sino que con él nacen y con él mueren. No es posible separarlas, aunque sí impedir su ejercicio por su titular. El derecho subjetivo no ve mermada su integridad jamás, aunque dichas facultades no puedan ejercitarse, porque el derecho es único y simple, no compuesto de partes (47). Y, por otro lado, la creación de derechos que tengan por objeto el contenido económico sobre el cual se ejercitaba alguna de dichas facultades, no implica que el derecho subjetivo tipo se haya mermado ni haya sufrido cambio alguno esencial (48).

Las facultades no son, en general, derechos subjetivos. Tampoco lo son, en especial, las facultades de contenido material aun cuando formen parte de un derecho subjetivo y pongan en ejecución el poder de actuar que aquél encarna. El uso del lenguaje—dice Enneccerus (49)—califica de derecho a toda facultad jurídica aislada (derecho del propietario o del usufructuario a usar de la cosa o a percibir los frutos). Pero si tales facultades se manifiestan sólo como *efectos aislados* de un concepto unitario de poder, únicamente estos han de calificarse como derechos en sentido más preciso (la propiedad, el usufructo). Así, pues, *se distinguen el derecho y la facultad singular*. Si el derecho—añade—consiste en una sola facultad, como, por ejemplo, el derecho del mutuario a la restitución del mutuo, ambos conceptos coinciden (50).

La cualidad más característica de estas facultades es que tienen por función realizar *actos materiales* sobre el objeto del derecho. En efecto: nadie podrá decir que cuando *yo* empleo *mi* pluma realizo un acto jurídico, por más que jurídicamente se me proteja la utilización de aquélla. Es decir, al acto, lógicamente lo califica de material su propia función y no la ilegitimidad de su desarrollo. En definitiva, mi acción de goce o disfrute de lo

(47) Aunque existan derechos de otros sobre la cosa—dice ENNECCERUS, *Derecho Civil*. P. gral., trad. esp. 1.º. Barcelona, 1934. pág. 310—. *no le faltan al propietario las correspondientes facultades*, sino que su propiedad se halla en rango posterior a aquel derecho ajeno, sólo en esos aspectos, y tan pronto como desaparece aquel derecho ajeno recobra su plena eficacia. Ello no tiene más razón de ser sino la simplicidad del derecho subjetivo y concretamente de la propiedad. La propiedad no se escinde en tantos derechos como son sus elementos, sino que *queda un derecho único*, como derecho de señorío general (FILOMUSI-GÜELFI, op. cit., pág. 250, nota 1).

(48) También el derecho constituido es *exclusivo*; y el titular del mismo es el único para el que, en cierto modo, no juega la exclusividad del derecho principal. He aquí una manifestación interesante de la llamada *filiación* de los derechos subjetivos. Vide PIRAS, *loc. cit.*, págs. 21-43.

(49) ENNECCERUS, op. cit., pág. 200.

(50) En el sentido de que el contenido del derecho subjetivo está representado, en el caso concreto, por una sola facultad. Este supuesto, sin embargo, no es corriente, ni muy concebible tampoco, dada la indeterminación general de las facultades en todo derecho subjetivo.

mío no se diferencia en nada del goce del intruso o del que disfruta con mi consentimiento.

Pues bien: así como al comparar *conductas* atendemos a la legitimidad y protección jurídica de las mismas, cuando queremos comparar *conductas protegidas* atendemos a su función. De ello, pues, se desprende que siendo las facultades que contiene el derecho de propiedad poderes secundarios destinados a una función de aprovechamiento *material*, podemos decir de ellas que son *facultades materiales*, expresión sintética en que no queremos expresar que tal sea la *naturaleza* de dichos poderes, sino el destino de los mismos; con lo que equivale a llamarlas *facultades que tienen por función realizar actos de contenido material*.

En resumen, podemos concretar el cuadro doctrinal de la facultad o facultades dominicales señalando sus caracteres:

a) Son simples *poderes secundarios* de actuación que no constituyen derechos subjetivos, sino que, por el contrario, dependen de un derecho principal.

b) Tienen una función de carácter *material*, cual es el aprovechamiento del objeto del derecho.

c) Combinando su interioridad y su dependencia, podemos afirmar que no pueden ser separadas del derecho subjetivo que les comunica su savia y su vida, pero sí puede suspenderse su ejercicio por el titular, permitiendo a un tercero aprovechar todo o parte del contenido del derecho, es decir, cediéndole la preferencia en el disfrute.

Las facultades en que se diversifica y por las que obra el poder subjetivo son indeterminables, como lo son las diferentes especies de actos que pueden llevarse a cabo sobre una cosa.

El Derecho romano habló de *usus* y *abusus*, y de *uti-frui* y *abuti*, es decir, del contenido y del acto de dos posibilidades de verificarse el derecho. Los modernos Códigos, sobre todo los cortados por el patrón napoleónico, emplean los conceptos *disfrutar* y *disponer*, incluyendo este último impulsados, indudablemente, por la desorientación de los glosadores. Incluso muchos romanistas modernos, por el sistema de la enumeración, agregan otros términos (como *vindicar*, recogido por nuestro Código civil, aunque no con sentido definitivo). Finalmente, se ha llegado a hacer listas interminables de las facultades integrantes del dominio, como la de Sánchez Román (51).

Hoy, sin embargo, la generalidad de la doctrina se muestra conforme en que no es posible determinar a priori las posibilidades de actuar que el titular del derecho tiene (52). Si con el poder se confiere una libertad de actuar, esta esfera de libertad no cabe determinarla sino desde el punto de vista negativo—como dice

(51) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. III. 2.^a ed. Madrid, 1891. pág. 92 y siguientes.

(52) BARASSI, *op. cit.*, pág. 24.

Ferrara (53)—, «en cuanto la ley que atribuye el poder, determina el ámbito del obrar estableciendo lo que el titular *no puede hacer*». Consistiendo el derecho de propiedad en un señorío *en principio* absoluto sobre los bienes destinados al provecho del hombre, éste podrá ejecutar toda clase de actos encaminados a dicho provecho, dentro de lo dispuesto en la ley, única que puede juzgar sobre la acomodación de los actos a su propio destino.

5. Como hemos visto, hay definiciones de la propiedad y enumeraciones de las facultades dominicales, que tratan *en el mismo plano*, con la simple separación de una partícula copulativa, de las facultades de disfrutar, vindicar, etc., y de la *facultad de disponer*. Ello equivale a sostener que la facultad o derecho de disponer pertenece al contenido del derecho de propiedad y que, por tanto, ocupa un lugar paralelo y semejante al de las facultades materiales que hemos estudiado. Pero las diferencias entre la facultad de disposición y las demás es patente y rotunda.

En primer lugar, la facultad de disponer es de rango distinto a las demás. En segundo término, dicha facultad no pertenece al contenido del derecho, sino que es una facultad externa y común a casi todos los derechos subjetivos patrimoniales.

Decimos que es de naturaleza distinta a la de las facultades de que antes tratábamos, porque *su función es jurídica*, es decir, porque la facultad de disposición está destinada a realizar actos jurídicos, en que la voluntad del hombre declara una decisión con eficacia en la esfera del Derecho y que repercute en su propia titularidad. Ya PLANIOL (54) esbozó una teoría de los actos del propietario, en virtud de la cual estimaba que el propietario ejecuta: 1.º, *actos materiales* de goce y consumación (recuérdese el binomio romano: *usus, abusus*); 2.º, *actos jurídicos* de transferencia total o parcial (55). Entre estos actos se encuentran, indudablemente, los de disposición, que requieren una facultad que los ejecute: y esta facultad es precisamente la facultad dispositiva.

La facultad dispositiva tiene, por tanto, una individualidad. No se emplea por el propietario el mismo poder para disfrutar de lo suyo que para transferir su derecho a tercera persona. La misma naturaleza de las cosas nos hace pensar convencidos en que la facultad de disposición ocupa en el ámbito de la actuación del hombre un lugar bien distinto al de las demás facultades que

(53) FERRARA. op. cit., pág. 362. Lo que no quiere decir que la libertad sea absoluta (loc. cit.). Nótese la exactitud terminológica del insigne autor al designar al derecho subjetivo como «poder reconocido por el orden jurídico». Comp. DE CASTRO, op. cit., pág. 482.

(54) PLANIOL, op. cit., n.º 2.337. DE BUEN, op. cit.

(55) Es éste un término inaceptable, porque la constitución de Derechos reales no encarna *desmembración*, como afirma PLANIOL en el mismo lugar. Comp. FERRARA, op. cit., pág. 327.

como propietario pueden corresponderle; y si se quiere, un lugar preferente.

En definitiva, ello demuestra hasta qué punto los fenómenos jurídicos encajan entre sí a través de sus diversas facetas. Anteriormente hemos afirmado que la vertiente patrimonial relacionada con el derecho real es la de disfrute, y no la de responsabilidad, si se quiere dar a los vocablos un sentido conceptualmente exacto. De ahí que exigiésemos al derecho real un contenido material de disfrute (expresión normal de la relación económica directa con la cosa de la doctrina clásica). Pues bien: la facultad de disposición carece en absoluto *en sí* de dicho valor, por lo que es imposible sostener que pueda existir un verdadero derecho real, cuyo contenido específico sea una posibilidad de disposición. No existe el derecho real de disposición, propiamente dicho (56), ni aun en figuras de tipo fiduciario. Esto acentúa la

(56) Sostuvo su procedencia FOÁ, al afirmar que la cesión de bienes implica la constitución de un derecho real de disposición a favor de los acreedores (*Cess. di beni ai credit.*, en *Riv. Dir. comm.*, 1934, I n.º 11 sig.). El problema arranca en estas épocas de crisis económica—como un negocio autorizativo para disponer (vide CANDIAN, *Società. comm., partecip., procura*, *ibid.*, 1931, II, pág. 658 sig.) Pero es un extremo insostenible. No hay que perder de vista el carácter de liquidación amistosa de la cesión, que puede convertir a los acreedores en representantes—como parece aceptar STOLFI, *Nat. giur. della cess. volunt. dei beni ai credit.*, en *Riv. it. per le sc. giur.*, 1936, I, pág. 20—, sin necesidad de llegar a la absurda figura del derecho real de disposición. (Recientemente, a favor de la autorización como medio de transferencia del poder de disposición, BIGIARI, *Note minime: Surrogaz. reale, «conversion», prestaz. indir. nella donaz.*, en *Giur. it.*, 1946, IV, col. 10.) Y no sólo no puede constituir derecho real la facultad de disposición, sino que por su carácter accesorio de la titularidad que luego veremos, tampoco puede ser objeto de transmisión. No cabe, como ha creído CHIOVENDA (*Istit. dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1933, págs. 265-272. Vide también CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuz. forz.*, en *Ser. in o. di A. Ascoli*, Messina, 1931, separ., páginas 14-15) considerar que, en caso de ejecución forzosa, el Estado «expropia» la facultad de vender (disponer). Y no tanto porque—como objetó FERRARA (*Rec. en Riv. Dir. comm.*, 1933, I, pág. 834)—sea inconcebible y además artificioso hablar de expropiación de una simple manifestación de la capacidad de obrar que es la facultad dispositiva, sino sobre todo porque ésta no constituye un derecho, sino una facultad y no puede ser objeto de actos jurídicos (ver CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, pág. 52). No tiene entidad pasiva, sino meramente activa; so pena de llegar lógicamente a admitir en algún caso (como hace CHIOVENDA, *Sulla natura dell' esprop. forz.*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, págs. 85 y sigs.) la posibilidad de «disponer de la facultad de disposición». Por la misma razón no puede admitirse la disposición del *derecho a traspasar* un local de negocio, ni el embargo del mismo derecho. Se dispone (o se embarga) el *derecho arrendaticio* (derecho subjetivo del arrendatario, como la propiedad del propietario), a cuya disposición se le llama tradicionalmente traspaso. De otra forma, debería sostenerse que objeto de embargo son siempre las distintas facultades de disposición y no los derechos mismos. Por otra parte, considérese que admitir como embargable el derecho a traspasar equivaldría a hacer ilusorio, a voluntad del arrendatario, el tanteo, participación, etc. del arrendador, una vez realizada la subasta, a *pesar del lucro* que aquí obtiene con ello.

diferencia establecida entre las facultades materiales y la facultad dispositiva por razón de su distinta naturaleza.

6. Pero, a los efectos de mi argumentación, importa muchísimo más fijarnos en la segunda de las diferencias que apuntaba: mientras las facultades de disfrute, etc., *pertenecen* al derecho, están contenidas en el mismo, dependen de él y desarrollan una labor interna casi totalmente desvinculada del mundo jurídico, la facultad dispositiva es extraña al contenido del derecho y no está en manera alguna sometida a él; de modo que el derecho subjetivo viene a ser el objeto de la acción de la facultad dispositiva.

Tradicionalmente, según vimos, se ha venido sosteniendo que el derecho de propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de una cosa. El hecho de incluir a la facultad de disponer entre las que integran el contenido del derecho, coincide en su aparición con el de la definición de la propiedad como *derecho compuesto* o suma de facultades diversas. Así, los glosadores primero, y andando el tiempo, el Código napoleónico y la mayoría de las legislaciones que siguieron sus pasos, e incluso otras de distinta filiación. Hasta tal punto llegó la doctrina en este aspecto que, comprendiendo que nunca podría dar un concepto científico de la propiedad mediante una simple enumeración de sus facultades, puesto que constantemente se ofrecían a la vista situaciones dominicales en que *aparentemente* faltaba alguna de las *materiales*, quiso determinar en qué facultad residía la esencia del dominio, inclinándose alguna vez por la de *enajenar*, siguiendo la pauta de Aristóteles: «La propiedad... se define por la potestad de enajenar; llamo enajenar al vender o donar» *Retórica*, I, 5, 7.

Cuando contra este concepto tan poco científico y tan inorgánico comenzó a estudiarse a la propiedad desde el punto de vista del *derecho subjetivo*—considerándola como uno *típico*, pero en definitiva derecho subjetivo, es decir, poder integral—, también se estimó revisable la idea de la facultad de disponer que antes había preponderado. El desarrollo del nuevo punto de vista dió lugar a la tesis de la facultad dispositiva como extraña al contenido del derecho subjetivo, y concretamente al derecho de propiedad.

La cuestión se plantea en estos términos, según expone Barassi (57): «El titular que dispone del derecho, ¿se limita a ejercitar una facultad *comprendida en el contenido del mismo derecho*? Vieja cuestión; los más responden afirmativamente: si yo vendo una cosa mía, no hago más que ejercitar mi derecho de propiedad, así como lo haría si, por el contrario, me limitase a gozarla».

Planiol (58), con su claridad de siempre, observó con aten-

(57) BARASSI, *I Diritti reali*, cit., pág. 424.

(58) PLANIOL, op. cit., n.º 2.337. En el mismo sentido, LECOMPTE.

ción los fenómenos que se operan en el desarrollo de una titularidad, y con relación a la propiedad expresó así su pensamiento: «En sí mismo, el derecho de propiedad no autoriza más que los actos materiales de goce o consumación..., estos forman únicamente el objeto del derecho. Los *actos jurídicos*, es decir, los de disposición *son simplemente el ejercicio de una facultad de ceder su derecho, común a casi todos los derechos reales e incluso a los de crédito*».

Si la facultad de disponer es jurídica, y, como dice Planiol, el reflejo o actuación de la general facultad de ceder los derechos, ha de ser algo extraño, algo con individualidad distinta al propio derecho de que se dispone. El derecho que se transmite no puede ser la fuente y el fundamento del poder de transmisión, por una necesidad que podríamos llamar de ubicación. Si realmente el poder de disposición se encuentra dentro del derecho; ¿cómo podremos concebir que al mismo tiempo pueda *arrojarlo* de un patrimonio? La lógica se impone: «Es un error evidente—dice Ferrara (59)—el sostener que la facultad de disposición es un poder *que entra* en el derecho de propiedad. De hecho, el propietario que enajena transmite la propiedad, en cuanto la propiedad es *objeto de enajenación*. Pero la fuerza que transmite la propiedad no pueda formar parte de ella. Lo que se transmite no puede ser al mismo tiempo lo que transmite». El mismo autor pone un ejemplo, que toma de Thon (60): «Yo puedo arrojar lejos una piedra, pero nadie dirá que es la piedra la que me da la fuerza para arrojarla; *la fuerza estaba en mí antes*, la piedra formaba sólo el objeto de su aplicación».

Este símbolo es clarísimo y explica muy bien la tesis. Precisamente, a Thon le objetó Jellinek (61), afirmando que el tiro

op. cit., pág. 140: El poder de transmisión, por no resultar del propio derecho, no puede, en consecuencia, sino originarse y *derivarse* directamente de la *facultad general* común a todos los hombres de disponer de sus bienes y de sus derechos.

(59) FERRARA, op. cit., pág. 327. También *I neg. sul patrim. altrui*, en *Riv. D. comm.*, 1937, I, págs. 199 y sigs. (rec. a CARIOTA-FERRARA, mismo título, Padova, 1936). En el mismo sentido, KRÜCKMANN, *Ermächtigung*, en *Arch. civ. Pr.*, 1934 (139), págs. 35 y sigs.; GORLA, loc. cit., pág. 10, nota; recientemente, CARRARO, op. cit., págs. 50-51. Contra, afirman que el poder de disposición es parte del contenido del derecho o facultad inherente al mismo. CARNELUTTI, *Lez. di dir. proc. civ.*, *Proc. di esecuz.*, II, Padova, 1931, número 266, págs. 176 y sigs.; PUGLIATTI, *L'atto di disp. e il trasf. dei dir.*, en *An. Messina*, 1927 (I), pág. 160; IDEM, *Intr. a una teor. dei trasf. coatt.*, ibid., 1930-31 (V), págs. 48-50; MESSINEO, *Dott. gen. del contr.*, 3.^a edición, Milano, 1948, pág. 48; v. TUHR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Monaco y Lipsia, 1914, II, 1, n.º 60, pág. 365; y DE MARTINI, *La cess. dei beni ai credit.*, en *Riv. Dir. comm.*, 1942, I, pág. 314, nota 11.

(60) THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pág. 327. Vide también: JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Recht*, Tübingen, 1910, págs. 55, nota 1, y DE WISSCHER, *Le ajus abutendis*, en *Revue Trim. de Droit civil*, 1913, pág. 341.

(61) JELLINEK, loc. cit.

de la piedra no viene determinado sólo por la fuerza motriz, sino también por la naturaleza del objeto lanzado. Esta observación sagaz; la estima De Visscher (62) irrelevante, diciendo que, ciertamente, todo ejercicio de una fuerza está necesariamente condicionado por las propiedades del objeto a que se aplica, pero que esta fuerza en sí misma es exterior al objeto. Indudablemente De Visscher ha sabido refutar la objeción, pero el pensamiento de Jellinek iba más hondo de lo que sus palabras, aparentemente, expresaban (63); y es que hay situaciones en que la inhabilidad del derecho subjetivo, para ser objeto de disposición, impide no sólo el ejercicio, sino la misma existencia de la facultad dispositiva; por lo que uno de los requisitos de esta es la aptitud del objeto de la disposición. Jellinek, a mi parecer, al afirmar que la disposición está condicionada no sólo por la fuerza que la ocasiona, sino, también, por la naturaleza del objeto, entreveía la posibilidad de un error—tal vez él mismo lo padeciera—que más adelante he de considerar, esto es, el que proviene de independizar tanto la facultad dispositiva del derecho subjetivo sobre el cual opera, que llegue a confundírsela con la *capacidad de disponer*. Es como una llamada de alerta; parece decir: «¿Cómo me explican que a veces la cualidad del objeto impida o modifique las condiciones normales de la disposición? No se afirme que la facultad de disponer no tiene nada que ver con el objeto, cuando tal influencia tiene éste en el ejercicio de aquélla». Y con esto, casi insensiblemente, nos advierte contra la equiparación que he señalado y cuya improcedencia estudiaremos.

A esta tesis se ha objetado que el derecho no puede ser desprendido de su objeto, por lo que disponer es tanto como decir que un derecho subjetivo cesa en el disponente y otro derecho subjetivo, idéntico, surge en el adquirente. Esta postura, como dice Barassi (64), es inadmisibles. Es verdad que la frase «esta cosa es mía» hace pensar que de lo que se dispone es de la cosa, de tal manera—y sobre todo cuando el derecho que se cede consiste en el disfrute completo de la cosa—que, como observa Planiol (65), la cesión del derecho parece ser la enajenación de la

(62) DE VISSCHER, loc. cit.

(63) He aquí la frase de JELLINEK en el lugar repetidamente citado: «Existe en cada disposición capacidad para disponer, por lo que el objeto únicamente presupone un momento causal en el proceso de la disposición, de la misma manera que cuando se tira una piedra debe tenerse en cuenta, no sólo la fuerza del que la arroja, sino también la naturaleza del objeto arrojado.» Para PUGLIATTI, *L'atto*, pág. 160, el poder de disposición consta de dos elementos: uno subjetivo (facultad activa de disposición) que queda absorbido por la capacidad de obrar con la cual se identifica, y otro objetivo (capacidad pasiva de disposición) que queda absorbido por el contenido del derecho subjetivo.

(64) BARASSI, *I Dir. r.*, pág. 426.

(65) PLANIOL, op. cit., I, nota al n.º 2,337. El establecer que el acto de disposición se efectúa sobre el derecho y no sobre la cosa, es el primer paso para concluir que la facultad de disponer es extraña al contenido del dere-

cosa misma. Mas un error vulgar no es base idónea para sostener una tesis jurídica. Si el derecho de propiedad es tan absorbente que se confunde con la cosa en el lenguaje común, ello es, precisamente por eso, por su naturaleza totalizadora; por ello, cuando no se trata del derecho de propiedad, sino de un derecho real limitado, si hablamos del acto de su disposición es necesario especificar de qué derecho se dispone para darnos cabal idea de lo que se separa de un patrimonio para penetrar en otro (66). En realidad, el derecho subjetivo no es una abstracción, ni una cobertura difuminada de los bienes. El derecho subjetivo nació al atribuir la Ley el *poder concreto* por primera vez a un primer titular—adquirente por cualquier título originario—; mas desde entonces, el derecho ha seguido las vicisitudes de su vida sin dejar de ser un poder concreto, sin perder su propia individualidad, pasando de un titular a otro como elemento patrimonial idéntico. No era la cosa la que pasaba de patrimonio a patrimonio, sino la *atribución de poder* sobre la cosa, es decir, el derecho subjetivo. De donde la cosa viene a ser, no el objeto de la disposición, sino del propio derecho; el titular no lo es de la cosa—lo cual no tendría sentido—sino de una *concesión* para el aprovechamiento exclusivo de la cosa (67).

cho. Contra la tesis de PLANIOL, vide VAREILLES-SOMMIERES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, en *Rev. Trim. de Droit civil*, 1905, páginas 443-495, especialmente págs. 449-455. Cfr. SCIALOJA, op. cit., I, página 260: «*Hæc res mea est este meum esse*, que representa la pertenencia de la cosa a la persona, es la razón de por qué la propiedad aparece, generalmente, como incorporada en su objeto... De la incorporación de la propiedad en la cosa que es su objeto, deriva que, en el mayor número de textos, la propiedad, más que como un derecho sobre la cosa, sea considerada como la cosa misma.» En el mismo sentido, también SCIALOJA, pág. 302. BARASSI, *La proprietà*, pág. 11, expresa que en el lenguaje común se llama adquirir *una cosa a adquirir la propiedad de la cosa*.

(66) Cfr. BARASSI, *I Dir. r.*, págs. 424 y sigs.

(67) El derecho subjetivo, y, por tanto, todo derecho subjetivo no es en principio sino una concesión de poder otorgada por la Ley. Esta «forma» jurídica no se destruye por la transmisión: permanece hasta que se produzca una alteración *sustancial* del derecho equivalente a la pérdida de la cosa o producida por ésta. El hecho de que las leyes y los autores hayan confundido el llamado derecho de propiedad y la cosa misma, y consiguientemente la transmisión de la cosa con la del derecho, lo explica DUGUIT con su teoría demolidora del derecho subjetivo, sustituido por él mediante su personal concepción de los *estados*. La propiedad no es, con arreglo a ello, un derecho subjetivo, sino un hecho económico—manifestación de riqueza—en atención al cual la ley concede más o menos poderes objetivos: «un estado evolucionando constantemente, como la propia regla de derecho que implica» (*El Estado...*, págs. 205 y sigs.). Para RIGAUD, op. cit., pág. 282, nota, en el fondo, los derechos no son susceptibles de transmisión. Compramos o vendemos el valor que resulte de las cosas o de la actividad humana: no se compran ni se venden derechos. (Confunde este autor el objeto del contrato con el efecto.)

En definitiva, la cuestión de la persistencia del derecho está íntimamente ligada al concepto que se tenga del derecho real. La tesis tradicional del señorio directo, combatida tan ferozmente por las teorías personalistas en torno al mito de Robinsón, está hoy relegada a segundo plano, incluso por los autores más moderados, en lo referente a su concepto de la vinculación *meramente*

La tesis antecedente, al ser esbozada por Planiol, fué violentamente combatida por Vareilles-Sommieres (68). De Vissscher (69) no cree que haya en esta polémica otra cosa que un equívoco fácil de disipar; según él, de ello convence el siguiente razonamiento. El derecho de disponer es el poder de modificar los derechos que constituyen nuestro patrimonio. El ejercicio de esta facultad no es legítimo ni se concibe sino dentro de los límites de nuestros derechos. De otra parte, quien dispone de su derecho pone de manifiesto su extensión. De que, normalmente, nuestros derechos sirven de límite a la libertad de disponer y dejan apreciar su extensión al tiempo de su ejercicio, se ha deducido, por una ilusión bastante natural, que cuando esta libertad faltaba era el propio derecho el que se aniquilaba o disminuía. Y de aquí a hacer de la facultad de disponer un elemento esencial, una parte integrante de nuestros derechos, no había más que un paso.

No creemos, sin embargo, que la cuestión se centre en un simple «equívoco fácil de disipar». Sostener que la disposición se opera sobre la cosa, no es sólo afirmar que la facultad dispositiva se integra en el derecho subjetivo, sino negar a éste todo valor por sí. Porque, si concebimos al derecho subjetivo como una suma de facultades diversas, dígasenos qué pasa cuando estas facultades desaparecen. Si un propietario sufre una prohibición de disponer y constituye usufructo a favor de otra persona, ¿qué le queda?, ¿deja de ser propietario?, ¿en qué consiste su derecho? El derecho subjetivo tiene un valor intrínseco, es una realidad

lineal entre persona y cosa. Aun sin aceptar las teorías personalistas, y aun conservando la concepción del señorío, se admite generalmente la existencia de una *cobertura* jurídica de aquella vinculación inmediata. Ello ha llevado a NEPPI a la distinción que señalamos seguidamente y que en definitiva corresponde a la establecida entre el derecho subjetivo (forma jurídica que confiere el poder) y la relación de hecho sobre la cual se basa: relación que no es jurídica ni entraña en sí poder *jurídico*, sino *de mero hecho*. NEPPI sostiene (*Il valore intrinseco del dir. di propr.*, Padova, 1934, pág. 32), contra lo que vengo exponiendo, que la facultad de disposición de un derecho, cuando existe, debe entenderse comprendida en el mismo derecho (hasta el punto de que en página 45, nota, afirma que «la revocación del poder—de disposición—hiere ya mortalmente al derecho»); pero al mismo tiempo comprende con CARNELUTTI (*Lcz., Proc. di esec.*, cit., págs. 176 y sigs.) y con PUGLIATTI (*Intr. teor. trasf. coatt.*, cit., págs. 8 y 14) que el ejercicio de la facultad no puede constituir al mismo tiempo ejercicio del derecho de que se dispone. Por ello, propone (páginas 30 y 33) una distinción: «la potestad de disposición del derecho de propiedad—dice—no ha de confundirse con el *poder de disposición material* de la cosa». Para mí, sin embargo, *poder material* es un absurdo, porque si bien cabe concebir facultades de función material, no cabe hablar de facultades materiales, y menos cuando su función es jurídica. Y *disposición material*—si es ello lo que el autor quiere expresar—es un contrasentido, a menos que se confunda el *ius disponendi* con el *ius abutendi*. Y, en este caso, ya no se trataría del poder de disposición, porque el *ius abutendi*, de suyo, pertenece al campo material del disfrute aunque produzca indirectamente efectos semejantes a los de la verdadera disposición.

(68) VAREILLES SOMMIERES, loc. cit. en nota 55 de esta parte.

(69) DE WISSCHER, loc. cit., pág. 344, comenta la crítica de VAREILLES SOMMIERES a PLANIOL, a través de las páginas 344, 345.

jurídica; cuando se dispone del derecho, éste no desaparece de la realidad, sino del patrimonio del disponente; el derecho subjetivo es una entidad—dice Barassi (70)—que *presupone* un sujeto, pero tiene también una propia razón de ser, un *valor objetivo*; la cosa se transfiere por la posesión, por ello la venta transfiere la propiedad, y la tradición transmite la cosa. Sólo así—afirma—se entiende que con el derecho se transmitan los derechos accesorios (71).

Si el derecho subjetivo tiene una entidad propia y goza de valor objetivo es, por tanto, el objeto de la transmisión. Y si, por otro lado, como ya ha quedado demostrado en su lugar, dicho valor real lo tiene independientemente de las facultades que lo integran, volviendo al hilo de la argumentación, podemos afirmar que cuando disponemos *de un derecho* no ejercitamos un poder *incluido* en ese derecho. Lo transmitido—repito—no puede

(70) BARASSI, *I Dir. r.*, pág. 426.

(71) Este problema está vinculado a una cuestión que ha apasionado siempre a los autores: la de la transmisión de la propiedad en la compra-venta. No es lugar de estudiar a fondo el problema, pero sí de hacer unas advertencias sobre su encaje. A mi parecer, el planteamiento es distinto en la teoría y en la práctica (ni siquiera un problema a bifurcar en derecho constituyente y en derecho constituido). No cabe duda de que el sistema de nuestro derecho de cosas parte de bases especialísimas. Para nuestro Código civil, la adquisición y transmisión de la propiedad *no se verifica por el poder de la voluntad del hombre*; la ley, aplicando hasta sus últimas consecuencias la distinción conceptual entre situación de hecho y eficacia jurídica, viene a establecer (carácter formal del art. 609, Código civil) que, puestos los *prerrequisitos* indispensables por las partes, ella les *concede* valor transmisivo de la propiedad. O sea, que perfeccionado el contrato en su fase obligatoria, y consumado en la dispositiva, la consecuencia jurídica se produce *por imperio legal* (lo que no impide la posibilidad de que las partes excluyan el efecto: negocio fiduciario, *pactum reservati dominii*, etc.). De manera que la cuestión está—al menos gramaticalmente—mal planteada *en cuanto a nuestro Código civil* se refiere, cuando se pregunta si existe *obligación* de transmitir la propiedad. El vendedor no tiene más obligaciones que las establecidas por la ley y por la obligación. Está obligado a entregar *la cosa* y a responder cuando el comprador sea poseído *del todo o parte de la misma*. Pero no está obligado—*no puede* estarlo—a la producción de un resultado jurídico *que la ley establece*, si bien sabe que *necesariamente* ha de producirse el resultado; pero él no lo produce, sino la ley. De manera que la propiedad se transmite, pero, en aparente paradoja, no hay *obligación* de transmitirla. Ello implica que, en la consideración concreta de nuestro derecho positivo, el derecho subjetivo de propiedad pueda parecer que muere y que otro derecho igual nace en el adquirente por nueva creación legal, lo cual estaría en contradicción con lo que ha sostenido en el texto. Pero, en primer lugar, tén-gase en cuenta que ello se debería al sistema especial de la adquisición en nuestro derecho. Y, en segundo término, que bien mirado el hecho de que la ley no conceda a la voluntad humana *en sí* poder suficiente para transmitir inalterado el derecho, no ha de llevar consigo, necesariamente, la consecuencia de que el derecho muera y vuelva a nacer. El propio artículo 609 del Código civil admite que el derecho de propiedad y los demás derechos reales *se transmiten* (luego perviven). Lo que pasa es que el particular no puede poner de su parte más que la materia de la transmisión (y en esta materia florece el contenido material del derecho); y es la ley la que impulsa a la cobertura jurídica de forma automática.

ser al mismo tiempo lo que transmite. Si realmente la facultad de disposición *perteneciera* al derecho transmitido, el acto de disponer sería mero ejercicio de este derecho; pero el ejercicio de un derecho no debe destruirlo para su titular, sino conservárselo (72). Ello equivaldría—como acertadamente observa De Visscher (73) refiriéndose a la renuncia—a consagrar la teoría del *suicidio de los derechos*; más bien—diría yo—de la *autolocomoción* de los mismos. El derecho entrañaría en tal supuesto el principio de su vida y de su muerte, y el principio de contradicción nos detiene en el camino.

Concluyo, por tanto, con Barassi (74): el poder de disponer no es una de las facultades contenidas en el derecho. Y por esto es extraño al mismo; quien enajena la propiedad de una cosa no transfiere con ello la facultad de disponer, por el contrario, la potestad de disponer queda en él, y el adquirente pone en servicio, respecto a este derecho, *su* facultad de disponer.

7. La facultad de disponer, ni es interna ni *tampoco privativa* del derecho de propiedad, sino un reflejo de la general libertad para disponer. La facultad por la que se dispone del derecho de usufructo, de un derecho de crédito, no es por naturaleza diferente de aquélla por la que se dispone de un derecho total de propiedad: todas tienen un denominador común (75). El hombre puede adquirir bienes y tiene, aun antes de adquirirlos, capacidad para disponer de ellos; cuando esta capacidad se concreta en una facultad de disponer *actual y determinadamente*, el poder que ha nacido no es distinto esencialmente, según la naturaleza del derecho sobre el cual opere. De ahí que algunos identifiquen a la facultad dispositiva con la capacidad de disponer (76).

(72) BARASSI, op. cit., pág. 424.

(73) DE VISSCHER, loc. cit., pág. 431.

(74) BARASSI, op. cit., págs. 425 y sigs.

(75) Cfr. PLANIOL op. cit., n.º 2.337 y nota. En idéntico sentido, LECOMPTE, op. cit., pág. 140. Cfr. también BARASSI, *La proprietà...*, pág. 9: «El poder de disponer es sólo un modo de ser del poder general, que tiene una persona de disponer de sus derechos...», e *I Dir. r.*, pág. 23: «disposición es la facultad de disponer del derecho en general (no sólo de la propiedad) con actos jurídicos que la transfieran a otro o la limiten a favor de tercera persona».

(76) Para CHIOVENDA, la facultad de disposición tiene su fuente en el general derecho de personalidad, y más precisamente en la capacidad de obrar; pero esta capacidad, puesta en contacto con cada derecho subjetivo disponible, da lugar a otras tantas facultades concretas de disposición, que viven paralelamente junto a los derechos, autónomas no obstante su carácter instrumental (*Sulla nat. espropri.*, cit.); exacto salvo el último inciso: ver nota 57. Contra, PUGLIATTI, *L'atto*, págs. 172 y sigs.; IDEM, *Esecuz. forz.*, págs. 283 y sigs.; NICOLÒ, *Delegazione e proc. esecut.*, en *Ann. Messina*, 1931 (V), págs. 254 y sigs.; SATTÀ, *Sulla assegn. giudiz. del credito nella esec. forz.*, en *Riv. dir. e proc. civ.*, 1931 (II), págs. 200 y sigs.; M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, en *Riv. dir. civ.*, 1932, págs. 140 y sigs.). A mi parecer, gran parte de los últimos absurdos doctrinales se deben en principio a que se dota a la facultad de disposición de una autonomía que no tiene (ver nota 57). Estimo acertado lo que afirma CHIOVENDA, excepto en cuanto otorga a las facultades concretas de disposición el carácter de *autónomas pero instrumentales*. Creo

a) La facultad de disponer es, pues, un poder accesorio a una situación jurídica determinada, que, por regla general, nace con ella y con ella muere. Su vinculación a la situación jurídica principal es *accesoria*, no tanto del derecho subjetivo sobre el que obra, sino de la *titularidad del mismo derecho*, de tal manera, que la transmisión del derecho no implica la transmisión de la facultad; sin embargo, la facultad desaparece porque la titularidad ha desaparecido al mismo tiempo. De este modo, la facultad acompaña a la titularidad durante su vida, sufriendo sus vicisitudes y sus internas modificaciones. Generalmente, con ella nace y muere con ella; e incluso, constituido un derecho limitado, la facultad de disposición sufre la limitación que proviene de dicha constitución: no puede operarse otra vez la constitución de un derecho *idéntico* mientras el primero continúe subsistente. Por otro lado, si la titularidad ha desaparecido y se ha creado una nueva titularidad en tercera persona, la facultad de disposición del primer titular se esfuma y aparece en el nuevo una semejante facultad, tan accesorio a esta titularidad como la otra lo fué con respecto a la extinguida.

b) El poder o facultad de disponer no es privativo del derecho total de propiedad, sino que es un reflejo de la libertad y capacidad general de ceder los derechos. Es una facultad única en esencia y común a todas las titularidades, excepto cuando por razón del sujeto o del derecho subjetivo, permanece ausente de determinadas situaciones jurídicas.

c) Como reflejo de la libertad de obrar, la facultad dispositiva es normalmente *expansiva*; y, por su función accesorio, normalmente coinciden «titular del derecho» y «titular de disposición». Se admiten dos excepciones: en cuanto a su carácter expansivo, la posibilidad de limitaciones de distinto orden a la disponibilidad, lo que no obsta para que éstas, por ello mismo, hayan de ser interpretadas restrictivamente (y no por la pretendida razón de la función económica de la propiedad tan sólo). Y respecto a lo segundo, por la posibilidad de concebir, siquiera sea imperfectamente, una facultad de disposición sobre derechos ajenos. Estas dos excepciones están, sin embargo, desvinculadas entre sí. Hay que evitar el equívoco de suponer que la facultad de disponer sobre derechos ajenos *limita* el poder dispositivo del propio titular. Frecuentemente, sólo *lo completa* y es sólo origen de una acción llamada de anulabilidad (por ejemplo, actos de mujer casada).

d) La función de la facultad dispositiva es la de concurrir a determinados actos jurídicos junto con presupuestos necesarios,

que más que instrumentales son accesorias a la titularidad, y por ello en ningún caso autónomas. De ahí que no puedo admitir, como hace PUGLIATTI (*Consider. sul potere di disposiz.*, en *Riv. dir. comm.*, 1940 (I), pág. 536; contra, CARRARO, op. cit., págs. 59-60), que la facultad concreta de disposición se traspasa del disponente al adquirente una vez realizada la transmisión.

produciendo un acto dispositivo del propio derecho subjetivo. Así, el acto dispositivo requiere para su eficacia, no la capacidad en el sujeto, sino aptitud en el objeto, pero estos son prerequisites que permiten la *actuación* de la voluntad, por lo que la falta de la misma o la ilegitimidad de su ejercicio determina la ineficacia del acto, falta de fuerza suficiente para producir los efectos jurídicos previstos. Por ello, Piras (77), tras afirmar que la facultad de disponer es elemento *que normalmente acompaña a la titularidad* de una determinada posición jurídica activa y destinado a concurrir para dar eficacia a una manifestación de voluntad dirigida a determinado cambio jurídico respecto a aquella posición, considera en la generación del acto dispositivo estos estadios lógicos: a) facultad de disponer ligada (normalmente) a la titularidad de una posición jurídica activa (*situazione*); b) ejercicio de dicha actividad mediante el correspondiente negocio renunciativo (*fatto* o *evento*), que c) concurre con otros elementos constitutivos de la *fatti-specie* (78), cuyo complemento determina la eficacia de la misma, esto es, la producción del resultado querido.

Con lo cual podemos decir que la facultad dispositiva no es un elemento relevante desde el punto de vista de la *estática* del derecho subjetivo, sino que la figura *facultad jurídica*, aparece y despliega su vitalidad como *elemento esencial* cuando de la *estática* se pasa a la *dinámica* de la posición jurídica (79), pero aunque la facultad produce por sí el acto de disposición, en ello le ayudan y complementan otros elementos, algunos de los cuales son anteriores y otros coetáneos a dicho acto.

8. Hay derechos que bien por imposibilidad de adquisición, bien por imposibilidad de disponer de ellos en su titular, bien por ineptitud para ser objeto de disposición en sí mismos, no pueden ser adquiridos. Mas supuesta la posibilidad de disposición por su titular y de adquisición por quien figura como adquirente, todos los derechos pueden entrar a formar parte de un patrimonio, abandonando aquél en que se encontraban hasta entonces. La adquisición requiere, por tanto, la posibilidad de disponer de una situación jurídica y la posibilidad de adquirir en el nuevo futuro titular.

Consideremos a un derecho cualquiera una vez ya dentro del nuevo patrimonio, es decir, unido a él por una *nueva titularidad*. Este derecho puede haber entrado en dicho patrimonio con la nota

(77) PIRAS, loc. cit., pág. 25 y nota 14.

(78) Para el concepto de *fattispecie*, vide CARNELUTTI, op. cit., páginas 215 y siguientes.

(79) PIRAS, loc. cit., pág. 23. El citado autor entiende por *posición jurídica* «aquella situación de ventaja o desventaja en que un sujeto llega a encontrarse respecto a otros sujetos...; el concepto de derecho subjetivo—dice—se encuadra, como el menos en el más, en el de posición jurídica activa...» (página 23, n. 4).

de *disponible* o de *indisponible* (por ejemplo, el derecho de uso y habitación). De la misma manera, el sujeto adquirente puede ser *capaz para disponer* o *incapaz* para ello. Puede ser capaz para disponer, es decir, tener aptitud general para disponer de sus derechos, y, sin embargo, el derecho adquirido ser inepto para la disposición, por una razón de asignación personalísima. O puede carecer de la capacidad dispositiva, siendo, por el contrario, hábil el derecho adquirido para realizar sobre él la disposición. Puede, en fin, darse la hipótesis de concurrencia de la inaptitud objetiva (indisponibilidad del derecho) y la incapacidad del titular para verificar actos jurídicos de disposición. *En todos estos casos falta la facultad dispositiva*, porque para su nacimiento exige no sólo capacidad dispositiva en el sujeto, sino aptitud en el derecho adquirido para que de él se disponga. Sólo cuando ambos supuestos se dan, y *precisamente por su concurrencia*, surge la facultad como poder accesorio a la titularidad de un derecho.

A veces ocurre que el nacimiento o la extinción de la facultad dispositiva no concurren, respectivamente, con el nacimiento o extinción de la titularidad respectiva. El caso más típico del primer fenómeno es aquel en que, al adquirir un derecho, su titular es incapaz de disponer, llegando luego, sin embargo, a ser capaz. En tal supuesto, mientras el titular es *incapaz de disponer*, es decir, entre el momento de adquisición del derecho o nacimiento de la titularidad, hasta que la incapacidad cesa, los actos dispositivos respecto al derecho adquirido no pueden lograrse sino por medios determinados legalmente, como es la *representación*. El representante, en sus actos sobre el patrimonio del *incapaz*, no es una persona totalmente desvinculada de éste, sino una prolongación de su propia personalidad. El representante *da al incapaz su capacidad dispositiva*, supliendo con ella la que a éste faltaba. Al mismo tiempo, la aplica a algo completamente extraño a sí mismo, como es el derecho ajeno. De manera que entre las dos personalidades se crea una corriente común, como una derivación de la propia situación jurídica, merced a la cual, poniendo el representante el remedio subsidiario de su propia capacidad de disponer, y el representado con su titularidad de signo estático su derecho disponible, nace una *facultad de disposición* sobre el derecho del sometido (80). Esta facultad de

(80) Una facultad de disposición *que pertenece al incapaz* y que se ejerce *en representación del mismo*, aportando el representante su propia capacidad como sustentáculo de aquélla. Esto permite explicar cómo en los actos del representante no se manifiestan las alteraciones de capacidad del representado (p. ej., de imbecil o de menor a loco) y, en cambio, si las modificaciones de su facultad dispositiva (ej., si sufre una prohibición de disponer). De aquí también que, como dice CARRARO (op. cit., pág. 58), si es el incapaz el que ejerce el poder, el negocio es anulable, mientras que es nulo si lo ejerce el no titular (que tiene poder de disposición). El supuesto de los síndicos en la quiebra es absolutamente distinto, así como el del tutor del interdictado, por-

disposición es, por así decirlo, un producto de laboratorio; se alimenta, no de la capacidad de disponer de que el representado carece, sino de una capacidad prestada, que la hace un tanto artificial y enfermiza. Esta debilidad lógica se refleja en la necesidad de fortalecerla en determinados casos por medio de instituciones diversas, como son la intervención judicial o del Consejo de familia.

Otro caso del mismo tipo, en que se aprecia la divergencia entre el nacimiento de la titularidad y la aparición de la facultad dispositiva, es aquel en que un derecho entra en un patrimonio con el signo de *indisponible*, en cuyo caso, si después legalmente se permite su disposición por el interesado en la transferencia—sea un particular o la propia ley—nace la facultad dispositiva con respecto a aquella titularidad.

La incapacidad y la indisponibilidad objetiva sobrevinidas, pueden dar lugar, semejantemente, a la pérdida por el titular de la facultad de disposición.

9. La facultad de disponer, por tanto, es limitada en cuanto a su ejercicio, en el sentido de que ley puede determinar en algunos casos que el acto dispositivo verificado no tenga eficacia jurídica, o que para tenerla necesite de ciertos condicionamientos.

Es conveniente notar que no todas las causas de ineficacia del acto dispositivo revelan, aunque muchas aparentemente lo hagan suponer, una limitación de la facultad. En la mayoría de los casos, la no producción de los efectos queridos no se debe a que la facultad dispositiva falte. Si volvemos sobre el ejemplo de Thon, podremos observar que las causas de que la piedra no pueda ser arrojada son diversas. Con la aprehensión de *esta* piedra (titularidad) nace, accesoriamente, el *poder* para arrojarla (*facultad* dispositiva); pero la existencia de este poder requiere, a su vez, dos cosas: que el sujeto tenga *fuerza bastante* para arrojarla *independientemente* de que la tenga o no en su mano (*capacidad* de disponer), y que la piedra, por su tamaño y condiciones (*aptitud* del derecho para que de él disponga el titular) pueda ser arrojada por el sujeto. A ello podríamos añadir que es necesario también que ningún agente extraño impida la efectividad del acto conteniendo el impulso; pero ello corresponderá al estudio de la prohibición de disponer. En cuatro posibilidades, por tanto, puede manifestarse la limitación de la facultad dispositiva en sentido amplio.

10. A través de la exposición que antecede se ha podido

que ni uno ni otro son capaces en sentido estricto. Son casos, en realidad, de administración, aunque excepcionalmente se llegue a fenómenos de subrogación real, sobre todo en lo que concierne al patrimonio del quebrado (vide artículo 229 pr. Código civil, 1.218 L. enj. civ.). En todo caso, por su carácter forzoso (como las efectuadas en un proceso de ejecución) no son disposiciones en sentido estricto. Comp. ENNECERUS-NIPP., op. cit., II, Barcelona, 1935, pág. 34, n. 7.

apreciar cierta base para efectuar la distinción entre *facultad dispositiva* y *capacidad de disponer* (81).

La facultad dispositiva—hemos visto—no pertenece al contenido del derecho. Pero interesa que esta desobjetivación de la facultad dispositiva no traiga consigo el equívoco de identificarla con la capacidad de disponer. Jellinek, al comentar el ejemplo de Thon, que ya citamos, revelaba un temor ciertamente fundado. «Cuando se tira una piedra—decía—debe tenerse en cuenta, *no solamente la fuerza* del que la arroja, sino también la naturaleza del objeto arrojado». Es decir, no sólo la capacidad de disponer, sino también la aptitud y condiciones del derecho de que se quiere disponer; porque la facultad de disposición depende de ambos elementos.

Para mí, la facultad dispositiva no sólo depende de la capacidad de disponer y de la aptitud objetiva, sino que nace merced a la concurrencia de ambas en una titularidad. Con ello se reafirma la diferencia entre la facultad y la capacidad. Ciertamente, ambas aparecen íntimamente unidas en la estática y en la dinámica, es decir, en la situación jurídica y en la actuación tendente a modificarla; pero ciertamente son conceptos susceptibles de distinción.

Capacidad de disponer es aptitud personal, posibilidad, potencia. Es noción abstracta. Por su propia naturaleza equivale a *continente*, y por su etimología simbólica espera *llenarse*, es decir, efectuarse. Es pura medida, y por tanto, pura *forma*.

La facultad de disponer, por el contrario, es concreta; es la capacidad actuada, acompañando a una titularidad *actual* (82). Requiere, de un lado, la aptitud de un derecho para que de él se disponga; de otro, *la capacidad de disponer* en el sujeto; y, finalmente, también una titularidad, sin la cual la *concreción del poder* es imposible. Si únicamente cuando estos elementos se dan existe respecto a una titularidad la facultad de disponer, es claro que la capacidad dispositiva, reducida a presupuesto de existencia y de actuación de la facultad, se distingue esencialmente de ésta.

(81) Algún autor (COSACK) utiliza la expresión «capacidad de disponer» como sinónimo de «poder de disposición» o facultad dispositiva. Yo la empleo—como puede apreciarse—en sentido distinto, esto es, concibiéndola como *la capacidad de obrar en su concreta función dispositiva*. Se discute más si la facultad de disposición se fundamenta en la capacidad jurídica o en la capacidad de obrar. Sobre ello pueden verse las mutuas críticas de FERRARA y CARIOTA-FERRARA: el primero en su comentario al libro de C.-F., *I negoz. sul patrim. altrui con particol. riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936 (*Riv. dir. comm.* 1937 (I), pág. 180 y sigs.) y CARIOTA-F. en contestación al mismo. *Riv. d. comm.*, mismo volumen, pág. 383 y sigs.

(82) Esto parece que quiere decir v. TUHR (*Der Allgemeine...*, n.º 60, I princ.) cuando afirma que quien quiera producir efectos en determinada esfera jurídica, aparte de tener capacidad de obrar deberá estar *en cierta relación* con aquélla. A esta relación—en el supuesto dispositivo—la llama «poder de disposición».

a) *La capacidad de disponer es presupuesto de existencia de la facultad dispositiva.* Como presupuesto de existencia, sin la capacidad dispositiva *no puede nacer ni subsistir* la facultad de disponer. Es cierto que una persona puede adquirir un derecho, incluso disponible, sin tener capacidad de disponer; pero en este caso, no nace la *facultad concreta* de disponer del derecho, accesorio a la titularidad creada. «La capacidad de ejercicio supone necesariamente—dice Capitant (83)—la capacidad de goce» (más bien presupone la titularidad, que ya, de por sí, exige la capacidad para ser titular), «porque para poder ejercer un derecho es necesario ser capaz de llegar a ser titular. Por el contrario, la capacidad de goce se concibe sin la capacidad de ejercicio..., no puede haber nadie que tenga el ejercicio de derechos de los que no tiene el goce».

Aunque la terminología y parte del pensamiento de Capitant no se ajustan a mi postura, es claro que sostiene la razón de dependencia entre capacidad de ejercicio y de goce. Pues bien; a la capacidad de ejercicio (no propiamente de un derecho, sino de las posibilidades de una *situación jurídica*) pertenece en especial la capacidad de disponer. Y si ésta exige la existencia de capacidad de goce y de titularidad, también con esta misma se concreta en una facultad dispositiva unida de modo en principio permanente a dicha titularidad.

b) *La capacidad de disponer ha de persistir en el momento de verificarse el acto dispositivo*, o lo que es igual: no puede surtir efectos el acto dispositivo si el disponente no tiene capacidad dispositiva. En este sentido, la capacidad de disponer se distingue de la facultad dispositiva en que es presupuesto de su ejercicio. Ello deriva del concepto de la capacidad como *fuera abstracta* e independiente de su aplicación a una titularidad determinada, y de la facultad como *poder concreto* accesorio a la titularidad.

En este momento de la disposición se distinguen con más claridad ambas figuras, porque en él, por su carácter *dinámico*, cobra toda su integridad el cometido o función de la facultad de disponer. Tanto es así, que en el acto dispositivo no nos hará falta indagar si el disponente posee capacidad para ello; bastará investigar si tiene *poder concreto para disponer*.

La sutil distinción entre capacidad y facultad de disponer pueden referirse a la capacidad y al poder en sus respectivas acepciones *genéricas*: «El poder es *desenvolvimiento de una capacidad*, en cuanto implica un más o menos lato señorío de voluntad... El concepto de poder es muy próximo al de capacidad, pero más restringido: sea porque hace relación a un solo aspecto de ella, a la esfera activa y no a la pasiva, sea porque la capacidad en sí y por sí, en su aspecto más comprensivo, es estática, quieta, y

(83) *Introd. a l'étude du D. civ.*, Paris, 1929, pág. 169.

por eso *abstracta*, mientras el poder, que es una *manifestación de la capacidad*, se mueve, obra, se desenvuelve en una determinada dirección y por un fin dado...» (84).

Ambos conceptos, por tanto, no se presentan separados, pero sí son susceptibles de distinción. La capacidad mantiene a la facultad; y en virtud de ella—entre otros requisitos—es ésta posible. La capacidad en sí no es más que una esperanza, una posibilidad. Yo soy *capaz* de disponer, en general, de mis posibles derechos, pero no los tengo, y, por tanto, *no puedo* disponer de ellos; o los tengo, pero no son aptos para la disposición: me falta en ambos casos la facultad dispositiva, aun cuando mi capacidad de disponer sea íntegra.

Por eso, cuando se produce una limitación absoluta a la disposición, surge una especie de incapacidad dispositiva que hace morir todos los concretos poderes de disponer del sujeto que la sufre. Por el contrario, hay casos en que se limita el ejercicio de la facultad dispositiva en relación con determinados derechos o un conjunto de los mismos (y se trata, por tanto, de una limitación de *cada una* de las facultades dispositivas que corresponden a *cada* titularidad) y no ha de producirse, necesariamente, la extinción o suspensión de la capacidad de disponer, ya que sigue poseyéndola el sujeto.

Estas observaciones tienen especial interés porque sobre ellas hemos de estudiar—en un trabajo próximo, continuación del mismo tema—la diferencia existente entre prohibición, incapacidad e inaptitud (indisponibilidad) en relación con el fenómeno de la disposición.

(84) SANTI ROMANO: *Poteri. Potestá*, en *Framm. di un Diz. giur.*, Milano, 1947, pág. 191. En el mismo lugar, pág. 190: «la capacidad... es un *presupuesto* de todo poder, pero no es poder... Indica una cualidad de la persona».

La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral

FRANCISCO GINOT LLOBATERAS
Notario

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *La responsabilidad del heredero por deudas del causante*: A) Evolución histórica: 1) Derecho romano: a) Teoría de la «universitas»; b) Teoría de Bonafante. 2) Derecho germánico; 3) Derecho francés medieval y Derecho comparado. B) Derecho español: 1.º Régimen del Código civil: A') El concepto de sucesión «mortis-causa» en el Código civil: a) Como transmisión del patrimonio como «objeto único»; b) Como entrada del heredero en la misma posición jurídica del causante. Sus consecuencias en orden a la responsabilidad. B') El artículo 995 del Código. C') Pluralidad de herederos: 1) Derecho romano; 2) Derecho germánico; 3) Derecho español: a) Proyecto de 1851; b) Código civil. 2.º Regiones inspiradas en el Derecho romano: a) Heredero único; b) Pluralidad de herederos. 2) Regiones inspiradas en el Derecho germánico: a) Aragón: a') Historia; b') Apéndice. b) Vizcaya.—III. *La responsabilidad del heredero por legados*.—A) Historia: 1) Derecho romano; 2) Doctrina de Pothier; 3) Derecho español: a) Régimen anterior al Código. B) El problema en el Código civil: A') La posición del heredero frente a los legados: 1) Derecho romano: a) Los diversos tipos de legado y su fusión; b) El concepto de sucesión y los legados; c) La cuarta falcidia, las disposiciones de Justiniano y la fusión de los legados. 2) Derecho germánico. 3) Derecho español: a) Las Leyes de Partida; b) El Código civil. B') La responsabilidad ilimitada en el Código; explicación de los artículos 1.003, 1.023 y 858. C') Las objeciones: 1) El artículo 764: a) Precedentes; b) Contenido; c) Estudio comparativo de los artículos 764, 660, 661 y 1.003; d) Ambito de aplicación del artículo 764; e) Conclusión. 2) El artículo 887. C) Regiones forales.

I. INTRODUCCION

El estudio de los efectos de la sucesión *mortis causa* a título universal ha sido preferentemente contemplado en la doctrina jurídica patria desde el punto de vista de la transmisión de los elementos activos que integran la herencia; pero tanta o más importancia que la transmisión de tales elementos activos la tiene la de los pasivos, dentro de cuyo concepto cabe incluir las obligaciones del causante y los legados impuestos por éste en su título sucesorio (1).

La diversidad legislativa española se pone de manifiesto en esta materia debido, sin duda alguna, a las diferentes influencias que se han producido en las distintas regiones. El estudio de la evolución histórica se impone para poder aquilatar debidamente el significado y alcance de los preceptos positivos que se refieren al objeto del presente trabajo (2).

II. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR DEUDAS DEL CAUSANTE

A) *Evolución histórica.*

1) *Derecho romano.*—En Roma las obligaciones eran, y fueron durante el transcurso de toda su evolución histórica, esencialmente intransmisibles por actos *inter vivos* (3). Pero, por otra parte, una de las características, quizá la más peculiar, de la *successio mortis causa*, fué el paso de las obligaciones del causante al heredero y la subsiguiente responsabilidad de éste. La razón de esta antítesis se encuentra, como se verá a continuación, en la propia naturaleza de la sucesión romana.

El hecho de que los orígenes del pueblo romano sean de orden

(1) En este sentido, un trabajo completo debe ser la conferencia que pronunció FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN en el Curso breve de Valladolid, año 1920-1921, cuyo texto no he podido obtener, pero cuyo sumario puede verse en la «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», año IV, 1921, pág. 239. Recientemente, y limitados al problema de la responsabilidad del heredero por legados, han tratado la cuestión PÉREZ SAUQUILLO en conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, en curso de publicación, y LUIS CÁRDENAS en un artículo publicado bajo el título *Responsabilidad ultra vires por legados*, en RDP, 1950, páginas 151 y sigs.

(2) Dice ALGUER: «...acaso como ningún otro orden del derecho civil, la sucesión *mortis-causa* lleva impresa la huella histórica, acaso haya nada tan estacionario en el derecho civil como la sucesión *mortis-causa*». *Ensayos varios sobre temas fundamentales del derecho civil*, «Revista Jurídica de Cataluña», junio, 1936, pág. 131.

(3) Como es sabido, el concepto de obligación en Roma fué una barrera infranqueable para llegar a la transmisibilidad de las mismas. Es indudable que con la evolución se fué acusando el carácter patrimonial y que las conveniencias prácticas impusieron la necesidad de derivar, tanto el crédito como la deuda, en personas distintas al acreedor y al deudor primitivos, lo cual sólo se logró por procedimientos indirectos.

prehistórico impide un conocimiento exacto de su estructura y organización social y jurídica primitivas, por cuya razón se ha procedido a base de conjeturas (4).

En realidad, cabría examinar, en el punto concreto que nos ocupa, dos cuestiones: a) El origen de la transmisibilidad de las obligaciones del causante y subsiguiente responsabilidad del heredero, y b) La concepción de la «hereditas» para conocer las razones determinantes de tal transmisibilidad. La primera ofrece un indudable interés histórico (5), pero para explicar determinados sistemas positivos modernos y, concretamente, el Código civil español, es suficiente limitarse a la segunda.

Por otra parte, dada la finalidad de este trabajo, no es necesario referirse a todas las teorías formuladas, y tan sólo han de estudiarse dos de ellas: La teoría que concibe la herencia romana como una transmisión del patrimonio considerado como un objeto único, es decir, como una «universitas», y la teoría desarrollada por Bonfante (6).

a) *Teoría de la «universitas» o «universitas juris»*.—Esta construcción iniciada por los Glosadores y seguida por Heinccio, Voet y otros, afirma que el heredero sucede en el *universum jus*, o sea, en la herencia considerada como un patrimonio u objeto único. Savigny (7) se expresa en los siguientes términos: «La sucesión a

(4) Sobre las teorías formuladas, muchas veces contradictorias, puede verse VAN WOESS, *Der roemische Erbrecht und d. Erbanwaerter*, 1911, págs. 2 y sigs.

(5) No se admite por todos que la transmisibilidad de las obligaciones en la sucesión *mortis-causa* fuera originaria. Siguen esta dirección: a) Todos los autores que reducen las primitivas manifestaciones de la herencia romana a una simple aprehensión material de una serie de cuerpos patrimoniales, siendo el más destacado de ellos LENEL, *Zur Geschichte der "heredis institutio"*, en «*Essays in legal history*», Oxford, 1913, págs. 120-142. b) KOROSZEC, en «*Die Erbenhaftung nach roemischen Recht*», Leipzig, 1927, sigue otro camino. Intenta desvirtuar o rechazar los textos romanos que consagran la sucesión en las deudas, y estima que esta sucesión hay que relacionarla con las nuevas concepciones económicas que sobrevivieron en Roma como consecuencia de las Guerras Púnicas y que fué introducida por el Pretor. c) CUG, en «*Institutions juridiques des Romains*», tomo I, pág. 548 y tomo II, pág. 630 y sigs., acude a la idea de la ficción. d) En cambio BAVIERA conjetura que la responsabilidad ilimitada del heredero debería referirse primeramente al pago de los legados establecidos por el testador, y que sólo posteriormente, por un complejo de causas que no especifica, se habría extendido a las deudas del difunto derivadas de obligaciones no personalísimas (citado por FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario Romano*, vol. II, párr. 539, pág. 333. Giuffrè, Milán, 1949).

(6) La teoría que entiende que el heredero es un continuador de la personalidad del difunto o su representante parece contener la razón de la transmisión de las deudas. Pero esta teoría no puede mantenerse si se concede a los conceptos de personalidad y representación su verdadero sentido. Sobre este punto puede verse SOLAZZI, *Contra la rappresentanza del defunto*, en «*Rivista italiana Scienze Giuridiche*», 1916, págs. 280 y sigs.; VOCINO, *Rappresentanza e volontà del defunto*, en «*Rivista di Diritto Civile*», 1934, págs. 317 y sigs., y en España ALGUER, art. cit., pág. 135.

(7) «*Sistema de Derecho Romano actual*», tomo II, pág. 155. Traducción de Mesía y Poley, Madrid, 1879.

título universal tiene por objeto los bienes considerados como formando un todo ideal, abstracción hecha de su contenido especial... Si, pues, la sucesión a título universal abraza los derechos particulares contenidos en el conjunto de los bienes, es sólo mediatamente y como partes integrantes de la totalidad que forma el objeto propio de la sucesión.» Siguen esta tesis Windscheid, Unger, Bruns, Seuffert, Koeppen, Rivier y otros

Precisamente, con esta teoría se ha querido explicar el traspaso de las deudas y de la posesión. Como dice Cicu (8) «no es este el lugar adecuado para discutir sobre el concepto de «universitas»; es suficiente considerar que implica un ligamen entre los diversos componentes de la «universitas». ¿Cuál es este ligamen? De los que se han señalado, quizá sea el más convincente el que estima como razón del mismo el destino que tienen los bienes para la satisfacción de las deudas (9). Si las deudas constituyesen una carga real, no de los bienes singulares, sino del patrimonio como un todo unitario, según la tesis de Rocco, sería explicable que pasando los bienes como patrimonio, esto es, como un todo unitario, pasasen también las deudas. Pero ni esta es la concepción romana de la herencia ni la moderna, dice Cicu. Lo demuestra: a') El efecto de la venta de la herencia sería el de constituir al comprador en heredero y las deudas deberían continuar siendo inherentes al patrimonio hereditario, aunque hubiese pasado a manos del comprador. b') Es efecto de la aceptación pura y simple de herencia la llamada confusión de patrimonios y el que el heredero sea personalmente responsable de las deudas con todo el patrimonio resultante de la confusión (10).

Sólo en el caso de aceptarse la teoría de la «universitas» podría hablarse verdadera y propiamente de responsabilidad *ultra vires* del heredero por las deudas del causante. Las deudas serían efectivamente *ultra vires patrimonii*, si los bienes de éste fuesen insuficientes para su pago, ya que al suceder el heredero inmediatamente en el patrimonio—comprensivo de derechos y obligaciones—la responsabilidad ilimitada provendría de que las deudas están integradas en el objeto único en el que sucede el heredero, y si los bienes no fuesen suficientes debería recurrir a elementos extraños al patrimonio para cubrir su responsabilidad (11).

b) *Tesis de Bonfante*.—Bonfante (12) rechaza la anterior teo-

(8) *Le successioni. Parte Generale*. Giuffrè. Milán, 1945, pág. 5.

(9) Para las demás razones, véase CICU, ob. y lugar citados.

(10) CICU emplea otros razonamientos no tan convincentes en relación con el beneficio de inventario.

(11) Esta teoría supone que en Roma, el patrimonio, al ser considerado como un objeto único, comprende tanto los derechos como las deudas. En contra BONFANTE. *Corso di Diritto Romano*, Vol. VI, pág. 51 *Città di Castello*, 1930, pág. 51.

(12) La teoría de BONFANTE está desarrollada en *Scritti giuridici vari*, tomo I, Turín, 1926, principalmente *L'origine storica dell'eredità e dei legata e Il concetto dell'eredità nell' Diritto romano e moderno* y en *Corso*, Vol. VI, página 3 y siguientes.

ría por considerar que los Glosadores la formularon a base de interpolaciones bizantinas, cuyas interpolaciones fueron una consecuencia de la ampliación del concepto *successio*. De las investigaciones de Longo (13) y Bonfante resulta que en el Derecho romano clásico existía tan sólo una *successio* cuya característica era la de que el sucesor subentraba en el *jus* del causante, es decir, en su misma posición jurídica, y se colocaba, por tanto, en la titularidad activa o pasiva de las relaciones en las que éste intervenía. Al tener lugar la ampliación del concepto *successio* y al admitirse en este concepto ampliado la que fué llamada *successio in re singulas*, el originario concepto de *successio* pasó a constituir una de las dos categorías del nuevo concepto, y para distinguirla de la sucesión a título singular fué designada *successio por univsum jus*, *successio per univertatem*, etc., sobre cuya alteración se fundaron los Glosadores para su teoría.

Bonfante ha dado una explicación nueva del origen histórico y dogmático de la herencia en el Derecho romano. La síntesis de la teoría de Bonfante es que la *hereditas* ha sido siempre en el Derecho romano una transmisión de la «familia», ya en el sentido de potestad unitaria del *pater familias* sobre las personas y cosas a él sometidas en la época primitiva, ya en el sentido de patrimonio en la edad histórica (14). En virtud de esta sucesión en la *potestad* o en el *nomen heredis* tiene lugar la *successio in jus*, o sea, el subentrar del heredero en la misma posición jurídica del causante. Por consiguiente, al colocarse el heredero en las mismas titularidades pasivas—al igual que en las activas—de aquél, es tan deudor como él, y en tal concepto responde, como todo deudor, ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones.

Como dice el propio Bonfante (15) tan fuerte es en los romanos el pensamiento de que, jurídicamente, en la sucesión tienen más importancia las cargas que los derechos, que la adquisición de la herencia no es llamada nunca *adquisitio*. Su nombre técnico es *aditio*, al igual que en los cargos públicos, y es llamada, por el contrario, *obligatio* por los juristas clásicos, y aceptar la herencia es *obligare se hereditati* (16). Y esta misma tendencia implica que *jus* no significa el derecho que el heredero adquiere, sino la posición jurídica en que subentra.

(13) *La successione particolare nel Diritto Romano*. «Bulletino dell Istituto di Diritto Romano». 1902 y 1903.

(14) Según BONFANTE, el organismo de la *hereditas* se construyó siempre en Derecho Romano en forma adecuada para el traspaso de la potestad soberana del *pater familias*, lo cual tenía lugar de una manera para ella a la transmisión de la soberanía en Derecho Público. Sin embargo, la tesis de BONFANTE tiene contradictores. Así EMILIO COSTA: *Storia del Diritto Romano*, nota 3 a la pág. 469. Turin, 1925. Para más bibliografía, en este sentido, puede consultarse la que señala BIONDI en *Instituzioni di Diritto Romano*. Giuffrè, Milán, 1946, nota 4 de la pág. 477.

(15) *Corso*. Vol. VI, pág. 46.

(16) GAYO. II. 34-35; JAVOLENO L. 28 D. de rei jud. 42. 5.

Desde este punto de vista no es muy correcto hablar de responsabilidad *ultra vires hereditatis*. Al colocarse el heredero en la misma posición jurídica y ser, por tanto, el propio deudor personal, hace que, como consecuencia, responda ilimitadamente con todos sus bienes, entre los que se encontrarán los procedentes de la herencia del causante.

2) *Derecho germánico*.—En el primitivo Derecho germánico no existía, debido a la comunidad doméstica, ningún derecho hereditario propiamente dicho, sino tan sólo un acrecimiento entre los miembros de la comunidad (17). La transformación del derecho hereditario doméstico en un derecho hereditario de la Sippe tuvo lugar antes de la aparición de los derechos populares (*Volksrecht*) (18). Una vez ocurrido esto, existe controversia sobre la cuestión de la responsabilidad por deudas (19). Según Lewis, Heusler (20), el Derecho alemán conoció una responsabilidad ilimitada del heredero, pero que no tardó en limitarse al valor de los bienes de la herencia, y Schroeder-Von Kuenssber afirman que es dudoso si el heredero podía liberarse de la responsabilidad propia mediante la cesión de los bienes hereditarios. Sin embargo, las leyes ripuarias contenían disposiciones que dieron lugar al conocido adagio «Wert einen Schilling erbt soll auch ein Vund bezahlen» (Quien hereda un chelín debe también pagar una libra) (21). Pero deducir de esto la responsabilidad personal del heredero por las deudas del testador contradeciría el Derecho alemán de obligaciones. Al decir de Siesse la responsabilidad del heredero es un caso de aplicación del principio que atribuye a la historia del derecho de obligaciones un origen delictual: el heredero, si se negaba al pago, engañaba al acreedor reteniendo en la herencia un valor que mediante el pago habría debido figurar en el patrimonio de este último. Según esto, pareció abusivo que el acreedor, por la muerte del deudor, pudiese mejorar su situación en perjuicio del heredero. Esta es la causa por la que este no podía ser responsable más que hasta la concurrencia de los bienes dejados por el difunto (22). Dicho principio triunfó en la Edad Media y encontró su expresión más completa en el Espejo

(17) Ver SCHROEDER-VON KUENSBER: *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*. Berlín-Leipzig, 1932, pág. 77 y sigs. y 356 y sigs.

(18) Sin embargo, la *Lex Frisorum* sólo conoce el derecho hereditario de la familia estricta. Faltando ésta pasaba al Rey.

(19) Sobre si la responsabilidad del heredero germánico primitivo era limitada o ilimitada puede verse BOETTERER: *Die Haftung von Miterben für Nachlassverbindlichkeiten*. Wuzburg, 1906; GIERKE: *Schuld und Haftung*, página 92; BRUNER: *Fortleben der Toten*, pág. 31. En cambio, la traducción española de BRUNER-VON SCHWERIN: *Historia del Derecho Germánico* da como cosa sentada la responsabilidad limitada del heredero. Ver pág. 219.

(20) Citados por GUSTAVE SIESSE: *Contribution á l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*. París, 1923, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, pág. 70.

(21) Véase nota 333 de la citada obra de SCHROEDER-VON KUENSBER.

(22) En este sentido GEORG BUCH: *Die Uebertragbarkeit von Forderungen in deutsche mittelalter Recht*, pág. 36, citado por SIESSE.

de Sajonia, según el cual la ejecución de una deuda no podía verificarse contra el heredero más que en el caso de que el acreedor estuviese dispuesto a hacer a favor de aquél la prestación de un contravalor.

Con lo dicho se comprenderá fácilmente que la explicación y efectos del fenómeno sucesorio en Derecho germánico no podían ser, ni eran, los mismos que en Derecho romano. Así como en este último el heredero sucedía en el *jus* del causante y se colocaba, por tanto, en la misma situación jurídica que éste, en Derecho germánico el heredero adquiere los derechos del causante; pero la muerte de una persona no implica, ni mucho menos, la volatilización de sus obligaciones. Dice Percerou que el heredero germánico recoge la herencia en virtud de una copropiedad preexistente en nombre propio y como masa de bienes distintos, no confundiendo, en absoluto, con sus bienes personales. Así, no está obligado personalmente por el pasivo hereditario; es solamente de una manera real, *propter rem*, únicamente con la herencia recibida y como detentador de la misma. No hay obligación *ultra vires* a su cargo, tampoco obligación personal limitada al valor del activo hereditario, sino simplemente una especie de obligación real recayente sobre la masa hereditaria. Y añade que varias leyes bárbaras, principalmente la de los visigodos y lombardos, consagran esta sucesión (23).

En la herencia germánica el heredero no sucedía en las obligaciones del causante, sino que, en realidad, los bienes hereditarios continuaban afectos a la responsabilidad dimanante de las obligaciones de este último. Y tanto es así, que estaba reconocida al heredero la facultad de abandonar los bienes del difunto a los acreedores, desligándose totalmente del pago de las deudas (24). Dentro de este sistema hay que tener en cuenta, según ponen de relieve Schoereder-Von Kuenssber, que los acreedores figuraban como los más inmediatos herederos y el heredero legal era subsidiariamente responsable ante aquéllos si había omitido hacer lo necesario para pagarles oportunamente, o, en caso preciso, no había cedido la herencia a fin de pagar las deudas (25).

3) *Derecho francés medieval y Derecho comparado*.—En el Derecho francés de la Edad Media puede observarse fácilmente el proceso de fusión de las influencias romanas de los países de Derecho escrito y de las influencias germánicas del Derecho de costumbres. Como consecuencia de ello, en los países de costum-

(23) *La liquidation du passif héréditaire en Droit français*. «Revue trimestrelle de Droit Civil», 1905, pág. 552.

(24) El art. 802 del Código Civil francés reconoce al heredero aceptante a beneficio de inventario la facultad de abandono de los bienes a los acreedores hereditarios. PLANTOL, refiriéndose a ella, dice que esta facultad es tradicional en Derecho francés, procedente del antiguo Derecho *coutumier* y, por tanto—añadimos—, de derecho germánico. (*Traité élémentaire de Droit Civil*, tomo III, núm. 2.137 y sigs. pág. 531, París, 1940).

(25) Ob. cit., nota 335 con referencia al capítulo 65 de la *Lex Burgundiorum*.

bres se llegó a proclamar la reponsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del causante mediante una lenta evolución. Dicen Colin y Capitán (26) que desde un principio el heredero en línea recta responde personalmente como el «de cuius» (27). Los principios romanos de la sucesión *mortis causa* hacen su aparición, seguramente por primera vez, en el Jurado de la Asamblea de Jerusalén. Después se extiende a otros herederos; pero, en contraposición, se confunde con otra idea procedente del Derecho germánico: la *saisine* (28). Esta confusión parece haberse consumado en el siglo XVI y posteriormente se refleja en el artículo 724 del Code.

En el Derecho moderno el principio de responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del causante se halla consagrado, entre otros, en los Códigos francés (29), italiano (30) y suizo (31). El sistema del B. G. B. es bastante complicado y se discute si la regla general es la limitación o la ilimitación de responsabilidad, si bien la mayoría de autores se inclina por este último sistema (32). En cambio, la responsabilidad del heredero es limitada en los países anglosajones y en el Código soviético (33). Un especial sistema sigue el Código portugués, al que aludiremos en nota al estudiar el Derecho foral aragonés.

B) Derecho español

1.º Régimen del Código civil.—El principio de responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del causante, aceptado ya por las Leyes de Partida (34), se halla consagrado explícitamente

(26) *Curso*. VIII. pág. 328. Madrid, 1927.

(27) Sin embargo, según expone PERCEROT (art. citado pág. 552) la *Lex Wisigotorum* (V-6-6) imponía ya, excepcionalmente, a los hijos del difunto la responsabilidad *ultra vires*.

(28) Sobre el proceso de fusión de la *saisine* germánica con la sucesión romana en el antiguo Derecho francés, véase PERCEROT, art. cit., pág. 549.

(29) Arts. 724 y 1.220.

(30) Arts. 752, 754 y 490, especialmente el segundo.

(31) Art. 560.

(32) Puede verse una exposición bastante clara y concisa del sistema del C. alemán en OTTO GEORG SCHWARZ: *Grundriss des Bürgerlichen Recht*, tomo II, 14-16 Aufl., pág. 11 y sigs. Berlin, Karl Heymanns, Verlag, 1926.

(33) El art. 434 del Código de la URSS. dispone: «El heredero que ha aceptado la herencia e igualmente los órganos del Estado o las organizaciones a las cuales se transfiere el patrimonio a falta de herederos, responden de las deudas que gravan la sucesión sólo dentro de los límites del valor efectivo de los bienes hereditarios». Y en nota al transcrito artículo se dispone (el articulado del Código de la URSS. tiene notas): «Los acreedores del *de cuius* están obligados a declarar sus créditos bajo pérdida del derecho a reclamar dentro de los seis meses del día de la apertura de la sucesión». Artículo y nota transcritos del libro de ANDREA DE CAPUA: *Codice Civile della Russia sovietica*. Giuffré. Milano, 1946.

(34) La Partida 6.ª, título III, Ley 21, dice: «...e necesarios herederos son dichos los siervos a quien sus Señores fazen herederos de los suyos en todo o en parte... e por tal establecimiento como éste, son luego libres e han de pagar luego las deudas e las mandas del fazedor del testamento, e tambien de los su-

en el Código civil. Así resulta de los artículos 660 en relación con el 661, 1.003 y 1.023 (35).

Sin embargo, entendemos que no hay que limitarse a proclamar el principio, sino que hay que conocer el fundamento del mismo (36). Para ello es preciso investigar el concepto de sucesión *mortis causa* en el Código (37).

A') *El concepto de sucesión mortis causa en el Código civil.*

a) Entre los autores anteriores al Código, Sala, Gómez de Laserna y Montalbán, Gutiérrez, etc., conciben la sucesión como la transmisión del patrimonio del causante considerado como un todo único.

Entre los autores modernos, dejando aparte el estudio de Ferrara (38), quien más ha destacado en este sentido, es decir, en el de considerar la sucesión como la transmisión de una *universitas juris*, es Ossorio Morales (39). Se apoya en el artículo 660 del Código civil, según el cual «llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular»; concordante con la frase final del art. 668, que equipara los términos «disposición hecha a título universal» y «heredero». La cues-

yon propios bienes dellos, que auian ganado ante de la muerte del testador, como de los otros que ganassen después quando la herencia non cumpliesse a pagarlos...» y la Ley 10, título VI, Partida 6.ª: «Como deue pagar las mandas e las debdas cumplidamente el heredero, si non fizo el inventario al plazo que le fué puesto. Si el heredero de quien ouiere entrado la heredad del testador, non fiziese el inventario fasta aquel tiempo que de suso diximos: dende adelante fincan obligados también los sus bienes que quiere de la otra parte, como los que ovo del testador, para pagar cumplidamente las debdas e las mandas del fazedor del testamento, e non puede retener, nin sacar para si la quarta parte de los bienes del testador, de las mandas: antes las deue enteramente, pues non fizo el inventario que deuia».

(35) La redacción del art. 659 CC. no autoriza a pensar que las deudas funcionan como carga del pasivo, pues hay que conectarlo con los demás preceptos que se refieren a esta cuestión.

(36) Se ha dicho en la doctrina patria, siguiendo probablemente la opinión de algunos autores extranjeros, que «el sistema de responsabilidad del heredero *ultra vires hereditatis* no responde a ningún principio jurídico, suprimidas ya las antiguas ficciones que le consideraban como un continuador de la personalidad del causante. Conservar aún esa responsabilidad ilimitada y exigir para liberarse de ella una serie de formalidades molestas, constituye un anacronismo». CASSO: *Derecho Civil, Registros*, pág. 600, citado por CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y foral*, Notarias, Reus, Madrid, 1942, tomo IV, página 166.

(37) Estudiado principalmente por OSSORIO MORALES en el *Legado de parte alicuota* en «Estudios de Derecho Privado» y por ALGUER, art. citado, si bien con referencia a la posibilidad del legado de parte alicuota en el derecho común.

(38) *Estudios sobre la sucesión a título universal y particular, con especial aplicación a la legislación española*. RDP, 1923, pág. 332 y sigs. Descartamos la opinión de FERRARA, no por desconsideración al gran autor italiano, sino porque actúa con ideas preconcebidas para el Derecho español, derivadas del Código civil italiano de aquella época, lo cual tiene—como se verá luego—una capital importancia en la cuestión que se estudia.

(39) Obr. cit., pág. 134, núm. 5.

ción estriba en fijar el sentido de las expresiones suceder o disponer «a título universal o a título particular», problema que el Código español no resuelve expresamente por carecer de una aclaración semejante a la contenida en el artículo 760 del Código civil italiano de 1865 (40). Y al explicar lo que debe entenderse por sucesión a título universal y a título particular, siguiendo a Ferrara, dice que en la sucesión a título universal (*per universitatem*) el patrimonio se transmite como unidad, en bloque, en su conexión unitaria y no como una suma de valores patrimoniales singulares, y—añade, siguiendo también a Ferrara—que no es la cantidad de bienes recogidos, sino el modo y forma de adquisición lo que caracteriza a cada una de estas clases de sucesión.

Hay que tener en cuenta, además, según Ossorio Morales, que el Código italiano de 1865, que influyó sobre el nuestro aún más que el francés, emplea también en su artículo 760, para diferenciar al heredero del legatario, las expresiones «disposición... a título universal» y «a título particular», pero explicando que aquélla es la que comprende la «universalidad» o una cuota de los bienes del testador.

Todo lo cual, unido al prestigio de los autores que siguen la tesis del *universum jus* y a los conceptos de sucesión universal formulados por Enneccerus-Nipperdey y por Von Tuhr (41), hace que Ossorio Morales entienda que en el Código civil es heredero el que sucede en todo o en una parte alícuota del patrimonio del causante considerado como una unidad abstracta.

(40) Art. 760 del Código civil italiano de 1865: «Las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad o una cuota de los bienes del testador, son a título universal y atribuyen la cualidad de heredero».

(41) El fundar el concepto de sucesión *mortis-causa* en el Código civil sobre los conceptos de sucesión de ENNECERUS-NIPPERDEY y VON TUHR nos parece muy relativo. Ambos autores lo formulan con referencia al Código civil alemán, lo que hace que este concepto esté basado en las directrices germánicas, no romanas, de la sucesión y, por lo demás, su respectiva teoría no es la misma, sino que, precisamente, las diferencias que existen entre ellos derivan de que los primeros consideran al patrimonio como «un todo», mientras que el segundo no comparte esta afirmación. Así, ENNECERUS-NIPPERDEY (*Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 1-2.º, párr. 133, I y III, págs. 29 y 31, Barna, 1935) definen la sucesión universal como «la adquisición de un patrimonio como un todo» y explican la responsabilidad personal del heredero como «una consecuencia que la Ley ha atribuido a la sucesión universal en casos singulares y en forma muy diversa, según las circunstancias». Por el contrario, VON TUHR (*Derecho Civil*, Vol. II-I, párr. 46, II, pág. 95, Buenos Aires, 1947) dice que el objeto de la sucesión universal es el «patrimonio como totalidad (art. 1.922, I, B. G. B.) y añade: «Esto no quiere decir que se transfiera un supuesto derecho sobre el patrimonio, sino que el *factum* y el efecto de la sucesión son únicos y comprenden todos los derechos (no habla de deudas) que integran el patrimonio del autor. El concepto de sucesión universal involucra: ...3.º) Que subsiste la responsabilidad del patrimonio por las obligaciones del autor. Junto con esta, y con extensión variable, nace para el adquirente una obligación personal que se funda en dichas obligaciones. Hay que hacer constar que OSSORIO MORALES se refiere a la obra de VON TUHR, traducida por ROCES, bajo el título *Parte General del Derecho Civil*, publicada en 1927, pág. 105, y no a la antes citada».

De seguirse esta tesis nos encontraríamos con todas las dificultades a que antes se ha aludido para explicar la responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del causante.

b) Como ha puesto de relieve Roca Sastre (42), el Código civil no sigue un sistema institucional determinado en materia de sucesiones, sino que algunas normas están inspiradas en el Derecho romano y otras en el Derecho germánico. Sin embargo, creemos que fundamentalmente el Código civil obedece, en cuanto al concepto sucesión *mortis-causa*, al criterio del Derecho romano, sin que, por otra parte, pueda ser interpretado en el sentido que lo hace Ossorio Morales.

Las influencias del Derecho romano de la época bizantina destacan netamente en el artículo 660 (43), pues entendemos que lo universal, en dicho artículo, es el título, no el objeto en que se sucede, y una vez aceptada la herencia se tiene el carácter de heredero con el alcance y efectos que determina el artículo 661 del Código civil: «Los herederos suceden al difunto, por el sólo hecho de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones.» (44), o sea, que el heredero sucede en la misma situación jurídica que tenía su causante (45), y, por tanto, se coloca en las mismas titularidades activas y pasivas de una manera idéntica a la de aquél. Si los herederos son varios, el título de cada uno de ellos es universal y la parte actúa sólo a los efectos de distribución (46). Al

(42) *Crítica institucional del Código Civil*. RCDI, 1940, pág. 511.

(43) Véanse las agudas observaciones de ALGUER en su citado artículo, letra c) de la pág. 139, in fine, y 140.

(44) El artículo 661 del Código civil es una muestra de la confluencia de normas procedentes del Derecho Romano y del Derecho Germánico. El primero se refleja en él en cuanto determina los efectos de la sucesión, pero también ha servido para que GARCÍA VALDECASAS defendiera el sistema de transmisión *ipso jure* de la herencia. Creemos que puede encontrarse en este precepto la confusión de la sucesión romana con la *saisine* germánica que se operó en el Derecho francés medieval.

(45) ROCA SASTRE (*Crítica institucional*, pág. 513) dice que el art. 661 no es suficiente para mostrar el verdadero juego de la *successio*, pues aunque el heredero se subroga en los derechos y obligaciones del causante, la subrogación en la misma posición jurídica de este es cosa más amplia y extensa, pues envuelve situaciones jurídicas que escapan de los estrictos moldes del derecho y la obligación de contenido patrimonial. Así, en virtud de la teoría y de los actos propios, el heredero no puede impugnar los actos que sean perjudiciales otorgados en vida por su causante y esto, aunque haya aceptado la herencia a beneficio de inventario. Además—añade—, el heredero romano sucede en derechos sin contenido patrimonial, como las acciones sobre legitimidad, los *sacra* y los *jus sepulchri*. Es evidente que la sucesión del Código civil no es la *successio* clásica, sino la romano-helénica, como lo demuestra el art. 660, pero sin la interpretación que a esta reforma dieron los seguidores de la teoría del *unicersum jus*. Además, el respeto del heredero voluntario a los actos propios del causante ha sido admitido por el T. S., entre otras, en la S. de 30 de junio de 1944, que se ocupa ampliamente de la cuestión.

(46) GONZÁLEZ PALOMINO: *El acrecimiento en la mejora* «Anales Academia Matritense del Notariado», tomo II, pág. 529. Si las partes estuvieran en la institución, el título no sería va universal. Claro que en el Código civil español estas afirmaciones son contradictorias con el art. 764, pero de este problema nos ocuparemos más extensamente al tratar de la responsabilidad por legados.

ser varios los herederos, el hecho de la concurrencia de dos o más determina la imposibilidad de hecho de que cada uno de ellos, a la vez, sea titular pleno de los derechos y obligaciones del causante, dando lugar a la comunidad hereditaria.

Creemos que Ossorio Morales al mantener la teoría antes expuesta, atribuye a los efectos el carácter de causa. Si el heredero sucede en todas las relaciones patrimoniales del causante es debido al carácter universal, o sea, expansivo, del título, que precisamente por ser universal se extiende a toda la situación jurídica del difunto. En cambio, según la tesis de Ossorio Morales, el sólo hecho de que el testador disponga de todo el patrimonio o parte alicuota del mismo a favor de una o más personas es suficiente para atribuir el carácter de heredero y provocar una sucesión a título universal. Con esta posición se imposibilita la doctrina del legado de parte alicuota en el Código civil, en contra de la más numerosa y reciente doctrina jurídica española y en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (47), y se impide el juego normal del artículo 764 del Código civil. Por otra parte, no creemos que sea correcto recurrir al artículo 760 del Código civil italiano de 1865 para interpretar nuestro Código, y a mayor abundamiento, cuando en este no existe una norma semejante.

Atendido el concepto de sucesión que admitimos para el Código civil, resulta que al colocarse el heredero (48) en las mismas titularidades pasivas que el causante, el primero es tan deudor como este último, de una manera paralela a la sucesión en las titularidades activas, y como tal deudor es ilimitadamente responsable. En este sentido, el art. 1.003 del Código civil, que consagra la ilimitación de responsabilidad del heredero por las deudas del causante, no es más que un caso particular de aplicación del principio general contenido en el artículo 1.911 del Código civil.

B') *El artículo 995 del Código civil.*

La norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 995 del Código civil implica una desviación infundada de la doctrina expuesta. Dice dicho artículo: «La mujer casada no podrá aceptar ni repudiar herencia sino con licencia de su marido, o en su defecto, con aprobación del Juez. En este último caso no responderán

(47) El legado de parte alicuota es admitido, entre otros autores, por los siguientes: ALGUER (art. cit.); GONZÁLEZ PALOMINO (art. cit. pág. 523 y sigs.); ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 181 y sigs.); JOSÉ ROAN (Texto refundido de la *Ley Hipotecaria*, RDP, octubre, 1946, pág. 746); VALLET DE GOYTISOLO (*Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios*, RDP, abril, 1948, pág. 316).

La Jurisprudencia lo ha admitido en SS. de 11 de febrero de 1903, 2 de enero de 1920; 16 de octubre de 1940 y, principalmente—como ha señalado ROAN—, en la S. de 15 de enero de 1918. También la Res. de 4 de octubre de 1935.

(48) El supuesto de pluralidad de herederos en relación con la responsabilidad por deudas del causante será examinado posteriormente.

de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal.»

Para comprender la especial norma de responsabilidad por deudas hereditarias del precepto transcrito, hay que hacer un estudio de sus precedentes históricos, el primero de los cuales se encuentra en la Ley 54 de Toro (49).

Sancho Llamas y Molina (50) dice «que la segunda parte de esta Ley se dirige a precaver el daño que podría experimentar el marido si la mujer aceptase la herencia sin su consentimiento, pues en tal caso quedaría obligada a los acreedores, y de consiguiente, se perjudicaría al marido en los frutos que producirían los bienes de su mujer que habían de servir para satisfacer a los acreedores, y así, únicamente le permite nuestra Ley que pueda aceptar la herencia con beneficio de inventario, porque, por este medio, no se obliga la mujer a más que lo que le alcanza la herencia, según la Ley 5, título 6, partida 6 y de consiguiente no se perjudica al marido».

En la primera edición del Código civil, el artículo 995, 2.º, expresaba que en todo caso la mujer no podría aceptar la herencia sin licencia del marido sino a beneficio de inventario, disposición tomada del artículo 826 del Proyecto de 1851 y de la citada Ley 54 de Toro y defendida por García Goyena. La Comisión General de Codificación al proceder a la segunda redacción del Código civil, entendió que el precepto era demasiado duro en determinados casos, principalmente en el de las hijas que no podían recibir la herencia de sus padres más que con aquella protesta (beneficio de inventario) y era en muchos casos, y aún en los más, lastimar sus sentimientos de esencial respeto y cariño... (51).

La norma del artículo comentado tiene sólo aplicación en el supuesto de que la mujer casada acepte la herencia sin autorización del marido, suplida por habilitación judicial. Entonces, «no responderán de las deudas los bienes ya existentes en la sociedad conyugal».

Pero, ¿cuáles son estos bienes? En la sociedad conyugal pueden existir bienes privativos de cada uno de los cónyuges y los gananciales, en su caso. Manresa (52) a base de una interpretación gramatical del precepto entiende que podría deducirse que quedan excluidos de la responsabilidad por deudas hereditarias los bienes de la mujer y los gananciales y respecto de los futuros que, siendo la herencia de la mujer, los bienes del marido no pueden responder de las deudas hereditarias, cualquiera que fuese

(49) Disponía dicha Ley: «La mujer, durante el matrimonio, no puede, sin licencia de su marido, repudiar herencia que le venga ex testamento, pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquiera herencia ex testamento o *ab-intestato* con beneficio de inventario, y no de otra manera.»

(50) *Comentarios a las Leyes de Toro*. Madrid, 1853, tomo II, pág. 294.

(51) Puede verse el dictamen de la Comisión en SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vol. III, pág. 1778, Madrid, 1910.

(52) *Comentarios*, tomo VII, pág. 374, edición 1924.

la época de su adquisición. Como, a juicio de Manresa, es anómalo que se excluya de la responsabilidad por deudas hereditarias los bienes privativos de la mujer existentes al tiempo de la aceptación cree que la idea del legislador en el artículo 995 es distinta de la que parece desprenderse del texto y que, en definitiva, los bienes privativos de la mujer responden, desde luego, del pago de las deudas hereditarias, los del marido no sufren nunca esta responsabilidad y que el artículo sólo alude a los bienes de la sociedad legal de gananciales, los cuales no quedan obligados por la aceptación de la mujer, sino en cuanto puedan adquirirse o existir como nuevo, como algo distinto por completo en sí mismo y en equivalencia, con posterioridad a dicha aceptación.

Si se tiene en cuenta el fundamento del artículo 995, tal como lo explica Llamas y Molina con relación a la Ley 54 de Toro, se comprenderá fácilmente que no es admisible la idea de Manresa (53). La *ratio legis* del precepto es la de que la aceptación de la herencia hecha por la mujer sin consentimiento del marido no puede perjudicar a los acreedores de éste, ni al marido mismo como jefe de la familia, ya que del artículo 1.385 del Código civil resulta que los frutos de los parafernales están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio y de los artículos 1.362 y 1.385, 2.º, que los bienes dotales inestimados y los parafernales pueden estar, en determinados casos, afectos a responsabilidad por razón de deudas gananciales. El legislador, en el artículo 995, 2.º, se ha preocupado de resolver el conflicto de intereses entre marido y acreedores de éste, como jefe de familia por un lado, y acreedores del causante por otro, y lo ha solucionado de una manera favorable para los primeros.

En consecuencia, están excluidos de la responsabilidad por deudas del causante y por legados, los bienes privativos del marido, los de la mujer y los gananciales existentes al tiempo de la aceptación. Respecto de los futuros, lo estarán los bienes privativos que la mujer adquiera en lo sucesivo, no lo estarán los del marido por no ser este el heredero, pero queda el problema de la reponsabilidad de los gananciales futuros. Creemos que tampoco estarán sujetos a responsabilidad: nos fundamos en el artículo 1.416, pues entre las excepciones que este artículo admite para que la mujer pueda obligar a la sociedad de gananciales sin consentimiento del marido, no figura el supuesto contemplado en el artículo 995 y, a mayor abundamiento, si se tiene en cuenta la idea fundamental de la norma.

Por otra parte, al emplear el artículo 995 la expresión «sociedad conyugal», que no es lo mismo que sociedad legal de gananciales, permite deducir, a nuestro entender, que la aplicación del precepto no se limita solamente al caso de que el régimen económico-matrimonial sea el legal de gananciales, sino a cualquier tipo

(53) Criticada por MUCIUS SACEVOLA (*Código civil comentado*, tomo XVII, Madrid, 1900, pág. 421) y por SÁNCHEZ ROMÁN (ob. cit. pág. 177⁸).

de comunidad que pueda haberse pactado y aún, apurando un poco el fundamento de dicho artículo, a los casos de separación de bienes en los que la mujer deba contribuir, de algún modo, al levantamiento de las cargas familiares, como son los supuestos de los artículos 50 y 1.434 del Código civil.

La norma del artículo 995, 2.º, no es afortunada: *a*), limita la responsabilidad del heredero sin establecer unas correlativas normas de garantía para los acreedores del causante y legatarios; *b*), rompe innecesariamente con todos los principios del derecho de sucesión; *c*), en otros lugares, el legislador se ve precisado a tomar medidas contra las confabulaciones entre cónyuges y aquí se desconocen en absoluto, y *d*), la pugna de intereses prevista estaba bien solucionada en la Ley de Toro (54), en el Proyecto y en la primera edición del Código, pero por un sentimentalismo exagerado, se ha llegado a una solución en la que pueden existir evidentes abusos.

C') Pluralidad de herederos.

1) *Derecho romano*.—Los créditos y obligaciones del causante fueron considerados de una manera peculiar en Derecho romano: se dividían *ipso jure* sin formar parte de la comunidad hereditaria (55). Según Bonfante, las disposiciones de las XII Tablas, que proclaman la división, tenían un sentido político, que era el de romper, hasta con una cierta violencia, el antiguo consorcio agnaticio; pero que consideradas desde el punto de vista técnico e histórico son ilógicas y no conformes de ningún modo con el espíritu romano, que tiende más bien a la solidaridad (56).

En consecuencia, la responsabilidad de los herederos, frente a los acreedores hereditarios, era mancomunada.

2) *La comunidad hereditaria germánica*.—No se encuentra en el Derecho germánico una verdadera comunidad hereditaria: es decir, comunidad que resulte de la apertura de una sucesión hasta la Edad Media y precisamente en la época de los Espejos (Espejo de Sajonia, de Suavia, etc.) (57) Limitándonos al estudio de la

(54) MUCIUS SACEVOLA y SÁNCHEZ ROMÁN: Obs. cits. se inclinan por la solución de dicha Ley 54 de Toro.

(55) JORS-KUNKEL: Ob. cit., pág. 481. Sin embargo, los fragmentos gajanos descubiertos en El Cairo en 1933 por MEDEA NORSIA parecen permitir una conclusión opuesta a la de la división *ipso jure* de los *nomina* en el más primitivo derecho romano. Los citados textos de GAYO pueden verse en *Fontes juris romani antejustiniani*, tomo II, por JOHANNES BAVIERA y J. FURLANI, pág. 195 y sigs., Florencia, 1940, en donde se cita la bibliografía sobre la interpretación de las lagunas que presentan.

Por otra parte, ARIAS RAMOS (art. citado) y NAVARRO AZPEITIA (*La contratación sobre Derecho hereditario e indivisos en Cataluña*, «La Notaria», primer trimestre 1944, pág. 14) han intentado paliar el alcance de la norma de división *ipso jure*.

(56) *Storia Diritto romano*, vol. I, pág. 166, edición 1923, citado por GONZÁLEZ PALOMINO: *Adjudicaciones para pago*, «Anales» I, pág. 222.

(57) Estas comunidades eran una degradación de las antiguas Ganerbschaften. El antiguo Derecho privado germánico descansaba en el colectivismo fami-

misma en relación con las deudas del causante (58), se admitió, o bien que los herederos estuviesen solidariamente obligados, como en ciertas regiones del Bajo Rhin, o bien se reconoció que el pago de las deudas debía dividirse entre los herederos en proporción a su cuota, a no ser que hubiesen incurrido en culpa (59).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la sucesión germánica descansa, a diferencia del Derecho romano, sobre la idea de transmisión patrimonial, y no es de extrañar que los acreedores pudiesen perseguir los bienes indivisos por la totalidad de sus derechos en la medida en que la máxima «Der Glaübiger ist der nächste Erbe» (El acreedor es el heredero más próximo) no había suscitado la aparición de un régimen de liquidación anterior a la partición y que los herederos estaban obligados a respetar, bajo pena de ver convertida su responsabilidad mancomunada en solidaria. Es decir, en principio, los coherederos, obligados a liquidar antes que partir, son solidariamente responsables durante la indivisión con el activo. Según parece, las pocas fuentes que hablan de responsabilidad dividida, parecen referirse sólo a cuestiones entre coherederos (60).

Al decir de Lebrún (61), en el antiguo Derecho francés de costumbres, había alguna de ellas que hacían a los herederos responsables solidariamente, de una manera más o menos completa, hacia los acreedores.

3) *Derecho español.*—a) En el artículo 932 del Proyecto se estableció la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante una vez «hecha la partición». García Goyena (62) dice que la norma representa una innovación frente a la división *ipso jure* del Derecho romano. La razón alegada por Goyena es la de que el acreedor contrató tan sólo con el difunto y

liar. Si bien el jefe de familia (Hausherr) era el dueño de fundo (Hufe), no podía disponer libremente sin el consentimiento de los miembros de la Sippe (Beispruchrecht). Este evolucionó posteriormente al *Erbenwarterrecht*. Las *Ganerbschaften* presentaban el carácter de sociedades universales que descansaban en la práctica de una vida en común, se extendían a los bienes adquiridos por cada uno de los partícipes, los cuales estaban afectos a las necesidades de los miembros del grupo, a la dotación de las hijas y al pago de las deudas individuales de los comuneros.

(58) Desde el punto de vista activo, la comunidad hereditaria comprendía el conjunto del patrimonio del difunto con exclusión del producto de la actividad personal de los partícipes. Los bienes que componen este patrimonio están sometidos a la administración colectiva de los interesados y cada uno de estos últimos sólo puede disponer con el consentimiento unánime de su consorte (SIESSE: ob. cit. pág. 68).

(59) STOBBE: *Deutsches Privatrecht*, párrafo 221.

(60) Este régimen de la comunidad germánica de la Edad Media es el que se encuentra en las legislaciones urbanas, tales como los Estatutos de Iglau, las codificaciones hamburguesas, etc. y estaba matizado por las costumbres particulares de las poblaciones rurales, las costumbres feudales y ciertas prácticas de la burguesía comerciante.

(61) *Successions*, libro IV, cap. II, secc. 1.ª, núm. 7.

(62) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo II, página 280. Madrid, 1852.

no hay razón para imponerle las molestias y gastos consiguientes a tener que demandar uno tras otro a todos los coherederos. Además, quedaba el problema de la insolvencia de uno de los deudores, y es solución mucho más conforme que estas consecuencias de la sucesión recaigan sobre los coherederos que no sobre el deudor.

b) *Código civil*.—Los artículos 1.082 y 1.084 del Código civil contienen normas relativas al derecho de los acreedores del causante en caso de pluralidad de herederos. De un ligero examen de los mismos se podría llegar a la conclusión de que existe una diferencia notable, en cuanto al derecho de los acreedores, entre la situación de comunidad y la situación resultante de la partición.

En la primera podría pensarse que el derecho de los acreedores del causante queda limitado a impedir la partición, a no ser que se les pague o afiance el pago, y de ser ello así, nos encontraríamos con un patrimonio—el hereditario—que respondería en primera línea de las deudas del causante, junto con la responsabilidad personal derivada de la sucesión (art. 1.003 C. c.), cuya responsabilidad, al no establecerse expresamente la solidaridad, sería mancomunada simple por aplicación del principio general establecido en el artículo 1.137 del Código civil, siendo su consecuencia, que el acreedor tendría que dirigirse contra todos los herederos para obtener el pago de su crédito. En la segunda, o sea una vez practicada la partición, que es una *res inter alios acta* para los acreedores, sería cuando entraría en juego la solidaridad de los deudores expresamente consagrada por el artículo 1.084 del Código civil.

Sin embargo, creemos que la conclusión a derivar de los principios consagrados en el Código civil es otra que la que se acaba de exponer. Como se ha dicho, al producirse la sucesión, cada uno de los herederos se coloca en la misma posición jurídica que tenía su causante, y, por tanto, cada uno es tan deudor como aquél, si bien por la concurrencia de varios herederos resulta que, en definitiva, no ha de ser uno solo quien soporte la responsabilidad total de la deuda. La cuestión de la medida de la responsabilidad de cada uno de ellos afecta tan sólo a los herederos entre sí y, por esto, las disposiciones del causante respecto a la determinación del heredero que ha de pagarlas deben ser irrelevantes para los acreedores. Sin embargo, esta doctrina está atenuada en el Código civil español desde el momento en que, según el artículo 1.084, si el heredero demandado para el pago no es el obligado a ello según la disposición testamentaria, puede oponer al acreedor demandante un trámite procesal, facultativo en él (62 a), consistente en hacer citar y emplazar al heredero obligado. En consecuencia, si el coheredero o coherederos demandados

(62 a) S. de 13 de noviembre de 1895: «Si el coheredero no ejercitó este derecho, no puede fundar la casación por quebrantamiento de forma en que no se le citó».

no obligados al pago por disposición testamentaria hacen uso de esta facultad, su responsabilidad será subsidiaria y solidaria. Si bien ciertas finalidades prácticas pueden abonar dicha norma, hay que reconocer que está en contradicción con el concepto de sucesión a título universal y con la continuidad inalterable del derecho en el acreedor, a pesar de hechos ajenos a su voluntad.

Con esta interpretación no se inutiliza el artículo 1.082 del Código civil, ya que cabe considerar la norma contenida en el mismo como un medio legal establecido a favor de los acreedores del causante para prevenir posibles maquinaciones de los herederos.

El Tribunal Supremo, en varias sentencias (63), ha reconocido la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas del causante, aun antes de realizarse la partición.

Una vez la partición haya tenido efecto, los herederos son solidariamente responsables (art. 1.084) y es aplicable lo dicho.

2.º *Derecho foral.*

Las regiones forales pueden agruparse en torno a dos grandes categorías en orden a la responsabilidad del heredero por deudas del causante: regiones inspiradas en el Derecho romano, en las que la responsabilidad es ilimitada, y regiones inspiradas en el Derecho germánico, en las que la responsabilidad es limitada.

1) *Regiones inspiradas en el Derecho romano.*—a) *Heredero único. Cataluña y Baleares.*—No hay ninguna dificultad en cuanto a estas regiones, por aplicarse el Derecho romano como Derecho supletorio del foral (64).

Navarra.—El capítulo II, título XVIII del libro 3.º del Fuero General de Navarra establece que los hijos que heredan de sus padres han de responder de las deudas de ellos, excepto cuando heredan por causa de matrimonio. Dice Lacarra (65), que este capítulo del Fuero General no estaolece que en el caso de heredar han de responder los hijos también con sus propios bienes de las deudas de sus padres; pero así se ha entendido siempre y lo ha proclamado el Tribunal Supremo en sentencias de 1.º de julio de 1881 y 19 de abril de 1898.

Sin embargo, en el apéndice del Derecho navarro al Código civil, según Proyecto formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, figura recogida la materia de responsabilidad del heredero por deudas del causante en el artículo 88, el cual rompe con los precedentes del Derecho romano. Dice dicho artículo 88:

(63) Entre otras, las SS. de 9 de enero de 1901, 3 de abril de 1903.

(64) El Tribunal Supremo en S. de 15 de febrero de 1905, en caso precedente de Cataluña, dijo que la obligación del heredero de pagar con sus bienes las deudas hereditarias proviene de la aceptación de herencia, si era pura y simplemente.

(65) *Instituciones del Derecho Civil Navarro*, tomo II, pág. 317. Editorial Aramburu. Pamplona, 1932.

«La herencia se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese esta circunstancia; y el heredero viene obligado a responder de las deudas del causante más que hasta donde alcancen los bienes. No es necesario formalidad alguna para gozar de este beneficio.» Esta solución debe ser criticada por las razones que seguidamente se expondrán al estudiar el Derecho aragonés, mayormente si se tiene en cuenta la procedencia netamente romana del Derecho navarro.

b) *Pluralidad de herederos*.—En ellas debería ser aplicable, en principio, la norma romana, según la cual las obligaciones, como integradas dentro de los *nomina*, se dividen *ipso jure* entre los herederos a prorrata de sus porciones, y las indivisibles serían reclamables *in solidum* (66), y, en consecuencia, la responsabilidad del heredero sería no total, sino tan sólo hasta donde, con arreglo a su participación hereditaria, les fuese exigible. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha proclamado la solidaridad de las obligaciones entre los herederos, al igual que en Derecho común (67).

2) *Regiones inspiradas en el Derecho germánico*.—a) *Aragón*.—Toda esta importante materia viene regulada en el primer párrafo del artículo 44 del Apéndice con la siguiente y escueta norma: «La herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario, aunque no se haya llenado formalidad alguna de las que establecen los artículos 1.010 y siguientes del Código civil.»

Para determinar el sentido y alcance de este precepto es conveniente hacer una breve referencia al Derecho histórico aragonés.

a') *Historia*.—El Derecho aragonés se ha inspirado casi siempre en el Derecho germánico (68), habiendo sido, por el contrario, muy escasa o nula la influencia del Derecho romano. De ello hay que deducir, en primer término, que no puede examinarse el Derecho sucesorio aragonés a través de los principios de la *successio* romana, sino a base del principio, fundamental en Derecho germánico, de que la herencia sólo da lugar a una simple transmisión de bienes.

Los textos legales aragoneses antiguos que se refieren a responsabilidad por deudas y la doctrina de los autores confirman este punto de vista.

Nos interesan para el objeto de nuestro estudio las Observancias 3 y, principalmente, 12 *De testamentis*, Libro V, que esta-

(66) BORRELL: *Derecho Civil vigente en Cataluña*, tomo V, pág. 473.

(67) S. de 3 de abril de 1903.

(68) Una de las varias manifestaciones de la inspiración germánica del Derecho aragonés se encuentra en el consorcio foral. Según dice STESSE (ob. cit. página 80), el liberalismo ha provocado la desaparición progresiva de las asociaciones de familia derivadas de las antiguas comunidades germánicas. Las *Ge-meinschaften* fueron suprimidas por el B. G. B., las *byalag* suecas fueron derogadas por la Ley de 9 de agosto de 1866 y las *guards* noruegas por la de 31 de marzo de 1882 y añade que apenas se encuentran hoy, salvo en Aragón (consorcio aragonés), en ciertas regiones balcánicas (Montenegro) y también en la nueva legislación suiza, pero éstas con un carácter particular.

blecen: la primera, la afección de los bienes hereditarios al pago de las deudas del causante, y la segunda, la responsabilidad limitada del heredero por deudas, aunque no haga inventario (69); la Observancia 15, *De consortibus ejusdem rei*, Libro III, que consagra la norma de que el heredero que enajena bienes de la herencia antes de ser amparados por los acreedores del padre no está obligado, como tampoco lo está el comprador de los bienes hereditarios (70), y, por último, el Fuero de 1436, *De his qui in fraudem creditorum*, que modificó la Observancia 15, en el sentido de que si el heredero enajena, consume o transfiere bienes hereditarios está obligado por las deudas del antecesor hasta donde alcancen los bienes de la herencia (71).

La doctrina destaca las siguientes particularidades, 1.ª No se confunden los derechos y obligaciones del heredero con los de su antecesor (72), y si el heredero es acreedor del difunto puede hacerse pago de su crédito ante todo, aunque no haga inventario, satisfaciendo a los legatarios con el remanente. 2.ª El heredero no está obligado *ultra vires hereditatis*: es decir, no lo está sino hasta donde alcanzare el valor de la herencia, aunque no haga inventario (Observancia 12, *De testamentis*, y Fuero único, *De his qui in fraudem creditorum*); pero siendo responsable de este valor puede ser compelido a pagar las deudas o desamparar los bienes (73), a no ser que los hubiese consumido, o no constare cuáles son los hereditarios (Fuero citado) (74).

De esta exposición relativa a los efectos de la herencia aragonesa se puede inducir el principio general que informa el Derecho sucesorio aragonés. Que el heredero no sucede, en el sentido ro-

(69) Observancia 3 de *testamentis*, libro V: *Quintumque fuerit legatarius, vel detentor bonorum defuncti tenetur debita solvere, vel bona quae tenet desamparare.*

Observancia 12, id., id.: *Item, de Foro haeredes non tenentur ultra vires hereditarias, etiam si non fecerit inventarium.*

(70) Observancia 15, *De consortibus ejusdem rei*, Libro III: *Item nota, quod si filius, «qui est haeres in bonis patris», alienat bona mortuo patre, quae bona a patre jure successorius habuit, antequam bona emparentur a creditoris patris: ex tunc nec filius, nec ille qui bona possidet jure alienationis per filium ei facere creditoris, nec alii ex causa patris non tenentur.*

(71) Fuero de 1436 «*De his qui in fraudem creditorum*»: *perpetuament (a) voluntad de la Cort estatuyamos, e ordenamos, que qualquiere heredero, o sucesor universal sucedient per titol lucrativo, sia tenido a las deudas de su predecesor, quanto bastan los bienes en que succedo haurá encara que por el dito heredero. (b) o successor, sian estado los ditos bienes en alguna manera alienados, consumidos o transportados...*

(72) Los autores aragoneses antiguos no hablan, generalmente, de causante, sino de antecesor, lo cual demuestra ya una diferencia notable con el Derecho Romano.

(73) Sobre el origen germánico de esta facultad de abandono nos remitimos a lo dicho en nota 24.

(74) DIESTE: *Diccionario de Derecho Civil Aragonés*, Madrid, 1806, página 566. Puede verse, también, a este respecto, ASSO Y DE MANUEL: *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, tomo I, pág. 214, 7.ª edición, Madrid, 1806, en donde hacen el estudio de la herencia en Derecho aragonés.

mano, se demuestra no sólo con la terminología, sino también con la posibilidad de poder reclamar los créditos que tuviera contra el causante, los cuales no se extinguen por confusión y con la no sucesión en las deudas y, por consiguiente, con la inexistencia de responsabilidad ilimitada. En realidad, se puede afirmar que el heredero aragonés adquiriría bienes y que éstos continuaban afectos a la responsabilidad patrimonial por deudas del antecesor mientras permanecían en poder de aquél. Este fué el principio originario derivado de la Observancia 15, *De consortibus ejusdem rei*, Libro III, y modificado posteriormente por el Fuero único, *De his qui in fraudem creditorum*, al sustituir la afección de los bienes que hubiesen salido del poder del heredero por una afección del valor de tales bienes, la cual podía hacerse efectiva en los bienes propios del heredero (75). Y, por último, éste podía desentenderse totalmente de las deudas desamparando los bienes a favor de los acreedores.

Estas conclusiones no pueden ser empañadas por el hecho de que ciertas veces los autores, refiriéndose a Aragón, hablen de beneficio de inventario. Esta última es una institución de rancio abolengo romano (75 a) y establecida en favor del heredero romano como remedio a la responsabilidad ilimitada. Su empleo por los autores puede ser debido a la similitud que, hasta cierto punto, presenta el heredero aceptante a beneficio de inventario romano con el heredero aragonés en cuanto al régimen de responsabilidad por deudas. Si, por principio, el heredero aragonés no puede salir nunca perjudicado por las deudas del causante y cargas testamentarias, sobra toda referencia al beneficio de inventario. Seguramente, el empleo de la expresión por los autores aragoneses, fué debido a influencias del Derecho común de Castilla, que facilitaba un expediente terminológico—inadecuado—para resumir los efectos que, en el orden pasivo, producía la herencia aragonesa.

En un Proyecto de Apéndice aragonés (76) se encuentran dos preceptos, los artículos 74 y 110, que se refieren a esta materia. El artículo 74 dice: «El heredero o sucesor universal por título lucrativo está obligado a pagar las deudas de su causante en cuanto basten los bienes de la sucesión, aun cuando éstos hayan sido enajenados, consumidos o transferidos de algún modo.» Y el 110 dice, a su vez: «El heredero sólo está obligado hasta donde alcance la herencia, aunque no haga inventario.» En estos preceptos pueden verse reflejados los mismos efectos que producía la herencia histórica aragonesa respecto de las deudas del causante; pero puede observarse, principalmente en el artículo 74, un avan-

(75) En este sentido, SÉSSÉ (Decisiones 385) y LISSA: *Tirocinium*, libro II, tit. XIX, y libro II, tit. XXVIII, citados por DIESTE, obr. y lugar citados.

(75 a) Ver ROCA SASTRE: *Crítica institucional*, pág. 306.

(76) Comprendido en la obra de ISABAL: *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón, derogado por el Apéndice Foral*. Zaragoza, 1926.

ce enorme de la influencia romana en el aspecto terminológico. Así, se habla de sucesión, y además de sucesión universal, de causante, expresiones que, generalmente, no se encuentran en los autores antiguos. Y que esto es así, se demuestra en los comentarios que hace Isabal (77) a tales preceptos, al señalar como precedentes de los mismos el Fuero único, *De his qui in fraudem creditorum*, y la Observancia 12, *De testamentis*, Libro V, y al decir que «la sucesión a beneficio de inventario» es una de las notables particularidades del Derecho aragonés. Y añade, después de afirmar que la legislación aragonesa no contiene, respecto a este beneficio más disposición que la de la Observancia indicada, que los complementos que en la práctica puedan necesitarse habrán de buscarse en el Código civil, conforme al artículo 13. Se comprende bien—continúa—que, al traer a las cuestiones de Aragón estos suplementos legislativos, ha de hacerse respetando ante todo su Derecho especial, según prescribe el artículo 12 de aquel Cuerpo legal.

b) *El Apéndice foral*.—Se ha dicho que el Apéndice vigente en Aragón no responde a una buena técnica legislativa: «la mayor parte de sus preceptos no contienen soluciones más que para casos particulares. No hay en él principios generales o fundamentales ricos en corolarios, no se precisan las categorías o figuras jurídicas y la terminología es imprecisa y, a veces, anfibiológica» (78). Ello es cierto en el caso que nos ocupa.

Creemos que es innegable que los redactores del Apéndice se propusieron, con la norma del artículo 44, párrafo 1.º, la subsistencia de la herencia aragonesa tradicional, lo cual puede comprobarse comparando este precepto con la Observancia 12, transcrita en nota 69, pero que no plasmaron debidamente en el texto legislativo, ya que al hablar de beneficio de inventario dieron pie a que pudiera defenderse la tesis de que ha de regir el Código en el desarrollo de la norma general, lo cual encierra una evidente contradicción debido a que, como se ha indicado antes, la procedencia romana del beneficio de inventario no se ajusta a la concepción germánica de la herencia.

Y esto lo confirma el examen de los textos legales pertinentes: a) En el beneficio de inventario del Código civil es esencial el cumplimiento de los requisitos legales, entre los que se encuentra la formación de inventario (79). b) En el Código civil se sigue, respecto al heredero aceptante a beneficio de inventario, un sistema de responsabilidad *cum viribus*, lo cual exige, como contrapartida, las medidas cautelares adecuadas para garantizar a los acreedores y legatarios una recta e íntegra liquidación de los bienes hereditarios (80). La sanción legal al no cumplimiento de

(77) Ob. cit. pág. 370.

(78) SANCHO IZQUIERDO: *Palabras iniciales. Primera Semana de Derecho Aragonés*. Jaca, 1942, pág. 13. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza.

(79) Arts. 1.013 y 1.018 Código civil.

(80) Que el sistema de responsabilidad limitada que el Código civil esta-

cualquiera de las reglas citadas implica la decadencia del beneficio de inventario y subsiguiente ilimitación de responsabilidad (81). En cambio, el Apéndice foral aragonés no sólo desconoce estas medidas, sino que, o bien las dispensa expresamente, como es la formación de inventario (82), o bien son inaplicables, pues el heredero aragonés no tiene necesidad de hacer inventario ni, al faltar éste, puede estar sujeto a unas determinadas normas de administración de la herencia, ni, en consecuencia, se le puede conminar con la pena de decadencia del beneficio de limitación de responsabilidad en los casos del artículo 1.024 del Código civil, de lo cual cabe deducir que la limitación de responsabilidad es el principio normal y no supone, como en el Código civil, una situación excepcional.

En definitiva, puede decirse que el Apéndice aragonés establece el sistema de responsabilidad limitada de heredero por las deudas del causante (83) y por los legados impuestos por el testador (84).

Pero, desde otro punto de vista, ¿es admisible en el Derecho moderno la consagración de un sistema de responsabilidad limitada sin garantía alguna para los acreedores y legatarios? En una sociedad absolutamente agrícola en la que, por lo reducida, los actos de relieve debían tener una publicidad evidente y en la que la fuente principal de riqueza estaba constituida por inmuebles, sin que los muebles alcanzasen un valor económico importante, cual la sociedad de la época de las Observancias aragonesas, el establecimiento de garantías no era esencial; pero la transformación sufrida desde aquella época a la actual hace absolutamente indispensable la existencia de tales garantías. Y la promulgación del Fuero único, *De his qui in fraudem creditorum*, hace pensar que ya en aquellos tiempos se darían algunos abusos.

La solución a este conflicto puede encontrarse en el campo procesal, que es el sistema seguido por el Código portugués con

blece para el beneficio de inventario es *cum viribus*, no nos ofrece duda alguna y puede encontrarse más de una razón en este sentido.

(81) Art. 1.024 Código civil.

(82) Art. 44, párrafo 1.º

(83) La S. del T. S. de 6 de junio de 1934 declara con relación al art. 44, 1.º del Apéndice foral aragonés: «Que la aceptación de herencia en Aragón tiene un significado carácter patrimonial de tal suerte que, posponiendo lo jurídico a lo económico, el art. 44 del A. F. llega a preceptuar que la herencia se entiende aceptada siempre a beneficio de inventario y acorta las distancias existentes entre el heredero y el legatario de parte alicuota...» En realidad, la analogía del heredero aragonés y del legatario de parte alicuota del Derecho común es, en punto a la cuestión de deudas del causante, bastante considerable.

(84) NICOLÁS S. DE OTTO ESCUDERO (*Elementos del Derecho Civil aragones*, pág. 172. Barbastro, 1924) dice que «la limitación de responsabilidad del heredero aragonés sólo tiene, en realidad, la excepción en lo referente al pago de legados en dinero, que si lo hubiere en el caudal relicto tendría que pagarse en metálico, cesando, a estos efectos, el consabido y casi general beneficio de inventario». No explica OTTO ESCUDERO los fundamentos de sus afirmaciones, ni cita texto alguno en apoyo de la excepción que pretende.

su especial sistema de responsabilidad (85). Según los principios expuestos sobre la herencia aragonesa, el acreedor deberá dirigirse contra los bienes hereditarios. Si el heredero, alegando la insuficiencia de los bienes, se opone, deberá probar su afirmación (artículo 1.214 C. c.), y si no prueba deberá soportar la ejecución de la sentencia. Si el heredero no hace inventario, será difícil que pueda probar el agotamiento de los bienes, y si no hace el inventario completo, es decir, dejando de incluir bienes, y se prueba este hecho, creemos que será responsable ilimitadamente de los daños y perjuicios ocasionados por aplicación del artículo 1.902 del Código civil.

Se dirá que son muy pocas garantías. Evidente, pero el defecto está en querer conservar una institución jurídica tal cual resulta del siglo xv y anteriores, sin adaptarla a las exigencias modernas. Además, queda otro problema, el de la preferencia de los acreedores, que únicamente podría solucionarse a base de considerar que el heredero aragonés, como órgano de liquidación, ocupa una posición similar a la del administrador del beneficio de inventario. Claro que aquí resultará difícil que el heredero conozca la existencia de acreedores preferentes, pues no ocurre como en el Código, que establece la necesidad de citar a los acreedores para la formación de inventario, y la iniciativa deberá partir de los propios acreedores preferentes, en el sentido de notificar al heredero la existencia de su crédito y la preferencia al mismo inhereente.

Con estas ideas se procura armonizar los principios con las necesidades prácticas en la medida de lo posible, porque, en definitiva, no tenemos más pretensión que la de plantear el problema para que otros, mejor dotados y con mucho mayor conocimiento del Derecho aragonés y de su práctica, den a conocer su más autorizada opinión.

b) *Vizcaya*.—Muy escuetamente se refiere a esta cuestión la Ley 14 del título XX del Fuero (86), de la que resulta que si el

(85) El artículo 2.019 del Código portugués dispone que «el heredero no está obligado por las cargas (encargos) más allá de los bienes de la herencia». Sin embargo, el Código portugués distingue entre aceptación pura y simple y aceptación a beneficio de inventario. Las consecuencias de la distinción surgen en el orden procesal. Si la aceptación se hace pura y simplemente, incumbe al heredero probar que en la herencia no existen bienes suficientes para el pago de las cargas (encargos). Si se hace a beneficio de inventario, y éste se formula efectivamente, incumbe a los acreedores la prueba de que en la herencia hay más bienes que los inventariados. Además, la Ley Procesal portuguesa tiene un precepto, el artículo 826, que dispone que en la ejecución promovida contra el heredero solamente pueden embargarse los bienes que el heredero haya recibido del causante de la herencia. Es decir, que la limitación de responsabilidad depende de la prueba de que han sido agotados todos los bienes de la herencia, y esta prueba será a cargo del heredero o del acreedor, según no exista inventario o exista. Para un conocimiento más amplio, véase JOSÉ ALBERTO DOS REIS: *O Processo de execução*, vol. I, págs. 306 y sigs., Coimbra, Editora Ltda., 1943.

(86) Dice así la Ley 14, tít. XX: «En que manera se puede disponer de

causante tenía bienes muebles e inmuebles, las deudas han de pagarse de los bienes muebles y no de los inmuebles.

Aunque, en realidad, dicha Ley establece una afeción preferente de los muebles a las deudas del causante, es indudable, dados los antecedentes y estructura del Derecho vizcaíno, que no existe *successio* en el sentido romano, sino que se desenvuelve bajo los moldes del sistema germánico.

El Proyecto de Apéndice al Código civil confirma y desarrolla la citada norma. Según el artículo 53, dispone que las deudas del testador se pagarán con el importe de los bienes muebles y raíces no troncales, y que sólo en el caso de que estas dos clases de bienes no bastaran, se acudiría a la raíz troncal. Pero pudiera ocurrir que sean llamados a la herencia los ascendientes o colaterales tronqueros de las dos líneas, paterna y materna. El artículo 56 dispone que, llegado el caso, lo que hiciere falta para cubrir el importe de las deudas o legados del alma se sacará por mitad e iguales partes entre las dos líneas.

Balparda entiende que el artículo 56 es poco equitativo y que debe dividirse la carga entre ambas líneas proporcionalmente a los bienes que vayan a cada una de ellas, pues no tiene en cuenta que pueden ser muchos los bienes que hayan de ir a una de las líneas y tan escasos los de la otra, que ni alcancen a la mitad del quinto por el alma y las deudas, y Jado (87) está conforme con la opinión de Balparda.

Desde luego, que si las deudas y legados actúan como afeción que recae sobre los bienes hereditarios, la distribución de la responsabilidad debiera ser proporcional a los bienes.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO POR LEGADOS

Así como en el Código civil español la responsabilidad del heredero por deudas del causante se explica fácilmente, no ocurre lo mismo con la responsabilidad por legados, ya que ni los preceptos legales presentan una solución definida, ni la doctrina jurídica se ha pronunciado unánimemente sobre la cuestión.

La influencia de los factores históricos es también manifiesta y es conveniente referirse a ella.

los bienes muebles, y rayzes, y tronqueros haviendo Hijos, y no los haviendo. Otrosí, dixerón: Que havian de Fuero, uso, y costumbre y establecian por Ley, que qualquier Home, o Muger que oviere bienes muebles, assi vacas, o bueyes; o otros qualesquier ganados, y ropas de lino, o lana, o oro, etc. en caso que tenga Hijos, o descendientes o ascendientes legitimos, puede mandar, y disponer de todo total, hasta el quinto de todos sus bienes muebles, y rayzes y no más. Y a falta de los tales descendientes y ascendientes legitimos, pueda disponer de todo lo mueble a su voluntad, reservando la raiz para los profincos tronqueros: *con que si deudas oviere, y bienes muebles el que tal raiz tuviere: de lo mueble se paguen las deudas y no de la raiz.*»

(87) JADO Y VENTADES: *Derecho Civil de Vizcaya*, 2.^a ed., pág. 413.

A) *Historia.*

1) *Derecho romano.*—La aparición de los legados y su régimen jurídico primitivo no son muy conocidos (88). Concretándonos, de momento, al problema de la responsabilidad por legados es indudable que fué una responsabilidad limitada para el heredero a partir de la Lex Falcidia. Pero esta Ley no es más que el último eslabón de una serie de medidas positivas encaminadas a encauzar las consecuencias de la relajación de costumbres en Roma (89), la cual hubo de implicar una mutación del régimen existente.

En general, los romanistas del siglo pasado proclamaban una responsabilidad limitada del heredero, pero Bonfante (90) estima que la antítesis que presentaban los autores entre la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas y la limitada por legados es una mera ilusión, y que esta limitación de responsabilidad por legados no deriva de un principio original y orgánico, sino de una norma positiva, cual la Ley Falcidia. En la actualidad se sostienen opiniones diversas sobre el problema, pues mientras Biondi (91), Czyhlarz (92), y otros, afirman que la responsabilidad originaria por legados era ilimitada (93), otros, entre los que se encuentran Raymond Monier (94) y principalmente Fadda (95), niegan que el heredero romano haya tenido una responsabilidad ilimitada por legados.

Lo cierto es que una vez aparecida la Lex Falcidia, el heredero sólo respondía hasta las tres cuartas partes de la herencia, pues podía detraer la cuarta de dicho nombre. Si se avanza algo más en la evolución del Derecho romano, nos encontramos con

(88) Una síntesis del problema puede verse en JORS-KUNKEL, ob. cit., página 489, nota 2. Para más bibliografía, ver la que se indica en la nota 3 de la página 544 de la citada obra de BIONDI, y de una manera especial el trabajo de FADDA: *Sull' origine dei legati*, publicado en «Scritti per l'VIII centenario dell' Università de Bologna».

(89) Lex Furia, Lex Voconia y Lex Falcidia, cuyo proceso de aparición puede verse en JORS-KUNKEL, párr. 224, pág. 499.

(90) *Corso*, vol. VI, págs. 346 y sigs., núms. 5 y sigs.

(91) Ob. cit., pág. 494, donde dice: «Oltre que per i debiti, l'eredità risponde illimitatamente anche dei legati e pesi imposti a suo carico dal testatore.» Sin embargo, en el párrafo 197, página 553, dice que las disposiciones de legados que excedieran del patrimonio del testador no serían frecuentes, pues el heredero dejaría de aceptar la herencia. Ver también párr. 184, pág. 526.

(92) *Continuazione del Glück*, edic. italiana, vol. XXX-XXXII, parte II, párrafo 1.528 b, nota 2, pág. 558.

(93) Ya hemos señalado en nota 5 la posición de BAVIERA, que estima la responsabilidad ilimitada por deudas como una derivación de una originaria responsabilidad por legados.

(94) *Manuel élémentaire de Droit Romain*, tomo I, núm. 376, pág. 523, Domat-Montchrestien, 1947.

(95) *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vol. II, párr. 541 y sigs., págs. 334 y sigs., Giuffrè, Milán, 1949. FADDA puede ser considerado como el más ardiente y destacado representante de la dirección doctrinal favorable a la responsabilidad limitada del heredero por legados en Roma, y desenvuelve ampliamente la cuestión en el lugar citado.

la célebre Constitución de Justiniano (96), con la que éste, a fin de evitar que el heredero se encontrara expuesto a la responsabilidad personal por débitos del causante ignorados al tiempo de la aceptación y que rebasasen el activo hereditario, extendió a los no militares el beneficio de inventario. Es conveniente subrayar que el beneficio se obtenía por el solo hecho de la confección del inventario, en el modo y términos prescritos por la Ley, sin que fuera necesaria una especial declaración de voluntad ante el Juez u otra autoridad a este fin dirigida, ni se decaía del beneficio por efecto de enajenaciones realizadas por el heredero. Se estableció en dicha Constitución que la falta de inventario provocaba la pérdida del derecho a la cuarta falcidia, pero la responsabilidad por legados quedaba limitada al caudal hereditario. Justiniano dió un paso más en la Novela 1 y estableció que el heredero no podía invocar contra los legatarios la insuficiencia de la herencia, sino cuando hiciese regular inventario. Conviene tener muy presente que, a partir de la Novela 1, la falta de inventario provocó una responsabilidad ilimitada del heredero por legados.

2) *Doctrina de Pothier.*—Pothier distingue entre deudas y cargas de la herencia, y formula clara y netamente la antítesis entre el régimen de responsabilidad del heredero por deudas del causante, que considera ilimitada, y la responsabilidad por legados, que estima limitada a la herencia. Pero lo que más nos interesa es la razón en que Pothier funda la distinción, la cual es la de que «el heredero sucede en las deudas, mientras que las cargas tienen un carácter autónomo. Los legados son considerados como cargas de los bienes hereditarios disponibles, lo cual implica un nexo de dependencia de los legados a los bienes de la herencia y el heredero puede liberarse de la responsabilidad por legados, abandonando todos los bienes hereditarios disponibles a los legatarios. Además—añade—las costumbres no conceden al testador el poder de hacer legados más que hasta la concurrencia de los bienes disponibles; por consiguiente no son válidos en cuanto al exceso. Pero el difunto pudo contraer tantas deudas como tuviera por conveniente (97).

3) *Derecho español.*—a) régimen anterior al Código civil.—El hecho de que las Leyes de Partida consagrasen la cuarta falcidia (98), cuya vigencia era, por lo demás, discutida (99), tiene una importancia relativa para nuestro estudio, ya que siguiendo

(96) 22 C, IV, 30.

(97) *Successions*, cap. V, art. 3.º, párr. 1.º No puede negarse la ascendencia germánica de la motivación de POTHIER a la limitación de responsabilidad por legados. Lo demuestra, entre otras cosas, su referencia al Derecho de costumbres y la facultad de abandono que reconoce al heredero. En cuanto a esto último, ver nota 24.

(98) Ver Partida 6.ª, tít. XI, Ley 1.ª y siguientes.

(99) Así, mientras MATIENZO, ESCRICHE, MOLINA y CASTILLO admitían la vigencia y posible detracción de la cuarta falcidia para evitar que fuera ilusorio el nombramiento de heredero, otros, entre los que se encuentran ANTONIO GÓMEZ y LASERNA y MONTALBÁN, se inclinaron por la inaplicabilidad de la misma,

la pauta trazada por Justiniano era una institución de derecho «voluntario» y supeditada a la confección de inventario con los requisitos legales.

Para conocer el régimen de responsabilidad del heredero por legados en el régimen anterior al Código, hay que partir de la siguiente fundamental distinción, admitida por las Leyes de Partida y confirmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

a') Si el heredero hacía inventario en tiempo y forma legales: Su responsabilidad por legados era limitada (100). Además, en este supuesto podía detraer la falcidia si no había sido prohibida por el testador (101), no la renunciaba (102) y la solicitaba (103).

b') Si no confeccionaba el inventario o no lo hacía en tiempo y forma legales. Su responsabilidad era ilimitada (104).

B) *El problema en el Código civil*

Se señalan como relacionados con la materia estudiada los artículos 1.003, 1.023, 858, 2.º y 887.

La doctrina jurídica española, en su gran mayoría, considera que la responsabilidad del heredero por legados es ilimitada. En este sentido: Sánchez Román (105), Manresa (106), Mucius Scaevola (107), Clemente de Diego (108), Valverde (109)

por haber cesado la causa que la introdujo (Ley 1.ª, tit. XVIII, Libro X, de la Nov. Recopilación), o sea la necesidad de la adición de la herencia para que valieran las demás disposiciones testamentarias.

(100) La Partida 6.ª, tit. VI, Ley 7.ª, disponía: «Otra fuerza há el inventario: que después que es acabado *non es tenuto el heredero de responder a los que han de recibir las debdas en los bienes del finado, nin a los que mandase el testador alguna cosa en su testamento, si non quanto montaren los bienes e la heredad, escritos en el inventario.*»

Por su parte, el T. S. sólo concedía la posibilidad de detraer la falcidia cuando se hacía tal inventario. Ver SS. citadas en nota 104.

(101) S. de 16 de enero de 1889.

(102) S. de 27 de septiembre de 1890.

(103) S. de 16 de enero de 1889.

(104) La Ley 10.ª del tit. VI, Partida 6.ª, decía: «Si el heredero non ficie inventario fasta el tiempo dicho, *dende adelante fincon obligados, tambien los sus bienes* que oviere de otra parte, como los que ovo del testador, *para pagar completamente* las debdas e mandas; é non puede retenir, nin sacar la cuarta parte de las mandas; *antes las debe pagar enteramente*, pues non fizo el inventario a la sazón que debía.»

Por su parte, el T. S., en SS. de 19 de enero de 1884 y 31 de diciembre de 1891, declaró que para que el heredero pudiera detraer la falcidia era necesario que confeccionara inventario en el tiempo y modo prevenido por las Leyes, *quedando obligado el heredero*, cuando no lo hiciera, *a satisfacer con sus propios bienes y los del testador las deudas y mandas de éste*. La S. de 13 de noviembre de 1866 establece igual doctrina.

(105) Ob. cit., tomo VI, vol. II, núm. 60, pág. 1.333. Madrid, 1910.

(106) Ob. cit., tomo VII, pág. 443. Madrid, 1924.

(107) Ob. cit., tomo XV, págs. 173 y 376. Madrid, 1890.

(108) *Instituciones de Derecho Civil español*, tomo III, pág. 368. Madrid, 1932.

(109) *Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, pág. 525. Valladolid, 1916

y Pérez Sauquillo (110). Son favorables a la tesis de limitación: Roca Sastre (111) y Cárdenas (112).

Para resolver la cuestión de la responsabilidad del heredero por legados en el Código civil, es necesario referirse previamente a un problema más general: el de la posición del heredero frente a los legados ordenados por el testador y para poder precisarla debidamente hay que comenzar por el Derecho Romano.

A') *La posición del heredero frente a los legados.*

1) *Derecho Romano.*—a) *Los diversos tipos de legado y su fusión.*—El «jus civile» no conoce «el legado», sino «los legados», según la tendencia general que presenta instituciones típicas más bien que categorías generales. Gayo dice, al efecto, que cuatro son los *genera legatorum*: *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* y *per praeceptionem* y según afirma Biondi (113), no se trata de diversas formas, sino de varios tipos de legados, teniendo cada uno de ellos su propia estructura y efectos.

En la evolución del Derecho Romano hubo un proceso de acercamiento entre los diversos tipos de legado (114) que terminó en fusión por obra de Justiniano, el cual dispuso que todos los legados debían tener *unam naturam* y que de esta podían derivar tanto la *actio in rem* como la *actio in personam* (Código 6, 43, 1 Inst. 2, 20, 2) sin que, por esto, se suprimiera la fundamental distinción entre legado de propiedad y legado de obligación (115).

Para precisar debidamente el alcance de esta fusión, al objeto que a nosotros interesa, es conveniente destacar los efectos de cada uno de los tipos de legado. En el derecho antiguo, el legado *per vindicationem* es un acto dispositivo que desglosa de la herencia el derecho legado, de tal suerte que este no entra para nada en el patrimonio del heredero, sino que pasa directamente al legatario tan pronto como la herencia es adida (116). En cambio, en el legado *per damnationem* el testador impone al heredero la obligación de hacer una determinada prestación a favor de alguien,

(110) Conferencia citada.

(111) *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 512, Barcelona, 1948.

(112) Artículo citado.

(113) Ob. cit., párr. 192, pág. 543.

(114) Una de las manifestaciones de tal proceso fué el Senado-Consulta Neroniano, dictado a propuesta del Emperador Nerón entre los años 54 y 58 después de Cristo. Una interpretación del citado Senado-Consulta diferente a la común es la de CIAPESONI, *Sul Senato-Consulta neroniano*, en «Studi in onore de Bonfante», tomo III, págs. 651 y sigs., Milán, 1930.

(115) El proceso de acercamiento y fusión de los varios tipos de legado puede encontrarse en cualquier obra de Derecho Romano. Por su claridad de exposición hemos seguido, fundamentalmente, a BIONDI, ob. cit., párr. 192, páginas 543 y sigs., y también, del mismo autor, el tomo de *Successione testamentaria. Donazioni*, del *Tratado de Derecho Romano*, dirigido por EMILIO ALBERTARIO, Milán, 1943, cap. XI, págs. 269 y sigs.

(116) SOHM: *Instituciones de Derecho Privado Romano, Historia y Sistema*, párr. 101, pág. 576, Madrid, 1928.

obligación que, al decir de Biondi (117), presenta estrecha analogía con la *stipulatio*. En los primeros el heredero no intervenía para nada, pero en los legados *per damnationem* sí que intervenía, ya que era el sujeto pasivo de una relación obligatoria establecida por el testador de la que el sujeto activo era el legatario (118).

Después de la fusión realizada por Justiniano, los legados tuvieron *unam naturam* y podían ser, teóricamente, reclamados por acción real y por acción personal. Pero, como la acción real no era aplicable, por propia naturaleza, a los legados cuyo objeto consistía en una prestación de carácter obligacional a cargo del heredero, resultó que, en definitiva, se hizo extensiva la acción personal a los legados traslativos de propiedad (119). Y por esto no es de extrañar que Biondi (120) afirme que después de la fusión justiniana no se excluye que el legado tenga efectos tanto reales como personales y más preciso Sohm (121) que el «efecto» de los legados y fideicomisos del Derecho justiniano *es siempre imponer al heredero la obligación de ejecutarlos* y —añade— si el testador lega directamente la propiedad u otro derecho real sobre una cosa que forme parte de la herencia, *el legatario adquiere, además, sin que el heredero se lo transfiera*, el derecho real legado.

Otra consecuencia a destacar del proceso de fusión de legados y fideicomisos culminado en época de Justiniano, es la de que el testador puede imponer legados, no sólo al heredero, tanto testamentario como legítimo, sino también al mismo legatario y, en general, a todo el que adquiera *mortis causa* (122).

b) *El concepto «sucesión» y los legados.*—Una vez ampliado el concepto de «sucesión» por la doctrina romano-helénica (123), puede admitirse la aplicación del muy discutible concepto ampliado a los legados *per vindicationem* debido, precisamente, al efecto traslativo de tales legados. Pero fuera de esta clase de legados se demuestra la inutilidad de la «sucesión a título particular», porque

(117) Ob. cit., nota 2 a la pág. 544.

(118) No tratamos de los efectos de los legados *per praeceptionem* y *siendi modo*, porque, en definitiva, estaban equiparados a los legados *per vindicationem* y *per damnationem*, respectivamente, y en el proceso de acercamiento de los diversos tipos de legados fueron prontamente identificados con estos últimos.

(119) No hay que olvidar que el Derecho Romano descansa sobre el concepto de acción y no en el de derecho subjetivo.

(120) Ob. cit., párr. 192, *in fine*, pág. 545.

(121) Ob. cit., pág. 581.

(122) BIONDI, ob. cit., párr. 195, pág. 548.

(123) Nos referimos al fenómeno que se produjo en el Derecho Romano justiniano, en virtud del cual, el concepto de «successio» fué aplicado tanto para el heredero como para el legatario, de forma que el mencionado concepto comprendió en lo sucesivo la «successio per universum jus», «successio per universitatem», etc., y «successio in re singulas», desvirtuando el originario concepto de «successio», y a cuyo fenómeno se ha aludido en el texto.

como puso de relieve N. Coviello (124), el legado, si bien comúnmente se considera como una sucesión a título particular, no siempre implica sucesión, y aún cuando la implique, no siempre es sucesión en sentido jurídico, del difunto. Limitándonos a este último supuesto (125), es cierto que no existe sucesión entre difunto y legatario, sino que la sucesión—en sentido amplio—tiene lugar entre heredero y legatario. Esto resulta muy claro en los legados de cosa ajena, en los que el heredero está obligado a adquirir la cosa para entregarla al legatario, y en caso de imposibilidad, a darle la estimación (126). También resalta de una manera definida en los legados de cosa propia del heredero (127). Y es que todos los legados que no sean de cosa propia del heredero, sólo pueden explicarse sirviéndose de la consideración de que el testador establece un derecho de crédito a favor del legatario dirigido contra el gravado con el legado, que tiene la posición de deudor y que ha de pagar, o sea, cumplir el legado.

Así pues, en los legados *per vindicationem* del antiguo Derecho romano el heredero no jugaba ninguna función, salvo la entrega del legado, pero cuando Justiniano realizó la fusión, tenía, al igual que en los antiguos legados *per damnationem*, la obligación de cumplirlos, lo cual, si bien aisladamente considerado parece que no debiera tener mucha importancia, ya que la efectividad del legado podía producirse sin acto propio del heredero, como se verá a continuación si la tuvo y mucha.

c) *La cuarta falcidia las disposiciones de Justiniano y la fusión de los legados.*—La Lex Falcidia tuvo carácter de derecho «necesario» (128) desde su aparición hasta las reformas introducidas por Justiniano. Por consiguiente, las disposiciones de legados que excedían de las tres cuartas partes de la herencia líquida, infringían una norma prohibitiva y eran nulas en cuanto al exceso.

Cuando Justiniano convirtió la falcidia en una institución de derecho «voluntario» inutilizó esta motivación de la ineficacia de los legados que excedían de las tres cuartas partes e introdujo

(124) Curso de lecciones sobre «Diritto delle successioni, Parte Generale», desarrollado en la Universidad de Catania en el curso 1905-1906, publicado por L. COVIELLO juntamente con otro curso sobre «Successioni legitima e testamentaria» desarrollado en 1909-1910, bajo el título *Corso completo del diritto delle successioni*, vol. I, pág. 20, citado por CARMELO SCUTO en *Il legato di cose non esistenti nel patrimonio del testatore con particolare riguardo al legato di cosa altrui*, en «Riv. Diritto Civile», año 1916, nota 1 a la pág. 86.

(125) Según COVIELLO, en realidad no existe sucesión en el caso de que el testador remita una deuda a su deudor o cuando reconoce una deuda suya a favor del propio acreedor o cuando se encarga al heredero hacer alguna cosa o abstenerse de hacerla a favor de un tercero, pues en estas y otras disposiciones semejantes no pasa ningún derecho del testador al legatario.

(126) Puede consultarse el documentado artículo de SCUTO citado en nota 124.

(127) Lo afirma expresamente con respecto a estos legados CARIOTTA FERREIRA, en *Il negozi sul patrimonio altrui con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Cedam, Padua, 1936, núm. 63, pág. 123, y núm. 204, pág. 410.

(128) BIONDI (ob. cit., párr. 197, pág. 554) dice que el instituto de la falcidia fué considerado por los clásicos como *jus publicum*.

una innovación fundamental. Si la falcidia y, por tanto, la limitación de responsabilidad del heredero por legados a las tres cuartas partes, dependía tanto de la voluntad del testador (que podía prohibirla), como de la del heredero (que podía renunciarla y aun sin renunciarla debía hacer inventario en forma), la falcidia puede ser considerada como un beneficio concedido por la Ley al heredero, siempre que concudiesen los requisitos legales para detraerla.

Una vez aparecida la Novela I, lo que se acaba de decir puede aplicarse perfectamente a la responsabilidad limitada del heredero por legados. Aunque Justiniano estableciera la limitación de responsabilidad por legados como «una pena» impuesta al heredero que no hiciera inventario, ello es debido a que en el pensamiento del Emperador las ventajas del inventario serían incentivo suficiente para que en lo sucesivo se confeccionara. Pero téngase en cuenta que con la norma de la citada Novela, Justiniano no hizo más que equiparar el régimen de responsabilidad del heredero por legados a la responsabilidad por deudas: si éste hacía inventario su responsabilidad era limitada, tanto por deudas como por legados, si no lo hacía era siempre ilimitada.

Y esta equiparación del régimen de responsabilidad del heredero por deudas y legados se compagina, desde el punto de vista conceptual, con otra de las reformas llevadas a cabo por Justiniano: la de la fusión de los diversos tipos de legados.

Como se ha dicho, los legados, a partir de la fusión justiniana, tuvieron una «naturaleza única», y ésta consistía en que todo legado implicaba, desde entonces, para el heredero «la obligación de cumplirlo». El heredero, por virtud de la *successio*, se colocaba en la misma posición jurídica del causante y era, por ello, tan deudor como éste. Por otra parte, el testador, al ordenar legados, imponía al heredero tantas obligaciones como legados, las cuales, en virtud de la *successio*, habían de ser cumplidas por este último. Si tanto en un caso como en otro el heredero resultaba obligado, era lógico que los efectos fueran los mismos, o sea, los propios de toda obligación: la responsabilidad ilimitada en caso de incumplimiento y establecida la posibilidad de limitación de responsabilidad para un caso debía ser aplicable al otro.

2) *Derecho germánico*.—El Derecho germánico se caracterizó por una originaria indisponibilidad de los bienes por parte del testador, de acuerdo con el principio *Gott, nicht der Mensch macht den Erben* (Dios, no el hombre, hace al heredero), y tan sólo por el influjo de la Iglesia se llegó a admitir una muy menguada libertad de disposición al testador (generalmente la quinta parte), primero *pro anima* y después sin restricción alguna. El testador carecía de poder para disponer legados más allá del estrecho límite que le fué concedido.

Por otra parte, la configuración de los legados, dentro de esta escasa libertad dispositiva, no era como en Derecho romano, sino que, al igual que las deudas del causante, tenían la considera-

ción de cargas del activo y habían de hacerse efectivas sobre los bienes hereditarios, de manera que el heredero podía liberarse de tales cargas abandonando los bienes (129).

La responsabilidad del heredero germánico por legados no podía ser, pues, nunca ilimitada: a) Porque los legados que excedían de la parte de que el testador podía disponer eran ineficaces, y b) Por no implicar una obligación personal del heredero, sino una detracción de los bienes hereditarios.

3) *Derecho español.*—a) Las leyes de Partida parece que dan margen suficiente para estimar que consideraron al legado como una obligación a cargo del heredero, o, por lo menos, la terminología de las Leyes 3.^a y 10.^a, título IX, Partida 6.^a (130), refleja la situación producida por la fusión de los diversos tipos de legados operada por Justiniano (131).

b) El Código civil admite la existencia de legados traslativos, que lo serán los de cosa específica propia del testador (art. 882). También es indudable que existen legados cuyo contenido es exclusivamente el de constituir una obligación a cargo del heredero y a favor del legatario (legado de cosa ajera (art. 861), legado de cosa del heredero (art. 863), legados de educación, de alimentos y de pensión (arts. 879, 880), etc.).

Aun conformándose—que no nos conformamos, como se verá—con esta separación tajante de legados, exclusivamente traslativos y exclusivamente obligacionales, es explicable la responsabilidad ilimitada del heredero. En los legados traslativos se produce una sucesión directa entre causante y legatario, sin que el heredero

(129) Véase nota 97.

(130) Dice así la Ley 3.^a: «Puede el testador *mandar e obligar* al heredero *que dé o pague* alguna cosa a otro;... F lo *deben cumplir* luego que son apoderados de la herencia. E si mandase a alguno de aquellos a quién oviese dejado de lo suyo señaladamente, que de aquello que le mandaba que diese alguna cosa a otro, *tenudo es de lo cumplir*, fasta aquella cuantía que montase lo que le había dejado por manda. E *non solamente están obligados a cumplirlo* los sobredichos, más aún los herederos dellos...» y la Ley 10.^a: «El testador puede facer mandas de las cosas suyas, como de las de aquel que establece por heredero: *é tenudo es de dar é pagar tales cosas...*» Es de notar la equiparación que esta última Ley establece para el heredero, tanto en el legado de cosas específicas propias del testador como en el legado de cosas del heredero.

(131) ANTONIO GÓMEZ (*Variae Resolutiones*, tomo I, cap. XII de legatis, número 11, pág. 338, Madrid, 1780) recoge la idea, dominante en aquel tiempo, de que el heredero queda «obligado» de igual modo por las deudas que por los legados, mediante el recurso de considerar la aceptación de herencia como cuasi contrato. Lo hace al plantearse el problema de si los legados son debidos (*an legata debeantur*) antes de la aceptación y después de contestar que ésta es precisa, dice: «Cujus ratio vera et fundamentalis est: quia haeres per additionem hereditatis *videtur quasi contrahere cum creditoribus et legatarius, et se obligare et astringere solutioni*, ut in leg. Apud Julianum...», aunque, con referencia al Derecho de Castilla tiene en cuenta que «*Hodie tamen, in nostro Regno bene valeant legata, et omnia alia contenta in testamento, vel codicillis, haereditate non adita ex testamento, nec ab intestato...*», como consecuencia de lo dispuesto en la Ley única, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá, lo cual será estudiado posteriormente.

suceda—en sentido amplio—en las cosas legadas, respecto de las que tiene, tan sólo, la obligación de entrega (art. 885) (132). Y al carecer de norma protectora contra el exceso de legados, al estilo de la Falcidia romana, hace que su responsabilidad pueda ser ilimitada (133). En los demás legados, el testador crea una obligación a cargo del heredero, que se perfecciona para éste en el momento de la aceptación. Como no existe tampoco ninguna norma positiva que excepcione, será plenamente eficaz el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código civil, y, por tanto, el heredero tendrá una responsabilidad ilimitada.

Pero es que en el Código civil, como en el Derecho justinianeo, la separación entre legados traslativos y obligacionales no es absoluta, sino que estas dos clases de legados están unidas por un denominador común. Este es el de que todo legado implica para el heredero «la obligación de cumplirlo», y tiene su base en el artículo 859 del Código civil. Dice el artículo: «Cuando el testador gravare con un legado a uno de los herederos, *él solo quedará obligado a su cumplimiento. Si no gravare a ninguno en particular, quedarán obligados todos* en la misma proporción en que sean herederos.» Y puede afirmarse que esta obligación de cumplir los legados no es puramente nominal para los legados traslativos (133, a).

(132) De la entrega de legado de cosa específica en caso de existir institución de heredero, se han ocupado la S. de 3 de junio de 1947 y la Res. de 19 de mayo de 1947. Más numerosas son las resoluciones en el caso de no existir institución de heredero, pero estas caen fuera del ámbito de nuestro estudio.

(133) Decimos que puede ser ilimitada, ya que, al igual que en Derecho Romano, los legados de cosa específica y propia del testador no provocan, por sí solos, una responsabilidad ilimitada del heredero, pues para la eficacia de tales legados es preciso que las cosas legadas existan en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte. Ver art. 869, 2.º y 3.º. Para que la limitación de responsabilidad tenga lugar es necesario que concurren con deudas del causante o con legados exclusivamente constitutivos de obligación.

(133 a) En realidad, los legados, sean traslativos o no, suponen un acto del causante que el heredero, en virtud de la sucesión, ha de respetar y cumplir: la creación de obligaciones a cargo del heredero, las cuales adquieren plena eficacia con la muerte del causante y la aceptación del heredero.

Esta obligación implica para el heredero el deber de perseverar las cosas específicamente legadas, sin que quepa aducir la imposibilidad de enajenarlas debido al efecto traslativo, pues a este respecto puede verse la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, que recoge la Res. de 19 de mayo de 1947 en el segundo de sus Considerandos. Y este deber tendrá su actuación más crítica en el supuesto de aceptación a beneficio de inventario en el caso de tener que proceder a la venta de bienes hereditarios para pago de deudas y legados, por lo que deberán venderse, siempre que sea posible, aquellos que no hayan sido especialmente legados.

Además, a los herederos, en defecto de albaceas, corresponde la defensa en juicio de las disposiciones testamentarias, entre ellas las relativas a legados. Con referencia a una demanda de impugnación de legados por excesivos, con preterición y todo, lo declaró la S. de 11 de enero de 1900, que precisamente desestimó el recurso de casación fundándose exclusivamente en que la acción había sido dirigida contra los legatarios y no contra los herederos.

Contrastan con esta concepción de los legados los artículos 764 y 887 del Código civil, sobre cuya significación, valor y alcance nos hemos de ocupar posteriormente.

B') *La responsabilidad ilimitada en el Código.*

a) *El reflejo de esta concepción en los artículos 1.003, 1.023 y 858 del Código civil.*

1.º *El artículo 1.003.*—Este precepto, por su sistematización en el Código, es el que establece con carácter general los efectos que la aceptación de herencia produce en el aspecto pasivo. Y así como con respecto a las deudas se admite unánimemente que consagra la responsabilidad ilimitada del heredero, lo mismo ha de ocurrir con respecto a los legados, ya que, como se ha dicho, no son más que obligaciones creadas por el testador a cargo del heredero. Desde luego que la expresión «cargas» empleada en el artículo no es muy técnica; pero, por un lado, no pueden suscitarse las discusiones surgidas en la doctrina francesa (134), y, por otro, como dice Manresa (135), dicha expresión sólo puede ser interpretada en el sentido de referirse a la expresión «deudas y mandas» empleada en las Leyes de Partida, ya que el artículo 1.023, relativo al beneficio de inventario, dice que el «heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia...» Por consiguiente, el concepto «cargas» del artículo 1.003 no se refiere exclusivamente a las deudas, ya que si éstas quedan incluidas en dicho concepto, no hay razón para dar a éste un sentido restrictivo excluyente de los legados (136).

2.º *El artículo 1.023.*—Se argumenta que si el artículo 1.023 limita la responsabilidad del heredero por deudas y legados en caso de aceptación a beneficio de inventario (137), esta responsabilidad ha de ser ilimitada en caso de no aceptarse con dicho beneficio. Este argumento, deficiente por basarse en una inter-

(134) En la doctrina francesa se discute acerca del alcance de la palabra «charges» empleada por el Code. Así, una parte de los autores (DEMOLOMBE, AUVRY ET RAU, LAURENT, etc.) entienden que aquella palabra comprende los legados. En cambio, otros (PLANIOL, FLEREUR, WAHL, etc.) entienden que tal palabra tenía en el lenguaje de los siglos XVII y XVIII un sentido amplio; pero es indudable que modernamente es fluctuante y puede muy bien entenderse que se refiere a otras cargas, con exclusión de los legados, y en apoyo de su punto de vista, estos últimos autores alegan el hecho de que los artículos 1.009, 1.012 y 1.013 del Code traten en párrafos separados de las deudas y cargas, por un lado, y de los legados en otro. Ver PLANIOL. *Traité élémentaire*, obra y tomo cit., núm. 2.791, pág. 764.

Al no darse la circunstancia de que el Código español trate separadamente de deudas y legados, hace extemporánea la discusión en nuestra Patria.

(135) *Comentarios*, tomo VII, pág. 443. Madrid, 1924.

(136) La interpretación que se da en el texto sobre el artículo 1.003 del Código civil resulta fácilmente perceptible si se compara dicho precepto con la Ley 10.ª, tit. VI, Partida 6.ª, transcrita en nota 104.

(137) Compárese asimismo el artículo 1.023 con la Partida 6.ª, tit. VI, Ley 7.ª, transcrita en nota 100.

pretación *a contrario sensu*, recibe una energía vital innegable si se proyecta a través de su trayectoria histórica. Como se ha visto, en el régimen anterior al Código, las Leyes de Partida y la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecían que el heredero que no hacía inventario en forma y plazo legales era responsable ilimitadamente por legados, y si lo hacía, su responsabilidad era limitada. Las Leyes citadas tenían una regulación del beneficio de inventario casi tan raquítica como la justiniana, y en ellas no se encuentra una norma sancionadora de la pérdida del beneficio de inventario en caso de enajenación de bienes, y la Ley 9.^a título VI, Partida 6.^a, sólo establecía para el heredero que hubiese ocultado o sustraído bienes hereditarios en el inventario, el pago del doble de lo ocultado o sustraído, si bien los efectos de tal ocultación o sustracción fueron discutidos (138).

El Código civil ha introducido reformas en cuanto al beneficio de inventario en relación con el Derecho anterior, pues por una parte sanciona con la pérdida del beneficio de inventario a los que ocultaren o sustrajeren bienes, y por otra, a los que los enajenaren (art. 1.024). Además, ha establecido un sistema de responsabilidad *cum viribus*, con la consiguiente administración que implica un proceso de liquidación de la herencia con fines de pago preferente a acreedores y legatarios.

Si se tiene todo esto en cuenta, resulta evidente que existe diversidad entre los artículos 1.003 y 1.023 a efectos de responsabilidad por legados, por las siguientes consideraciones: a) La confección del inventario en tiempo y forma del derecho anterior al Código es lo mismo, en cuanto a sus efectos principales, que la aceptación a beneficio de inventario del Código civil y la aceptación sin confección de inventario a la aceptación pura y simple actual. Y en el Derecho anterior al Código civil la aceptación sin confección de inventario implicaba una responsabilidad ilimitada por legados.

b') Que el legislador se ha creído en el caso, al promulgar el Código civil, de reforzar la posición de los acreedores y legatarios, estableciendo correlativas restricciones a la actuación del heredero aceptante a beneficio de inventario y precisamente con la finalidad de asegurar a aquellos una más recta liquidación de la herencia. Sería, pues, un absurdo, dada esta tendencia legislativa, suponer que el legislador ha querido establecer en todo caso una responsabilidad limitada del heredero por legados, sin necesidad de garantía alguna para los legatarios.

Y esta equiparación de deudas y legados, tanto en la aceptación pura y simple, como en la a beneficio de inventario, ha de tener su explicación más lógica en la común naturaleza de unas y otros.

3.º *El artículo 858.*—Con la consideración de que el legado supone siempre la creación de una obligación a cargo de la per-

(138) Véase GUTIÉRREZ: *Códigos*, tomo III, pág. 107, Madrid, 1881.

sona gravada con el legado se justifica el párrafo 2.º del artículo 858 del Código civil.

El párrafo 1.º de dicho artículo permite al testador gravar con legados a los propios legatarios, surgiendo la figura del sublegado. Por el hecho de que el gravado con el legado sea un legatario no se modifica la naturaleza del sublegado, que continúa siendo una obligación a cargo del legatario gravado. De conformidad con la estructura de toda obligación surgen a cargo del legatario gravado el débito y la responsabilidad. Pero como éste—a diferencia del heredero—no sucede en la posición jurídica del difunto, ya sea existente, ya creada en el testamento, la «obligación de cumplir» el sublegado sólo puede admitirse como una consecuencia de aplicar al legatario los conceptos establecidos para el heredero al realizarse la reforma justiniana—en este caso permitir que se grave con legados al legatario—, y por ello ha sido preciso corregir los efectos que para el legatario se producirían, mediante la consagración legal de una limitación de responsabilidad al valor del objeto legado. Y ésta es, a nuestro juicio, la razón por la que en el Código figura el párrafo 2.º del artículo 858, que sería totalmente improcedente para el heredero y sin que exista necesidad de establecer para éste el principio contrario, el cual se deriva de la propia naturaleza de la sucesión universal.

C') *Las objeciones.*

Los artículos 764 y 887 parece que se oponen a la tesis mantenida. Para examinarlos debidamente, procederemos por partes, empezando por el artículo 764.

1) *El artículo 764.*—Si, como dispone este artículo, las disposiciones testamentarias ha de subsistir y cumplirse, aunque el heredero no acepte la herencia o sea incapaz, cabe argüir perfectamente que no puede considerarse a los legados como una obligación a cargo del heredero. Este argumento, esgrimido por Cárdenas (139), es correcto y nada hay que oponer al mismo.

Pero, para comprender debidamente el valor de esta norma y, por consiguiente, del argumento empleado, es preciso examinar la totalidad del artículo en que se halla contenida.

a) *Precedentes históricos del artículo 764.*—La ascendencia del precepto es netamente germánica, pues es la concreción actual de lo dispuesto en la Ley única, título XIX, del Ordenamiento de Alcalá, que recogía la tradición castellana iniciada en el Fuero Juzgo, encarnación del elemento godo, continuada por los Fueros municipales, inspirados en el mismo espíritu, por el Fuero Viejo de Castilla y por el Fuero Real (140).

b) *El contenido del artículo.*—En él puede encontrarse el principio de la validez y eficacia de las disposiciones testamentarias

(139) Artículo citado, pág. 153.

(140) MANRESA, ob. cit., vol. VI, pág. 84. Madrid, 1932.

en los tres siguientes supuestos: *a'*) En el de que el testamento no contenga institución de heredero. *b'*) En el de que la institución de heredero sea sólo en parte de los bienes, y *c'*) En el de no aceptación del heredero instituido o en el de incapacidad de este, el cual no es más que un corolario del primero.

Este precepto contradice al Derecho romano en los siguientes puntos: *a'*) En éste fué siempre esencial la institución de heredero para la validez del testamento, incluso en época de Justiniano, en que la herencia adquirió un carácter exclusivamente patrimonial. *b'*) En Derecho romano es clásico el principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, y nunca permitió la institución parcial, debido al carácter universal del título. Y tanto fué así, que en el caso de institución *ex re certa* el instituido fué considerado legatario si había otros herederos instituidos, y en el caso de que no los hubiere, y para salvar el testamento, fué considerado como heredero universal (141), y *c'*) La no aceptación del heredero instituido daba lugar a la íntegra decadencia del testamento.

Otra de las normas del referido artículo que interesa recoger es el párrafo segundo: «En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos.» De ello puede inferirse que los tres supuestos contemplados en el párrafo primero dan lugar a una *liquidación* de la herencia, en la que primero habrá de pagarse a los acreedores del causante, después cumplirse las disposiciones testamentarias y, por último, si quedan bienes, entregar el sobrante a los llamados herederos *abintestato*. Es la solución a que ha de llegarse si se interpreta debidamente el concepto «remanente», ya que éste sólo puede ser el resultado de restar el pasivo del activo (142).

Como se verá a continuación, no cabe alegar que las deudas no han de ser tenidas en cuenta en tal liquidación debido a que si se llama a los herederos *ab intestato* en último término, éstos serán ilimitadamente responsables por aplicación del artículo 1.003 del Código civil.

El artículo 764, tanto por sus precedentes como por su con-

(141) Puede verse sobre este punto: MARTÍ MIRALLES. *Principis del Dret successori*, págs. 53 y sigs., Barcelona, 1925.

(142) La Res. de 30 de diciembre de 1916, relativa a un caso de distribución de toda la herencia en legados sin institución de heredero (en cuyo caso se discutió si procedía o no el nombramiento de herederos *ab intestato* para hacer entrega de los legados), percibe la existencia de un concepto germánico de sucesión en el Código civil al lado del romano, al decir: «... que uno de tales supuestos (el de que el legatario tenga facultad para solicitar y obtener la inscripción de los inmuebles en el Registro de la Propiedad) es el admitido por el artículo 891... puesto que *al permitir una forma especial de sucesión hereditaria en la que se prorratan las deudas y gravámenes entre los legatarios y éstos ocupan el lugar de los herederos, transformando en cierta manera las cuestiones de representación del causante* (se refiere indudablemente a cuestiones de sucesión del causante) *en problemas de liquidación del patrimonio, hace innecesaria la intervención de los sucesores a título universal...*».

tenido, es un precepto que descansa en el sistema germánico de herencia.

c) *Estudio comparativo de los artículos 764, 660, 661 y 1.003 del Código civil.*—Si el artículo 764, por un lado, obedece al concepto germánico de herencia, y los artículos 660, 661 y 1.003, por otro, al concepto romano, se plantea un problema de adaptación, lo cual impone, necesariamente, un estudio comparativo de los mismos.

Dada la finalidad de este trabajo, no se puede hacer una relación exhaustiva de las diferencias existentes entre la «posición jurídica» del heredero universal del artículo 660 y la del heredero del artículo 764, ya lo sea en parte de los bienes, ya *ab intestato*, y tan sólo se hará un examen de las diferencias que tienen un interés directo para la cuestión contemplada.

1.º a') El heredero del artículo 660 es un sucesor universal y como tal subentra en la total «posición jurídica» que tenía su causante, tanto activa como pasiva (art. 661).

b') Para el heredero del artículo 764 no puede producirse nunca el efecto citado. 1: Respecto del heredero parcialmente instituido. El artículo 764 dice que «el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes...» Según la expresión del artículo comentado, el heredero lo es «en los bienes», o, más concretamente, en parte de los mismos. Luego no es sucesor universal, sino «adquirente de bienes del testador» (143). Si es heredero en «parte», no puede serlo universal, y si es heredero en los bienes, las deudas quedan excluidas de la sucesión y han de funcionar como afección recayente sobre los bienes hereditarios. Es caso de institución en parte y entrada de los herederos *ab intestato*, por no comprender el testamento toda la posición jurídica del causante, estos últimos serán también herederos en parte. 2: Respecto del supuesto de falta de institución de heredero y entrada de los herederos *ab intestato*. Tampoco son sucesores universales, por la razón de que, establecidos los mismos efectos, no pueden predicarse éstos de concepciones diferentes, y a mayor abundamiento, cuando existen dos sistemas definidos, que Roca Sastre llamaría institucionales, con sus propias características. Y la entrega del remanente tiene lugar, tanto si hay heredero instituido en parte como si no lo hay. 3: En general: Al ser la herencia del artículo 764 una «institución en los bienes», la existencia de tales herederos está supeditada a que haya «remanente», de manera que si no hay remanente falta la base para la efectividad del llamamiento hereditario, lo cual posibilita la aplicación del artículo 891.

(143) La analogía con la Observancia 15, *De consortibus ejusdem rei*, Libro III del antiguo Derecho aragonés, transcrita en nota 70, es evidente. Dice la Observancia: «... quod si filius, qui est heres in bonis patris...», y el artículo 764: «... o ésta (la institución de heredero) no comprende la totalidad de los bienes...».

Si fuesen sucesores universales, tendría lugar la sucesión, tanto si existen bienes como si no existen.

2.º a') Consecuencia de la sucesión universal, conforme a los artículos 660 y 661, es la responsabilidad ilimitada del heredero por deudas y legados (art. 1.003).

b') Los herederos del artículo 764, al no ser herederos universales, no se les puede aplicar el principio de responsabilidad ilimitada, por no suceder en la deudas. Como se ha dicho, éstas actúan como afección sobre los bienes hereditarios, y de aquí la procedencia de la liquidación (144).

d) *Ámbito de aplicación del artículo 764.*—La norma de este artículo ha de ser considerada, por referirse a supuestos concretos—los contenidos en el párrafo primero—como especial frente al artículo 660, que es general (145). Como hay que dar una aplicación al precepto y como la contradicción no es insoslayable, al estilo de la de los artículos 759 y 799, el concepto de herencia comprendido en dicho artículo 764 ha de referirse a los tres citados casos y, además, al de preterición de parientes en línea recta, pues el artículo 814 contiene la norma de subsistencia de las disposiciones testamentarias que no consistan en la institución de heredero (146).

e) *Conclusión a los efectos de nuestro estudio.*—Nos interesa destacar el carácter germánico del precepto y la naturaleza de los legados como afección recayente sobre los bienes hereditarios. De donde resulta que el argumento esgrimido por Cárdenas es correcto, pero carece de virtualidad, por referirse a un sistema distinto, para destruir el concepto general de los legados en el Código civil como «obligación de cumplirlos» impuesta por el

(144) Hay otras diferencias que se derivan de la primera, que es la capital; pero exponerlas aquí sería hacer un estudio de los efectos de la aceptación de herencia.

(145) La Res. de 23 de agosto de 1923 dice: «... que la frase empleada en el testamento mancomunado (se refiere a un testamento anterior al Código) para instituir a los segundos llamados, y que en cierto modo reproduce la corriente e incorrecta fórmula notarial—en el remanente de sus bienes instituye único y universal heredero—responde más bien a un concepto económico de la herencia, de gran interés en el estudio de su evolución histórica, que al concepto jurídico impuesto por nuestra legislación tradicional, especialmente los artículos 659 y 661 del Código civil...». Destaca, en la Res., el concepto romano, en general, de la herencia en el Código civil, aunque lo de tradicional es susceptible de mucha discusión. Por otra parte, en el aspecto conceptual, creemos que la fórmula «instituir heredero en el remanente» (sin la mención de universal) es la correcta para instituir heredero de acuerdo con el artículo 764. Ahora bien, en la práctica no es admisible, pues en Cataluña, país netamente romanista y sin artículo 764, es bastante corriente dicha fórmula, principalmente en testamentos notariales del primer tercio de ese siglo y anteriores, y además, el artículo 764 carece del debido desarrollo legislativo y doctrinal para dar valor a dicha fórmula.

(146) Por lo demás, principalmente la institución de heredero en parte de los bienes, puede dar lugar a graves problemas: sobre interpretación de la voluntad del testador, sobre la distinción entre heredero en parte de los bienes y legatario de parte alicuota; sobre concurrencia de herederos en parte con herederos universales, etc.

testador al heredero, sin perjuicio de los efectos traslativos, cuando correspondan.

2. *El artículo 887.*—El único precedente del mismo en el Derecho español es el artículo 702 del Proyecto de 1851 (147), el cual es una fiel reproducción del artículo 1.628 del Código de Luisiana (148), y así lo afirma García Goyena (149). Nos limitamos a señalar este origen, sin sacar deducciones del mismo, por no haber podido obtener un desarrollo doctrinal de dicho Código (150).

Entendemos que la contradicción entre los artículos 1.003 y 858, 2.º, por una parte, y 887, por otra, es más aparente que real. Como se ha dicho, en los supuestos a los que es aplicable el artículo 764 del Código civil, los legados funcionan como afectación recayente sobre los bienes hereditarios. Por consiguiente, el único objeto sobre el cual puede hacerse efectiva la responsabilidad por legados lo constituyen los bienes de la herencia. Y el

(147) Artículo 702 del Proyecto: «Si los bienes de la herencia no alcanzan para cubrir todos los legados, serán preferidos los de cosa específica y determinada, y el resto de los bienes se repartirá a prorrata entre los legatarios de cantidad de dinero. Los legados hechos en recompensa de servicios no estarán sujetos a este descuento, y se pagarán con preferencia; lo mismo se observará siempre que así lo determine expresamente el testador.»

(148) Artículo 1.628 del Código de Luisiana: «Si los bienes no bastan para pagar a los legatarios a título particular, serán satisfechos en primer lugar los que sean legatarios de objeto cierto. El resto de los bienes será dividido proporcionalmente entre los legatarios de sumas de dinero, a no ser que el testador haya declarado expresamente que algún legado sea pagado con preferencia al resto o que el legado haya sido otorgado como recompensa de servicios prestados.»

(149) Ob. cit., tomo II, pág. 141, en donde, además, justifica la preferencia que establece el artículo.

(150) Parece que, dada la procedencia clara de la norma, sería obligado intentar sacar consecuencias. Pero así como en el Código de Luisiana la responsabilidad del heredero por deudas del causante es diáfana, fundada en el sistema romano y, por tanto, ilimitada (principalmente art. 1.006, aunque también sirven los arts. 1.375 y 1.376), las dificultades aumentan en cuanto se trata de responsabilidad por legados. Dicho artículo 1.006, después de decir que el efecto de la aceptación pura es obligar al heredero al pago de todas las deudas de la sucesión, no sólo con los bienes que le provienen de ésta, sino «incluso personalmente, a base de sus propios bienes, como si él mismo hubiese contraído las deudas o como si se tratase del mismo causante...», en el segundo párrafo dice: «La obligación del heredero que haya aceptado de manera incondicional (es decir, puramente) es, hasta cierto punto, diferente por lo que se refiere a los legados, según se dirá posteriormente» (is somewhat different with respect to legacies, as shall be hereafter explained). Si sólo existiera el artículo 1.628 transcrito en nota 148, la solución sería relativamente fácil: pero es que, además, hay el artículo 1.626, que dispone: «Los herederos del testador o los deudores de un legado quedarán personalmente obligados a su pago, cada uno en proporción a la parte que le corresponda en la sucesión. Quedarán obligados hipotecariamente por el total importe, hasta el límite del valor de la propiedad inmueble de la herencia que tengan en su poder.» Como ignoramos en absoluto la doctrina formada en torno al Código de Luisiana, se ha creído oportuno abstenerse de todo comentario. Sin embargo, no hay que olvidar que Luisiana fué de colonización francesa, con influjo de la doctrina jurídica del país colonizador, como lo demuestra el hecho de ser país codificado, creo que el único, en los Estados Unidos, de influencia inglesa.

artículo 887 del Código civil parte precisamente de la base de que los legados han de pagarse exclusivamente con los bienes hereditarios. Por consiguiente, hay que referir este precepto a los supuestos en los que, conforme al artículo 764, la herencia se defiere con arreglo a los principios germánicos. Entre los artículos 1.003 y 858, 2.º, y el artículo 887 no hay contradicción insoslayable alguna, sino que aquéllos son los que consagran el concepto y el efecto de los legados dentro del sistema sucesorio general, mientras que el último se refiere al concepto y efectos de los legados en unos determinados casos especiales.

Sin embargo, esta separación tan definida en el campo doctrinal no lo es tanto en el régimen positivo del Código. Para que la norma del artículo 887 tenga aplicación son necesarios dos supuestos de hecho: que los legados hayan de pagarse única y exclusivamente con los bienes de la herencia y que éstos sean insuficientes para el pago de todos los legados. La concurrencia del primer supuesto es inherente, dada su concepción, al sistema germánico, y el segundo es una cuestión de hecho que se producirá o no, según los casos. Pero la concurrencia de aquellos dos supuestos puede darse, excepcionalmente, en el sistema romano en caso de aceptación a beneficio de inventario. El Código civil consagra, en el beneficio de inventario, un sistema de responsabilidad «cum viribus», es decir, con sólo los bienes de la herencia, y si los bienes son insuficientes para el pago de las deudas y legados hay que aplicar igualmente el artículo 887, por tratarse de la misma situación (151).

C) Regiones forales

El problema de la responsabilidad del heredero por legados sólo puede presentarse en las regiones forales, regidas por el Derecho romano, pues en las que están inspiradas en el Derecho germánico la responsabilidad es, en todo caso, limitada. Ni el

(151) Queda pendiente el estudio de la responsabilidad del legitimario instituido heredero por los legados impuestos por el testador. Cuestión muy debatida y, a nuestro entender, apoyándonos no sólo en el artículo 817 del Código civil, sino en el concepto de herencia y en la naturaleza de la legítima de los parientes en línea recta—distinta de la legítima del cónyuge viudo—cabe dar la siguiente solución: El legitimario instituido heredero es, en principio, ilimitadamente responsable por legados; pero teniendo en cuenta el carácter de «derecho necesario» de la legítima y la consiguiente intangibilidad de la misma, el Código civil le «faculta» para que, si quiere, pueda pedir la reducción de los legados inoficiosos.

Ahora bien, una justificación de la posición adoptada—dado que esta cuestión es una manifestación parcial del problema de «si donde hay herencia no hay legítima», o al contrario—implicaría la necesidad de estudiar la legítima y sus efectos en el Derecho Romano y en el Germánico, las diferentes opiniones vertidas sobre el problema, el influjo de los sistemas institucionales en el Código civil, etc., lo cual supondría, por mi parte, un abuso de la paciencia de los lectores y de la amabilidad de ANUARIO DE DERECHO CIVIL al dar entrada en su publicación a este extenso trabajo.

causante tiene poder para disponer más allá de la parte de libre disposición, ni la consideración de los legados como afección que recae sobre los bienes permiten otra conclusión.

Al aplicarse en Cataluña la cuarta falcidia podría pensarse fácilmente que la responsabilidad por legados es limitada y la cuantía de la limitación supeditada a la posibilidad o no de detraer dicha cuarta. Sin embargo, como rige el Derecho romano como supletorio, el régimen que se acaba de exponer es tan sólo correcto si el heredero confecciona inventario en tiempo y forma (152). Si no lo confecciona rige la Novela 1 con la consiguiente limitación de responsabilidad.

En realidad, pues, el régimen de responsabilidad por legados no es muy dispar del Código civil, pues en caso de aceptación sin confeccionar inventario rige, como en éste, el principio de responsabilidad ilimitada. Si confecciona inventario en tiempo y plazo legales, con una diferencia notable en cuanto a los requisitos que el Código establece para la aceptación a beneficio de inventario, su responsabilidad es limitada, y esta responsabilidad afectará a todos los bienes de la herencia o sólo a las tres cuartas partes, según pueda o no detraer la falcidia.

En Navarra, lógicamente, habría que llegar al mismo resultado, pero los fueristas navarros entienden que la cuarta falcidia, de una manera paralela a la cuarta trebeliánica, no está en práctica y si la costumbre en contrario (153). Lacarra, que es el autor de los consultados que más argumenta su opinión, dice que tanto la cuarta falcidia como la cuarta trebeliánica son contrarias a la preeminencia que la legislación de Navarra concede a la voluntad de los otorgantes, expresada en Fuero (154) con estas palabras: «paramiento fuero vienze» y en la Novísima Recopilación de Navarra (155) «siempre prefiere el Derecho la voluntad y disposición de los contrayentes».

Cuando los autores navarros lo dicen, así será. Pero con esto no se resuelve el problema de la responsabilidad, pues, ¿será limitada o ilimitada? En principio debería ser aplicable el Derecho romano, pero parece que en Navarra existe una corriente contra la limitación de responsabilidad e ignoramos lo que pueda ser la costumbre. A pesar de todo, y mientras los fueristas navarros no demuestren lo contrario, nos inclinamos por la solución de la Novela 1.

(152) Estos requisitos pueden verse en BORRELL, ob. cit., tomo V, párrafo 526, pág. 478, edición 1944.

(153) En este sentido, JOSÉ ALONSO, *Recopilación y Comentario de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra*, tomo I, pág. 355, Saavedra y Compañía, Madrid, 1848. LACARRA, ob. cit., tomo II, pág. 170. Entre los autores de Derecho común, con referencia a Navarra, GÓMEZ DE LASERNA Y MONTALBÁN.

(154) Cap. XX, tit. 4, libro 2.º del Fuero.

(155) Ley 16, tit. 37, libro 2.º de la Novísima Recopilación.

Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO

SUMARIO: I. *Derechos inherentes a la persona.*—*La fórmula del artículo 1.111.*—*La doctrina.*—*Sentido del Código civil.* *Excepciones:* 1.º, *los derechos extrapatrimoniales;* 2.º, *los derechos patrimoniales que son resultado de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial;* 3.º, *los derechos patrimoniales de carácter personal;* 4.º, *algunos derechos patrimoniales,* y 5.º, *los derechos sustraídos por la ley a la ejecución.*—*El derecho de autor.* *Las acciones de nulidad y rescisión.*—*Las acciones de resarcimiento de daños.*—*La revocación de donaciones.*—*Algunas acciones del Derecho de las personas y de familia.*—*Acciones del heredero.*

II. *Acciones, derechos y facultades.*—*Derechos y acciones.*—*Las facultades.*—*Las facultades de adquisición en general.*—*La aceptación de la herencia.*—*El legado.*—*La oferta de contrato.*—*Los derechos de adquisición.*—*Actos conservativos.*—*Actos de mera facultad.*

Según el artículo 1.111 del Código civil, «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona...».

Entre los problemas que plantea el texto legal, considero aquí los que se refieren al objeto de la acción subrogatoria: «el más escabroso punto de toda esta controvertida doctrina», al decir de Pacchioni. A este fin, divido el trabajo en dos partes. En la primera, trato de fijar cuáles sean los *derechos inherentes a la persona*, que, según el mencionado artículo 1.111, no pueden ser ejercitados por los acreedores del titular. En la segunda, estudio el alcance de la frase *derechos y acciones*, usada por la ley, examinando especialmente hasta qué punto pueden ser objeto de acción subrogatoria las llamadas *facultades*.

No he pretendido agotar la materia, y si sólo enunciar unos

principios generales, mostrando su aplicación a algunos supuestos concretos entre los más interesantes y que mayores dudas pueden ofrecer. He omitido otros muchos, también de indudable interés, que hubieran alargado más de lo conveniente estas páginas

I. Derechos inherentes a la persona

La fórmula del artículo 1.111.

El Código civil exceptúa de la subrogación los derechos y acciones *inherentes a la persona del deudor*. Los autores suelen afirmar que la fórmula del Código civil es más fácil de entender que de explicar en términos precisos, y que su claridad y simplicidad son sólo aparentes. Sin embargo, los mismos autores convienen en la imposibilidad de concretar en una fórmula sintética las notas diferenciales entre los derechos exceptuados de la acción subrogatoria y los demás. «La expresión—dice De Buen (notas a la edición española del *Curso*, de Colin y Capitant, III, 1943, pág. 149)—da lugar a dudas, pero hay que confesar que es muy difícil encontrar otra que pueda sintéticamente sustituirla.» Beudant (*Cours*, VIII, por Lagarde, París, 1936, pág. 455) admite que «es posible que el legislador haya obrado prudentemente no tratando de precisar demasiado...; la cuestión de saber si un derecho es exclusivamente inherente a la persona debe ser resuelta según consideraciones diversas, a veces muy delicadas, e importa que los jueces conserven una gran libertad de apreciación». Y aunque alguno (Díaz Pairó, *Teoría general de las obligaciones*, I, La Habana, 1945, pág. 174) tacha a la frase del Código civil de inexacta, «ya que al referirse a los derechos inherentes al deudor cabe pensar que excluye el ejercicio por los acreedores de aquellos derechos que se extinguen por la muerte del titular, como el usufructo o la renta vitalicia», lo cierto es que nadie le da ese valor.

La doctrina.

Los autores que han pretendido hallar una nota común y exclusiva a todos los derechos exceptuados de la acción subrogatoria no han tenido en ello gran fortuna. Hoy la doctrina reconoce que esa característica no existe, y que hay varias categorías de derechos y acciones inherentes a la persona, cada una con caracteres diferentes.

Veamos ahora, a título de ejemplo, la opinión de algunos tratadistas:

a) Lebrún (*Traité des successions*, cit. por d'Avanzo, *La subrogatoria*, Padua, 1939, pág. 151). Pueden ser hechos valer por los acreedores aquellos derechos para cuyo ejercicio no es precisa una intervención directa de la persona a la que se han concedido.

b) Naquet (*De l'action paulienne*, cit. por d'Avanzo). Son derechos inherentes a la persona los que no son capaces de cesión ni embargo.

c) Merlin (*Questions de droit*, cit. también por d'Avanzo). Son personales los derechos no susceptibles de cesión o de transmisión a los herederos del deudor.

Estas fórmulas son inexactas e inútiles. De un lado llevan consigo la necesidad de fijar a su vez qué derechos son los que no precisan intervención directa del titular, o que no son susceptibles de cesión, embargo o transmisión a los herederos. De otro, hay derechos y acciones que pueden ser objeto de cesión, pero no de subrogación, como la acción de indemnización por daños ocasionados a la persona del deudor o el derecho a publicar una obra inédita; derechos que no son transmisibles por causa de muerte y pueden ser ejercitados por los acreedores, como el usufructo en la mayoría de los casos; derechos no embargables que pueden ser objeto de la subrogación, como el de pedir una ampliación de hipoteca; acciones que pasan a los herederos y que no pueden ser ejercitadas por los acreedores, etc.

d) Laurent (*Principes de droit civil*, XVI, Bruselas-París, 1875, página 518). Son derechos inherentes a la persona del deudor los derechos morales, y también los derechos que siendo morales y pecuniarios al mismo tiempo, contienen preferentemente elemento moral. Es la prevalencia del carácter pecuniario o moral de cada derecho la que determina su aptitud o ineptitud para el ejercicio por los acreedores.

Con esto se traslada la cuestión, pero no se resuelve el problema: en cada caso será preciso determinar cuál de los elementos es el que prevalece, y por otra parte la preponderancia de lo moral o lo pecuniario es algo que muchas veces no podrá apreciarse exactamente, aparte de que hay derechos principalmente pecuniarios cuyo aspecto moral basta para exceptuarlos de la subrogación.

e) Aubry y Rau (*Cours*, IV, París, 1912, pág. 312). Son personales los derechos cuyo ejercicio se prohíbe al acreedor por una disposición de la ley o por una disposición análoga a la prohibición explícita, o, finalmente, cuyo ejercicio es incompatible con el motivo y objeto en consideración a los cuales se concedió el derecho y la acción.

Pero obsérvese que la ley ni muestra claramente cuándo existe esa incompatibilidad a que los autores hacen referencia, ni dice nunca de modo expreso si un derecho puede ser o no ejercitado por los acreedores mediante la acción subrogatoria.

f) Cantoni (*L'azione surrogatoria nel diritto civile italiano*, Milán, 1907, cit. por d'Avanzo). Los derechos inherentes a la persona del deudor son aquellos que la ley prohíbe expresamente ejercitar a los acreedores, los que asumen el carácter civil o penal de acción de reparación o pena privada, y los que se dirigen a

atribuir al patrimonio del deudor bienes no susceptibles de procedimiento ejecutivo.

g) Baudry-Lacantinerie (*Précis*, II, París, 1913, pág. 106) excluye de la acción subrogatoria, en primer lugar, los derechos que no son susceptibles de resolverse en una suma de dinero; en cuanto a los que pueden procurar un provecho pecuniario, distingue si están fundados sobre un interés puramente moral o patrimonial—en cuyo caso no hay cuestión—o no: los derechos mixtos, es decir, los que se fundan a la vez en intereses morales y patrimoniales, estarán exentos o no de la subrogatoria según cual sea el fundamento preponderante. Se trata, en suma, de una fórmula idéntica a la de Laurent.

h) Demogue (*Traité des obligations en general*, VII, París, 1933, pág. 303) adopta también un criterio parecido al de Laurent. Se debe examinar el fundamento del derecho en cuestión. Si es puramente moral o puramente pecuniario, la solución es clara. Si el derecho tiene a la vez como base un interés pecuniario y un interés moral, es preciso considerar el elemento que domina. En todo caso, se trata de considerar, no el resultado, en fin del derecho o de la acción, sino el interés protegido: una acción reclamando una indemnización pecuniaria a causa de un perjuicio moral, es personal del deudor, pese a su fin patrimonial. Como ideas auxiliares, apunta el autor que, tratándose de un texto referido a la ejecución, se excluyen de la acción de los acreedores los derechos que no son susceptibles de embargo, y que, en general, la transmisibilidad entre vivos de un derecho implica el que los acreedores puedan ejercerlo: así la transmisión a los herederos.

i) Pacchioni (*Diritto civile italiano*, II, 1, *Delle obbligazioni in generale*, Padua, 1941, pág. 153). Entre los derechos y acciones del deudor que pueden venir considerados como «exclusivamente inherentes a su persona», han de señalarse primero aquellos que no tienen contenido patrimonial, de cuyo ejercicio no puede resultar ninguna ventaja patrimonial para su titular y, por consiguiente, para los acreedores de éste. Después, dentro de los derechos y acciones cuyo ejercicio aumenta el patrimonio, aquellos que se dirigen a obtener pensiones, rentas y en general, bienes que la ley sustrae a la ejecución, y de igual modo aquellos que se atribuyen al deudor a título de satisfacción o compensación personal. Finalmente, hay derechos que, aun aportando al patrimonio del que los ejercita valores patrimoniales embargables, son, sin embargo, personalísimos en cuanto a su ejercicio, y deben quedar reservados al titular, que es árbitro plenamente de ejercitarlos o no.

j) La doctrina española es poco precisa al ocuparse de este punto. Acaso la formulación más concreta sea la de Mucius Scaevola (*Código*, XIX, Madrid, 1902, pág. 592), para quien son personales los derechos y acciones atribuidos al deudor por virtud

de una determinada cualidad que le corresponde personalmente y que no es transmisible.

Sentido del Código civil.

¿Qué sentido debe darse a las palabras *derechos y acciones inherentes a la persona* que emplea el Código civil?

La cuestión no puede ser resuelta sino mediante una enumeración de las diversas clases de derechos y acciones exentos de la subrogatoria. Previamente conviene advertir:

a) Que el significado de las palabras *derechos inherentes a la persona* del artículo 1.111 no equivale al de la *excepción puramente personal del obligado* del artículo 1.824, o a las *excepciones puramente personales* de los artículos 1.845 ó 1.148. Es claro que en estos supuestos el criterio determinante de la *personalidad* es una cuestión de hecho tanto como de naturaleza jurídica, y que la razón que mueve al legislador en cada caso es del todo diferente.

b) Que, como dice Demogue (op. cit., pág. 320), no depende de los contratantes convenir en que el derecho resultante del contrato sea exclusivamente personal, de suerte que esté exento del ejercicio por los acreedores: para que el convenio tenga validez es preciso que a él se adhieran los presuntos favorecidos por la acción subrogatoria.

c) Que, pese al sentido literal del artículo 1.111, la acción puede afectar a toda clase de derechos no inherentes a la persona.

Podría pensarse lo contrario al leer en él que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe...». La acción subrogatoria parece referirse exclusivamente a aquellos derechos y acciones que, aun susceptibles en teoría de ejecución, no lo sean en la práctica: cuando un derecho sea embargable parece que no ha de poder ser objeto de subrogatoria, porque precisamente para intentar ésta es necesario, interpretando literalmente el artículo 1.111, que el deudor haya quedado sin bienes embargables. Por ejemplo, podría pensarse que la controversia, clásica en los Derechos francés e italiano, sobre si los acreedores tienen o no derecho a dar en arriendo los bienes de su deudor que éste mantiene improductivos, no puede plantearse en la legislación española, por cuanto tales bienes habrán debido ser perseguidos y expropiados antes de intentar la subrogatoria.

Sin embargo, y dejando ahora aparte la cuestión de si a la acción subrogatoria corresponde normalmente sólo una función ejecutiva o también puede tenerla conservativa, hay supuestos especiales en los que tendrá como fin exclusivo conservar el patrimonio del deudor, como ocurrirá, por ejemplo, cuando un crédito a término se halle en peligro de quedar impagado.

Esto justifica suficientemente el que sean objeto de consideración en el presente trabajo facultades y derechos que, de interpre-

tar literalmente el texto legal, nunca habrían podido ser ejercitados por los acreedores *utendo iuribus* de su deudor.

Veamos ahora concretamente cuáles son esos derechos inherentes a la persona:

1.º *Los derechos extrapatrimoniales.*

Todos los derechos pueden tener algún contenido extrapatrimonial, en cuanto que de algún modo pueden relacionarse, en cada caso concreto, con intereses extrapatrimoniales de su titular. Pero hay derechos puramente extrapatrimoniales que forman una categoría jurídica aparte de la de los derechos patrimoniales, y que ordinariamente son inalienables e imprescriptibles: su denominador común es la falta de valor pecuniario.

Tales derechos extrapatrimoniales no son ejercitables por los acreedores en virtud de una doble razón: su relación inmediata con la personalidad del titular, y su ineptitud para satisfacer la pretensión de los acreedores, cuyo crédito sólo puede ser hecho efectivo con derechos de valor directamente pecuniario.

Igual razonamiento puede aplicarse a los intereses extrapatrimoniales, es decir, a aquellos bienes jurídicos—la vida, el honor, las facultades naturales, físicas o psíquicas...—que no son propios derechos subjetivos, pero cuya integridad se halla protegida mediante acciones de reparación.

Téngase en cuenta que un derecho o una acción siguen siendo extrapatrimoniales aunque de su ejercicio puedan derivar, mediamente, consecuencias para el patrimonio de su titular: lo esencial es que el derecho o la acción en sí versen sobre un bien exclusivamente moral.

2.º *Derechos patrimoniales que son resultado de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial.*

Por ejemplo, la acción de reparación que compete a la víctima de un perjuicio extrapatrimonial. En ocasiones tal perjuicio podrá ser reparado *in natura* (por ejemplo, publicando la sentencia condenatoria, o una rectificación en la prensa, etc., si el daño se produjo por una noticia o una imputación falsas); pero en otras, no pudiendo obtener una reparación tal que remedie directamente el daño causado, la víctima reclamará una indemnización pecuniaria. Nos hallamos ante la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial en un derecho patrimonial: el derecho de crédito dirigido a la indemnización que nace de la sentencia condenatoria. ¿En qué momento ocurre esa transformación? No es posible contestar a esta pregunta de un modo tajante: cabe, con todo, afirmar, que mientras la acción no ha tenido como resultado una sentencia de condena a una indemnización pecuniaria, el derecho a obtenerla no es totalmente patrimonial, y que las sucesivas vi-

cisitudes de su ejercicio continúan siendo inherentes a la persona del perjudicado

3.º *Derechos patrimoniales de carácter personal.*

No hay que confundirlos con los que provienen de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial: se trata de derechos que versan desde su origen sobre un valor pecuniario, por lo cual en principio podrían ser objeto de la acción subrogatoria, pero que deben ser excluidos porque la presencia en ellos de un interés moral, del cual debe ser árbitro el titular, hacen presumir que se trata de «derechos inherentes a la persona» en el sentido del art. 1.111.

Los derechos patrimoniales de carácter personal forman una categoría intermedia entre los derechos puramente patrimoniales y extrapatrimoniales. Como aquéllos, persiguen la obtención de un valor para el patrimonio de su titular; pero como los segundos, se hallan adscritos a la persona de éste, ya por habersele atribuido en virtud de una cualidad, situación o cargo peculiar e infungible en su ejercicio, ya por hallarse relacionados directamente con sus derechos extrapatrimoniales o intereses morales. Se conoce una variada gama de derechos de esta clase, desde los más personales a los casi patrimoniales: el derecho pecuniario de autor, el derecho a los alimentos, el usufructo legal del titular de la patria potestad, la acción para pedir la separación de bienes de los cónyuges, etc. La principal dificultad en estos derechos estriba en fijar el límite exacto de la *inherencia a la persona* y el comienzo del área de influencia de la acción subrogatoria. A mi modo de ver este límite sólo puede ser fijado individualmente para cada caso, analizando la esencia del derecho en cuestión y la naturaleza de su atribución al titular, ponderando los intereses en conflicto y apreciando la valoración que de esos mismos intereses ha hecho la ley en casos semejantes. En principio no puede excluirse que algunos derechos patrimoniales tengan cierto carácter personal, y que, sin embargo, tal carácter no sea suficiente para impedir su ejercicio por los acreedores. Véase lo que se dice más adelante, a propósito de las acciones de reparación de daños.

4.º *Algunos derechos patrimoniales.*

Aun sin mezclarse consideración moral alguna, hay ciertos derechos patrimoniales que requieren imprescindiblemente una apreciación de la que sólo es capaz su titular, por lo cual no pueden ser objeto de ejercicio por los acreedores.

No intento incluir en esta categoría a todos los derechos y acciones para cuyo ejercicio es necesaria la apreciación personal del legitimado. Ello equivaldría a dejar la acción subrogatoria sin objeto posible, porque el ejercicio de un derecho comporta siem-

pre una cierta apreciación personal sobre su oportunidad o inoportunidad. Ni siquiera trato de agrupar a todos los derechos que suponen una opción; que, considerados en abstracto, requirieren siempre una apreciación personal, y si sólo aquellos cuyo ejercicio supone inmediatamente una transformación de los elementos del patrimonio de su titular. Es claro que sólo él puede ser árbitro de tales transformaciones, y aunque no se mezcle en el contenido del derecho ninguna circunstancia de índole extrapatrimonial, ni valoración alguna de orden moral que no pueda ser confiada a otro, los acreedores deben abstenerse de provocar unos efectos que podrían ser desventajosos para el patrimonio de su deudor.

Así ocurre, en principio, con los llamados *derechos subjetivos de formación jurídica* cuando se actúan mediante un contrato oneroso. Puede objetarse a ésto que entre ellos hay algunos perfectamente enajenables y embargables; no siendo verosímil que no pueda ser objeto de ejercicio por los acreedores en el patrimonio del deudor un derecho que puede ser extraído de ese patrimonio y ejercitado por ellos una vez pignorado. Puede alegarse que la inactividad del deudor ha de ser sancionada sometiendo a la apreciación de otras personas el ejercicio de su derecho. Porque, así como la apreciación moral más difícilmente puede ser impuesta al deudor, el cual decidirá libremente sobre el ejercicio o no ejercicio de sus derechos y acciones morales sin que sus acreedores tengan recurso alguno contra su decisión, el cálculo de las consecuencias patrimoniales de un negocio jurídico es algo más objetivo: algo que puede ser realizado por cualquier experto. Empero tales argumentos no bastan para desvirtuar la regla de que la inversión del numerario del deudor, la enajenación de sus bienes, etc., son sólo asunto suyo, siquiera tengan lugar en virtud de un anterior derecho de formación (v. g., el que nace de un precontrato, de un contrato de opción, de un pacto de retroventa, etc.). Pensar de otra manera sería atentar contra la autonomía personal del deudor, autorizar una grave intromisión en su esfera de actividad que sólo es posible en los casos de concurso o quiebra.

¿Hay que concluir, así, que aun en aquellos casos en que no juegan intereses morales y el negocio de naturaleza onerosa se presenta sin discusión como objetivamente beneficioso para el patrimonio del deudor, deben permanecer los acreedores cruzados de brazos?

Trataré de este punto en la segunda parte del presente trabajo. Adelanto aquí que no siempre es preciso llegar a ese extremo. Porque, aun cuando no sea lícito a los acreedores transformar los elementos patrimoniales de su deudor, si les estará permitido, en cambio, celebrar los negocios jurídicos a cuya conclusión tenía aquél un derecho específico, con tal que no produzca la susodicha transformación: esto es prácticamente difícil, comporta una serie de cuestiones secundarias todavía más dificultosas y, en definitiva,

modifica la estructura típica de la acción subrogatoria; pero en casos resulta posible y justo (véase, v. g.: art. 1650 del Código civil).

Además se debe respetar el poder de decisión del deudor cuando, por la naturaleza de los derechos y acciones a que se refiera abstractamente considerados, ésta haya de basarse de modo principal en consideraciones morales; en la valoración de motivos extrapatrimoniales e íntimos, para los cuales no hay una medida objetiva. Pero los derechos en cuestión ya no son puramente patrimoniales, sino derechos de carácter personal, incluidos en el apartado anterior.

Salvo el caso de la conclusión de negocios onerosos o el carácter personal de los derechos patrimoniales, el hecho de que para ejercitar un derecho se requiera la apreciación personal de su titular, no es suficiente para declararlo exento de la acción subrogatoria. El deudor que, en perjuicio de sus acreedores, descuida ejercitar sus derechos y acciones, no merece tanto respeto. En particular, los acreedores podrán ejercitar el *ius electionis* en los créditos de su deudor dirigidos a prestaciones alternativas: en este punto se halla de acuerdo toda la doctrina.

5.º *Derechos sustraídos por la ley a la ejecución.*

Los autores deciden que tales derechos nunca pueden ser objeto de acción subrogatoria. Se trata de bienes que no sirven de garantía a los acreedores y, por consiguiente, no sólo sustraídos a la ejecución, sino también a todas las medidas que tiendan a facilitarla y hacerla posible: un bien declarado inembargable, es decir, inidóneo para ser transferido coactivamente, en naturaleza o en valor, del patrimonio del obligado al de su acreedor, es como si no existiera para éste. Sin embargo, se han de exceptuar de esta regla ciertas medidas conservativas del patrimonio del deudor, que pueden tomar los acreedores mediante la acción subrogatoria, y que carecen de valor venal.

El derecho de autor.

Los autores franceses distinguen en el derecho de autor un aspecto moral—preponderante—y otro patrimonial. Este es susceptible de tráfico, pero aun así sufre continuamente la influencia del aspecto moral. Además no nace sino con la publicación de la obra, de la cual el autor es único juez.

La doctrina se inclina por considerar el derecho de autor, incluso en sus consecuencias pecunarias, como completamente personal. Ello aparece claro en cuanto a la publicación de una obra literaria, la representación de un drama, la ejecución de una pieza musical o la entrega y exhibición de un cuadro o una escultura: sólo el autor debe decidir si la obra ha de ser publicada o, si el cuadro o la escultura pueden considerarse acabados, y aun enton-

ces, si responden a sus concepciones estéticas de modo que puedan ser entregados y exhibidos. La coerción en este aspecto violaría un derecho de la personalidad y entregaría al juicio de los tribunales materias que escapan a su competencia.

Se discute más la posibilidad de autorizar los acreedores la publicación de una segunda edición, caso de inercia del autor. Pero en este supuesto perduran las mismas razones que en el anterior servían para calificar el derecho intelectual como inherente a la persona: «el autor que ha entregado su obra al público—dice Beudant (op. cit., pág. 457)—es único juez en cuanto a saber si la publicación debe ser renovada». Lo mismo puede decirse de los derechos de traducción, adaptación al cine o al teatro, etc.

Naturalmente, tampoco pueden ejercer los acreedores el derecho del autor a retirar una edición, prohibir la representación de una obra dramática (art. 93 del Reglamento de la propiedad intelectual), reivindicar la paternidad de su obra, modificarla, refundirla, etc. Si pueden ejercer, en cambio, aquellos derechos que están destinados exclusivamente a la protección del derecho pecuniario, como la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual, el depósito legal, etc.

Cuando el derecho a publicar no pertenece al autor por haberlo cedido, pierde su personalidad y queda de condición igual a la de cualquier otro derecho real o de crédito.

Acciones de nulidad y rescisión.

Las acciones de nulidad o rescisión pueden ser ejercitadas por los acreedores, salvo cuando, de la causa en que se funden, se deduzca que son inherentes a la persona del legitimado.

Pero el hablar de causa de nulidad *inherente a la persona*, no significa que los acreedores hayan de abstenerse de ejercitar toda acción cuya causa esté relacionada de algún modo con la persona del deudor (incapacidad, error, dolo, violencia, etc.), sino sólo aquellas que, aun versando sobre un bien apreciable en dinero, se hallan de tal modo vinculadas a él que sería inmoral confiar a otro la decisión sobre la conveniencia de intentarlas o no.

No es éste el caso de la acción de nulidad por incapacidad. Pues aunque en la doctrina francesa hay quien sostiene que tal acción no puede ejercitarse por los acreedores, porque ciertos textos parecen considerarla como personal del incapaz, ha de observarse que, como dicen Planiol y Ripert (*Traité élémentaire*, II, París, 1949, pág. 471), «tales textos se explican porque la acción sólo debe aprovechar a la parte incapaz y no a los capaces; si se rehusa la acción a las otras partes, no hay razón para denegar su ejercicio a los acreedores de la parte que la posee, puesto que tiene un fin exclusivamente pecuniario». En el mismo sentido Barassi (*La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milán, 1946, página 968), quien entiende susceptibles de subrogatoria todos los

derechos y acciones que tienen un contenido valorable en dinero, aun ligados a una cualidad personal del deudor. Savatier (*Cours*, II, París, 1949, pág. 201), por el contrario, opina que las acciones de nulidad de los incapaces sólo pueden ser ejercitadas por ellos y no por los acreedores; mas no desvirtúa, por eso, los principios aquí expuestos, sino que aduce un argumento nuevo en favor de la inherencia de la acción a la persona del incapaz; éste, dice, se halla en todo caso vinculado por una obligación natural, y por eso debe quedar a su arbitrio el desconocerla, demandando la nulidad del contrato, o el reconocerla, dejando subsistir la obligación civil. Empero la tesis de Savatier es en parte dudosa, puesto que de la obligación de un incapaz no nace necesariamente una obligación natural, y en parte inexacta, porque para el cumplimiento de la obligación natural no es forzoso dejar subsistir la obligación civil.

Conforme a una idea apuntada ya anteriormente, podría pensarse así: el negocio jurídico anulable es válido y operante mientras no resulte anulado: es así que la declaración de nulidad produce una desintegración del negocio, hasta entonces existente, luego cuando se trate de negocios jurídicos a título oneroso en los cuales ha habido un cambio de elementos en el patrimonio del deudor, y cuya nulidad importa un nuevo intercambio de prestaciones, no debe permitirse la subrogatoria. Porque, en verdad, si el efecto del negocio jurídico en cuestión es la transformación de unos elementos patrimoniales en otros, la vuelta al estado primitivo importa un nuevo trueque, y parece que de su oportunidad sólo puede ser árbitro el deudor, ya que en unas ocasiones el negocio, aun anulable, será beneficioso para su patrimonio, y en otras no. Si los acreedores se consideran defraudados, siempre tienen expedito el ejercicio de la revocatoria.

Nótese, sin embargo, en apoyo de la solución opuesta, que en todo caso, si el deudor, porque juzga el negocio anulable beneficioso para su peculio o por cualquier otra causa, quiere mantenerlo, puede hacerlo mediante la confirmación. Por otra parte, lo corriente cuando los acreedores intenten ejercitar la acción de nulidad de su deudor, será que el negocio anulable sea desventajoso para éste, y como él tiene siempre a mano un recurso para mantenerlo eficaz, y aquéllos no están suficientemente protegidos por la sola acción revocatoria, no hay razón para negarles la subrogatoria.

Acciones de resarcimiento de daños.

Cuando el resarcimiento tiene por objeto la reparación de un daño patrimonial, de modo que representa la reintegración al deudor de bienes que había perdido, es lógico que se admita el ejercicio de la acción por los acreedores, puesto que, habiendo sufrido mengua el patrimonio que garantiza la satisfacción de sus cré-

ditos, tienen un interés legítimo en reprimir la situación patrimonial de su deudor al estado anterior a la producción del daño.

Cuando se trata de un daño que ni directa ni indirectamente causa alteración en el patrimonio del deudor, está mejor fundado el criterio de abandonar la acción a su arbitrio, en cuanto que por lo general la decisión de ejercitar o no la acción se toma a la vista de consideraciones íntimas, de orden moral, y por otra parte los acreedores no pueden alegar que se les cause perjuicio, porque el posible aumento patrimonial es sólo mediato. Así, especialmente, cuando se trata de la indemnización del daño moral; ni opondrá a esto que el Código penal disponga que podrán ejercitar en la acción para pedir indemnización de daños por injuria o difamación los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del difunto agraviado, siempre que la calumnia o injuria trascienda a ellos, y en todo caso el heredero (artículo 466): «Tal concepción—dice De Buen (op. cit., pág. 151)—está establecida para velar por el buen nombre de las personas, pero en modo alguno debe entenderse que se trata de una acción de carácter patrimonial.»

Mayores dificultades se suscitan en lo que concierne al daño físico causado a la persona del deudor. Para Esmein (en el *Traité pratique* de Planiol y Ripert, VIII, París, 1928, pág. 213), «el daño infligido a la persona se traduce en un perjuicio pecuniario que la acción tiende a reparar y que no deja lugar a ninguna apreciación de orden moral, y aun en el caso en que el delito haya causado un perjuicio de orden moral, no es necesariamente cierto que esté en juego un interés moral; puede haber simplemente un perjuicio inmaterial, lo que no significa que se trate de un perjuicio extrapatrimonial, perteneciente al dominio de la conciencia.» A esta solución parece adherirse igualmente Jossierand (*Cours*, II, pág. 667) cuando afirma, a propósito de la acción de daños y perjuicios nacida de un accidente que ha causado daños materiales, que «el ejercicio de tales vías de derecho no supone, en verdad, un caso de conciencia». Nerson (*Les droits extrapatrimoniaux*, París, 1939, pág. 462), entiende que es preciso distinguir en estos casos entre los diversos elementos que componen la indemnización: si se trata de compensar con ella los gastos hechos para el tratamiento del daño corporal, la privación de salario o la minoración de la capacidad de trabajo, la acción no es inherente a la persona; por el contrario, la indemnización del dolor físico o moral sólo puede ser exigida por la víctima. Por último, Duley (*De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique*, París, 1935, página 157), opina que la acción de indemnización del daño infligido a la persona del deudor sólo puede ser intentada por él mismo: el daño puede emanar de un pariente, de un amigo poco diestro o airado, de un automobilista cortés que se prestó a transportar al perjudicado; en todo caso pueden intervenir consideraciones de orden moral.

En apoyo de la tesis de Duley está el hecho de que, así como los acreedores en el caso del daño ocasionado al patrimonio ven disminuir los bienes que sirven de garantía al pago de sus créditos, en el daño moral en nada sufren los bienes ya existentes, y si sólo, eventualmente, puede cesar o disminuir el incremento que tales bienes iban experimentando. Pero frente a un interés pecuniario de los acreedores evidentemente más débil y menos digno de respeto que en el caso del daño al patrimonio, se alza un interés de orden moral del deudor también mucho más débil que en el caso del daño simplemente moral, de modo que no puede calificarse la acción, de un modo absoluto, como *inherente a la persona*. Pues aunque se aduzca, para impedir la acción de los acreedores, la eventualidad del daño que se les produce (v. g., la pérdida de capacidad de trabajo supone un daño para ellos en tanto en cuanto su deudor estuviera dispuesto a continuar trabajando), lo cierto es que, de una parte, esta eventualidad juega lo mismo para el que ha sufrido el daño, sin impedir por eso su acción, y de otra, que el deudor insolvente no puede llevar la delicadeza al extremo de rehusar el ejercicio de la acción de daños y perjuicios sin razones muy fundadas. Por lo cual parece más acertado admitir la subrogatoria en todos aquellos casos en que hay una relación íntima entre el perjuicio físico y el pecuniario (v. g., la pérdida de salarios a causa del daño físico), y no formular para los demás una regla fija e inflexible, dejando la solución, para cada caso concreto, a la estimación que hagan los tribunales de los intereses en conflicto.

Revocación de donaciones

Si una donación se ha hecho bajo condición resolutoria, el cumplimiento de la condición resuelve *ipso iure* la liberalidad. Tan pronto como se verifica el evento, la situación patrimonial del donante con relación a los bienes donados se retrotrae al momento anterior a la donación. La sentencia del juez se limita a declarar la resolución que ha tenido lugar *ipso iure*, y los acreedores tienen derecho, sin duda, a que sea declarada la nueva situación patrimonial del donante, a fin de reintegrar a su poder los bienes donados. No se trata de un derecho inherente a la persona del donante, sino que es transmisible, lo mismo a título universal que por título particular.

Este supuesto no es propiamente de revocación, la cual requiere, en su concepto propio, una manifestación de voluntad de revocar por parte del donante—o, en ciertos casos, de sus causahabientes—, y se funda en causas establecidas por la ley. Si se trae aquí es porque sirve para orientarnos acerca del criterio a seguir en los casos de propia revocación de donaciones, por supervivencia o superveniencia de hijos, incumplimiento de cargas e ingratitud.

En los dos primeros, un análisis puramente conceptual nos

llevaría a la conclusión de que el revocar o no es incumbencia personalísima del deudor, puesto que queda a su arbitrio, una vez sobrevenida la causa de revocación, hacer la correspondiente declaración u omitirla. Tal es la posición de De Buen (op. cit., pág. 150). «Si se funda la acción revocatoria—dice—en la superveniencia de hijos, es una acción que corresponde, no sólo al donante, sino, en caso de muerte de éste, a los hijos y sus descendientes legítimos. Obsérvese que el Código no concede esta acción a los herederos, sino a los hijos y descendientes legítimos, por lo cual parece que tiene en cuenta también apreciaciones o motivos morales distintos de una consideración puramente económica. Ello nos inclina a pensar que esta acción no podrá ser ejercitada por los acreedores, como tampoco podrán serlo las fundadas en la ingratitud del donatario y en el incumplimiento de las condiciones; ya que estas acciones son inherentes a la persona del donante, puesto que el Código declara que deben ejercitarse a instancia de la misma (artículos 647 y 648).» Idéntica posición defiende d'Avanzo (op. cit., pág. 297), quien con referencia a la revocación por incumplimiento de cargas, argumenta que el modo es sólo un elemento accesorio del negocio jurídico que, ni es causa de éste ni llega jamás a cumplir la función de elemento correspondiente, pues está destinado específicamente a ser una limitación de la liberalidad, siendo inconciliable con los negocios jurídicos a título oneroso. La adquisición del derecho no se hace depender de la consecución del fin pretendido con la imposición de la carga, y así tampoco la pérdida: el modo, ni suspende ni resuelve. Lo mismo podría decirse de la supervivencia o superveniencia de hijos, al menos según la opinión más corriente en nuestra Patria.

Mas estos argumentos prueban muy poco: el ser la revocación un derecho, como casi todos, de ejercicio potestativo, no importa necesariamente que sea personalísimo; menos, tratándose en ambos casos de causas de revocación susceptibles de apreciación objetiva, y cuya existencia puede ser conocida y valorada por cualquiera. Podrá el donante abstenerse de ejercitar el derecho que le incumbe a revocar la donación, basándose en motivos estrictamente personales, pero estos motivos carecerán siempre de relación directa con la causa que da origen a la posibilidad de revocar.

Ocurre así, especialmente, en la revocación por superveniencia o supervivencia de hijos, puesto que este punto queda fijado de un modo indiscutible y sin posibilidad de matices y gradaciones de intensidad cuya valoración pueda servir de criterio para ejercitar o no el derecho a la revocación. Pero tampoco deja de ocurrir, en suficiente medida, en la donación *sub modo*: no hay duda de que el incumplimiento o cumplimiento de la carga admiten matices, pero siempre podrá determinarse objetivamente si dicha carga ha sido o no incumplida; en este punto la identidad entre la carga y la condición es perfecta, y si los acreedores pueden ejer-

citar los derechos nacidos del cumplimiento de las condiciones, no hay razón para que no puedan hacerlo con los nacidos del incumplimiento de la carga modal. Entre la carga y la condición existen diferencias técnicas, manifestadas especialmente en cuanto al modo de surtir sus efectos, pero no hay diferencia en cuanto al posible contenido. Más aún: los intereses en conflicto, a los efectos del ejercicio de la subrogatoria, son los mismos en el caso de la condición, del modo y de la superveniencia o supervivencia de hijos. De una parte los acreedores, que pretenden la reintegración de ciertos bienes al patrimonio de su deudor, y de otra éste, que reclama para sí el derecho a permanecer inerte porque, por el motivo que sea, no desea que el donatario pierda esos bienes. Ciertamente que las acciones se dirigirán en un caso a declarar la reintegración producida y hacer que surta sus efectos, y en otros a producir la reintegración, pero también en estos últimos debe triunfar el interés de los acreedores, que actúan para defender sus créditos, sobre el del deudor, en mantener la donación que realizó.

Finalmente, tanto la acción de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos—de modo limitado: cfr. art. 646 Código civil—como la fundada en el incumplimiento de cargas (al parecer de la doctrina, de modo absoluto; se opone, con endebles razones, la jurisprudencia del TS.), son transmisibles a los herederos.

En suma, es más acertado en este punto el criterio de casi toda la doctrina francesa y parte de la italiana, favorable a la subrogatoria.

Con referencia a la donación *sub modo*, téngase en cuenta, además, que así como la revocación no es la única posibilidad de actuación del deudor, el cual puede, si lo prefiere, exigir el cumplimiento del gravamen, o bien mantener la donación; en cambio, los acreedores, ante la inercia del deudor, sólo pueden resolverse por aquella alternativa que tiende a integrar su patrimonio.

Lo dicho hasta ahora no vale para la revocación por ingratitud, la cual viene regulada en el Código civil con un carácter personalísimo que no tienen los otros tipos. En la valoración de la gravedad del comportamiento ingrato sólo puede ser juez el donante, y por ello la acción ni se transmite a los herederos ni puede ser ejercitada por los acreedores. La concesión a los herederos de la posibilidad de proseguir la acción intentada por el causante confirma, por contraste, la naturaleza personal del derecho a interponerla.

Algunas acciones de Derecho de las personas y de familia.

a) Los acreedores no pueden instar la declaración de ausencia legal ejercitando el derecho de las personas señaladas en el artículo 182 (prácticamente se alcanza idéntico resultado mediante la denuncia al Ministerio Fiscal), pero sí podrán pedir, una vez declarada la ausencia, la posesión temporal de los bienes del au-

sente, puesto que, si bien estos bienes no se incorporan al patrimonio del deudor, producen rentas que le pertenecen.

b) No pueden ejercitar el derecho a los alimentos legales que compete a su deudor, derecho personalísimo, irrenunciable, intransmisible activa y pasivamente a los herederos, y no idóneo para constituir garantía del pago de los créditos, puesto que en tanto existe en cuanto haya necesidades que satisfacer y puede hacerse efectivo mediante prestaciones no pecuniarias.

Distintamente ocurrirá en cuanto a las pensiones alimenticias atrasadas, que pueden ser objeto de tráfico, y por consiguiente demandarse por los acreedores del alimentista mediante la subrogatoria. También podrán los acreedores ejercitar la acción de reducción de la pensión alimenticia a cuyo pago haya sido condenado el deudor, cuando hayan disminuido los recursos de éste (Savatier, op. cit., pág. 202).

c) Como carece de contenido patrimonial, es claro que no puede ejercitarse por los acreedores la acción de oposición al matrimonio (civil) de que habla el artículo 98 del Código civil.

d) Naturalmente, tampoco pueden ejercitar la acción de nulidad de matrimonio; no en el canónico, que es personalísima de los cónyuges, quedando a los terceros el derecho a denunciar la presencia de ciertos impedimentos y vicios; tampoco en el civil, puesto que el artículo 102 del Código civil, al permitir el ejercicio de la acción a «cualesquiera personas que tengan interés en ella»—salvo los casos exceptuados en el párrafo siguiente—, abre a los acreedores la posibilidad de acción directa, mientras que la naturaleza de la materia sobre la que versa la acción convence de su carácter personalísimo en cada uno de los legitimados.

e) En el Derecho patrimonial de familia pasa a primer término, como criterio discriminador, la calidad en que se atribuyen el derecho o la acción al titular. Así, no será posible ejercitar mediante subrogatoria aquellos derechos que competen a una persona por su calidad de cónyuge o de padre, como un privilegio concedido a su cargo, a su posición familiar, v. g., la administración de la comunidad de gananciales o el usufructo legal de los bienes de los hijos. Por el contrario, sí podrán ejercitarse aquellos que no suponen actualmente la subsistencia de dichas cualidades, como los derivados de la disolución de la comunidad de gananciales, la restitución de la dote, etc.

Podría objetarse que la calidad en que se atribuye el derecho no es criterio exacto. Por ejemplo: al tutor, por su calidad de tal, se le concede una retribución, pero nadie duda que los acreedores del tutor pueden reclamarla si él no lo hace. Mas adviértase que aquí se habla de instituciones familiares, las cuales se diferencian un tanto de las cuasi familiares, y de derechos y acciones que competen al cargo como un privilegio; que suponen una po-

sición excepcional en vista de la mejor realización de fines familiares, todo lo cual no ocurre en el caso presente.

Para otros derechos que, aun suponiendo la existencia de un determinado estado de familia, no son un privilegio concedido al ejercicio de una función familiar, servirán de criterios el declararlos o no personalísimos la legislación positiva, el ser puramente patrimonial o no el interés a que sirven, etc. Así, el aseguramiento de la dote sólo puede ser exigido por las personas señaladas en el artículo 1.352, y únicamente el marido o la mujer pueden pedir la separación de bienes; en cambio, no parece haber inconveniente en que los acreedores del marido ejerciten la acción prevista en el artículo 1.348. Los ejemplos y casos prácticos podrían multiplicarse indefinidamente.

f) Según una opinión bastante extendida hoy entre los autores italianos, y que debe aceptarse para el Derecho español, las acciones de estado de filiación no pueden intentarse nunca mediante subrogatoria (vid. Cicu, *La Filiazione*, en el *Trattato* de Vasalli, Turín, 1939, pág. 44; Planiol, op. cit. pág. 470).

Parte de la doctrina entiende, sin embargo, que es preciso distinguir entre aquellas acciones que se intentan con el fin de atribuir un *status*, y las que son simplemente previas a otra de contenido patrimonial (cfr. los autores citados en Giorgi, *Teoria de las obligaciones*, trad. esp., II, pág. 251). En este caso la acción no tiende—se dice—a usurpar un poder de apreciación y decisión personalísimo del deudor, a revestirle, contra su voluntad, de un determinado *status*: sólo se pretende integrar su patrimonio demostrando que tiene derecho a ciertos bienes en virtud de una cualidad que se obstina en desconocer. En suma: los acreedores pueden ejercitar las acciones de estado que competen a su deudor, con el fin de hacer atribuir a éste o a su causante aquel determinado *status* que es presupuesto para que pueda proponerse la acción de contenido patrimonial. Y no pocos estiman que la acción de desconocimiento de la paternidad puede ser ejercitada por los acreedores de los herederos a quienes ha correspondido, porque en tal caso pierde todo carácter moral y familiar, y no tiende sino a un resultado pecuniario, a la obtención de unos bienes hereditarios. Así, muchos autores franceses (por ejemplo, Colin y Capitant, *Cours élémentaire*, II, París, 1948 pág. 314) y, entre los españoles, De Buen (loc. cit.).

Empero tal argumentación es manifiestamente errónea. El proceso en que se debate el estado de una persona nunca cesa de ser tal, aun cuando se discutan en él cuestiones conexas, y aunque el fin último de la acción sea patrimonial; desde el momento en que el acreedor debe pedir previamente la atribución de un *status*, hay acción de estado, y esta acción, independientemente de que tenga tras sí un interés patrimonial o simplemente moral, sólo puede ser interpuesta por los legitimados directamente por la ley; tales cuestiones de estado son personalísimas, y solo pueden suscitarse

ante los tribunales por voluntad del interesado o—excepcionalmente y a modo de presunción de voluntad del causante—por sus herederos. Esto se desprende claramente de la regulación de los artículos 112 y 118, que demuestran ser la acción, en principio, inherente a la persona; así, de modo especial, en cuanto a la acción de reclamación de estado del artículo 118, la cual no es transmisible a los herederos; aunque el artículo habla de transmitir, en realidad no hay tal sucesión en la acción, sino que los herederos quedan directamente legitimados a la muerte de su causante. Si la acción fuera transmisible, no se explicaría por qué no se permite a los herederos la prueba de que su causante ignoraba el estado que tenía, a fin de proponer la acción que éste verosímilmente hubiera intentado, ni tampoco la limitación de plazo impuesta a aquellos, en relación con la imprescriptibilidad de la acción del causante.

Además, toda la regulación que dicta el Código civil para las cuestiones de estado convence de la improcedencia de permitir que personas extrañas puedan agitar tales cuestiones ante los tribunales: por el contrario, se trata de los derechos más inherentes a la persona, y en los que más intervienen consideraciones de carácter moral, hasta el punto de que todo interés patrimonial anejo a la cuestión es siempre un interés indirecto. Por eso, aunque se admitiera que la sentencia recaída en una llamada cuestión patrimonial de estado surte efecto exclusivamente para la solución de la controversia patrimonial, sin producir cosa juzgada ni siquiera con relación al deudor, la solución habría de ser la misma, porque lo que se deriva del Código civil es que cada uno tiene derecho a que no se plantee cuestión alguna acerca de su estado de filiación, sin su voluntad.

Acciones del heredero.

a) Puesto que, según se deduce de los preceptos del Código civil, no puede investirse a una persona del título de heredero contra su voluntad, los acreedores no pueden subrogarse al llamado que permanece en la inercia para ejercitar la acción de petición de herencia, que supone aceptación de la cualidad de heredero. Sin embargo, es lógico que los acreedores no queden en este caso sin amparo, y pese a las dificultades que ofrece su construcción técnica, hay que optar, por analogía con el artículo 1.001—sobre el cual trataré con detalle más adelante—, por permitir a los acreedores el ejercicio de una acción destinada a facilitarles bienes hereditarios suficientes para cubrir el importe de sus créditos, previa la fijación, como cuestión previa, del mejor derecho de su deudor con respecto a la herencia.

Y lo mismo puede decirse de las acciones del legitimario nacidas de la preterición o la injusta desheredación, puesto que en tal caso la ley asigna los bienes por título de heredero. En cuanto a las de suplemento de legítima y de reducción de liberalidades, la admisibilidad de la subrogatoria o, en otro caso, la aplicación del

remedio construído sobre la base del artículo 1.001, dependen de la calidad de heredero o legatario que tenga el legitimario en cada caso concreto.

b) ¿Podrán los acreedores del heredero pedir la colación de las liberalidades? En apoyo de la solución negativa se aduce que no pudiendo pedirla los acreedores de la herencia tampoco deben poder hacerlo los del heredero; que si la colación es debida a ciertos coherederos, no puede serlo a persona distinta de ellos, y que siendo una institución que tiene como fin la igualación de los herederos, y establecida en exclusivo interés de los mismos, no puede excluirse la presencia de una voluntad del coheredero contraria a la colación: la obligación de colacionar existe en tanto se exige por aquéllos y cada uno es libre de decidir sobre este punto. Para confirmar la calidad de derecho inherente a la persona, se alega la posibilidad de que la colación sea dispensada por el donante (cfr. d'Avanzo, op. cit., págs. 284 y ss.).

Pero la solución positiva está mejor fundada. El que los acreedores de la herencia no puedan pedir la colación es natural, porque dicha petición ha de ejercitarse *utendo iuribus* del heredero forzoso, y nada tienen que ver con él tales acreedores. Tampoco prueba nada el que esté legitimado para pedir la colación, conforme al artículo 1.035 del Código civil, «el heredero forzoso que concorra con otros que también lo sean»: al contrario, la legitimación conferida por la ley es un presupuesto indispensable para el ejercicio de la subrogatoria. Igualmente, el que los legitimarios puedan hacer o no uso de su derecho, no arguye que se trate de un derecho personalísimo: también puede el propietario reivindicar o no el objeto de su propiedad, o el acreedor pedir o no el pago de su crédito. Lo que sería preciso demostrar para excluir la subrogatoria, es que el decidir sobre el ejercicio o no ejercicio del derecho a la colación resulta un acto infungible, que se resiste, por su naturaleza y por los elementos morales que han de ser valorados para decidir, a la intervención de una persona distinta del legitimado, y tal demostración no cabe aquí. Cierto que, como en cualquier otro caso—v. g., en el cobro de un crédito con garantía hipotecaria—, la decisión de abstenerse podrá estar fundada en motivos personales de índole moral, pero lo que se requiere para que una decisión de este género sea inherente a la persona y, por consiguiente, para que esté vedada a los acreedores, no es la posibilidad de que se interfieran en ella razones personales del legitimado para decidir, sino que *in abstracto*, su ejercicio suponga la valoración de elementos morales.

c) Según la doctrina dominante, la acción nacida de la indignidad para suceder puede ser ejercitada por los acreedores. Pero esta acción supone una *petitio hereditatis*: el legitimado pide la tutela de su propia cualidad de heredero, y para ello la remoción del obstáculo que a ella se opone. Es decir: el que pide la nulidad de un llamamiento por causa de indignidad, hace valer al mis-

mo tiempo su propia cualidad de heredero, pretendiendo ser llamado en lugar del indigno. Por eso, la acción estará sujeta a las mismas limitaciones que la de petición de herencia, ya señaladas, Igual ocurre en los casos de incapacidad.

Apunta, sin embargo, algún autor que, siendo impuesta la sanción de la indignidad—contra lo que sucede con la incapacidad— a modo de pena por actos u omisiones graves contra el causante (antes o después de su muerte) a instancia de parte interesada, en algunos supuestos concretos en que la causa exija una ulterior comprobación, deberá quedar la acción exclusivamente al arbitrio del que resulte llamado en defecto del indigno.

II. Acciones, derechos y facultades

Derecho y acciones

¿Qué quiere decir el artículo 1.111 al hablar distintamente de *derechos y acciones*?

En opinión de Planiol—referida, naturalmente al artículo 1.166 del Código civil francés, que emplea idénticos términos—, «el alcance del artículo 1.166 viene determinado por la consideración que ha sido su idea madre. No se permite a los acreedores sustituirse a su deudor para la administración de su patrimonio cuando la juzgan defectuosa: ello sería trabar demasiado gravemente su libertad y ponerlo bajo tutela. El derecho regulado por el artículo 1.166 es más limitado: se trata únicamente de la posibilidad de ejercitar las acciones del deudor. El texto dice *derechos y acciones*; las dos palabras se toman aquí como sinónimas; se trata de un pleonasma que se encuentra ya en Pothier. Lo único permitido a los acreedores es, pues, la persecución dirigida por ellos contra un tercero, ejercitando, bajo la forma de una acción, un derecho perteneciente a su deudor. Se supone que el deudor tiene derecho a intentar una acción; se supone, además, que esta acción está en peligro de perderse, sea por la quiebra próxima del obligado, sea por la prescripción, y que el deudor, provisto de tal acción, no la ejercita y va a dejarla perecer: sus acreedores obrarán en su lugar y ejercitarán su derecho por su parte» (op. cit., página 469).

Mas en estas frases se mezclan verdades evidentes con graves inexactitudes.

a) Es inexacto afirmar que lo único permitido a los acreedores es el ejercitar contra un tercero, bajo la forma de una acción, un derecho perteneciente a su deudor. ¿Qué necesidad hay de recurrir a los órganos jurisdiccionales para la tutela de un derecho que no ha sido violado? Una vez firme el derecho de los acreedores a ejercitar los derechos y acciones de su deudor, nada impone el que en todos los casos y necesariamente hayan de intentarse

acciones (cfr. Messineo, *Manuale*, II, Milán, 1947, pág. 309). Si, por ejemplo, el deudor no hace uso del derecho que le concede el artículo 612 del Código civil para perseguir el enjambre fugitivo, podrán ejercitarlo, en las mismas condiciones y plazos que él, sus acreedores; si los créditos del deudor sometido a la acción subrogatoria son pagados voluntariamente, los acreedores estarán legitimados para recibir su importe; la reclamación extrajudicial de los acreedores que ejercen la acción subrogatoria podrá interrumpir la prescripción de un crédito de su deudor, igual que si fuera este último quien la hubiera realizado, etc.

b) Es, por tanto, igualmente inexacto, identificar los derechos y las acciones a que se refiere el artículo 1.111 del Código civil.

Con mayor acierto entiende Prieto Castro (*Derecho procesal civil*, I, Zaragoza, 1941, pág. 45) que, mientras bajo el nombre de *acciones* debe considerarse aquí aludida la acción en sentido procesal, es decir, el poder de promover la actividad jurisdiccional del Estado para la actuación de la ley, bajo la denominación *derechos* se entiende mencionada la acción en sentido civil, esto es, la pretensión: el derecho a un acto u omisión dirigido contra una persona determinada

Pero el alcance de la palabra *derechos* tampoco puede restringirse a las solas pretensiones. Junto a ellas deben ponerse, desde luego, los llamados *derechos subjetivos de formación o modificación jurídica*, en cuya virtud su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante propia actividad unilateral. Que en ellos sea el propio titular quien opere la modificación jurídica, mientras la pretensión se dirige a la acción u omisión de otro, no los excluye, en principio, de la subrogatoria: sólo cuando la actividad del titular pueda, con arreglo a los criterios ya estudiados, ser considerada infungible, resultarán excluidos tales derechos, por su condición de *inherentes a la persona*.

Las facultades

Dusi (*Diritti subjetivi e facoltà giuridiche*, en *Studi Senesi*, 1902, pág. 234) define la pura facultad como «posibilidad jurídica de actuar que se manifiesta—y en tanto en cuanto se manifiesta—no como poder autónomo y existente por sí mismo, sino como la dependencia y la emanación de un derecho subjetivo o de una situación jurídica más amplios y comprensivos». En igual sentido advierte De Castro que para que la facultad jurídica alcance propio valor técnico, hay que reducirla a la «posibilidad de actuar concedida a una persona por formar parte del contenido de una situación jurídica» (*Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, página 602). Y por su origen técnico distingue como principales tipos de facultades, las nacidas directamente de la condición jurídica de

la persona, las que forman parte del contenido general de una relación jurídica y las que forman el contenido de un derecho subjetivo.

¿Qué decidir de las meras facultades? ¿Pueden incluirse entre los *derechos* a que se refiere el artículo 1.111 o, por el contrario, ha de estimarse que dicho artículo no las comprende?

Según Pacchioni (op. cit., pág. 154) «hay facultades que constituyen el verdadero y propio contenido de ciertos derechos, como es, por ejemplo, la facultad de usar y disfrutar de la cosa de que se es propietario, y hay otras que no dependen de un derecho singular correspondiente a una persona dada, sino que descienden más bien de la libertad de actuar que el ordenamiento jurídico garantiza a todas las personas: por ejemplo, la facultad de suscribir un empréstito, participar en una empresa, etc. Por lo que se refiere a las facultades de la primera especie, bien puede sostenerse que puedan venir ejercitadas por los acreedores, en cuanto su ejercicio sea necesario para que el patrimonio del deudor se conserve en estado de satisfacer a sus acreedores. Esta solución, tan controvertida, es de hecho conforme a la iunción atribuida por nuestra ley a la acción subrogatoria. Igualmente parece que viene exigida por la expresión del artículo 1.234 del Código civil, que contempla separadamente los derechos y las acciones del deudor. Las acciones no son, en verdad, sino derechos que se hacen valer judicialmente, y, esto supuesto, los derechos de que habla el artículo 1.234 del Código civil (si con esta palabra se quiere, como parece necesario, indicar un concepto diverso del expresado con la palabra *acciones*), por consiguiente, sólo pueden ser las facultades que constituyen el contenido de los mismos». Luego los acreedores pueden, por ejemplo, arrendar los terrenos de su deudor cuando éste descuide hacerlo con daño manifiesto de sus créditos.

En cambio, en cuanto a las facultades de la segunda categoría, entiende el autor, de acuerdo con la doctrina dominante, que no pueden ser ejercitadas por los acreedores. «El derecho de los acreedores—dice—abarca de hecho el patrimonio y, según nosotros, también la persona de su titular, pero sólo en cuanto gestor y titular del patrimonio mismo. Tal derecho limita, por ende, las facultades de disposición y administración del deudor, pero no suprime su personalidad moral y jurídica, como no suprime su personalidad física. La persona es libre independientemente del hecho de tener o no un patrimonio, y conserva intactos sus atributos de persona libre aunque tenga el patrimonio gravado con deudas». Como ejemplo de estas facultades que descienden de la libertad de actuar pone Pacchioni la aceptación de la oferta contractual o de los beneficios derivados de un contrato en favor de tercero.

D'Avanzo (op. cit., págs. 307 y ss.) se opone decididamente a la tesis de Pacchioni. ¿Qué razones pueden justificar esta identificación de la acción con el derecho y del derecho con la facultad? ¿Por qué alterar el sentido propio de las palabras, con el

cual el precepto tiene un significado completamente inteligible, para darles otro de modo arbitrario? Ningun inconveniente hay en admitir la diversidad de significado de las palabras *derechos* y *acciones* en el texto legal, pero esta diversidad existe sin necesidad de desfigurar la acepción propia de cada uno de los dichos términos. Hay que mantener, consiguientemente, que el artículo 1.111 se refiere a derechos ya constituidos, a derechos subjetivos auténticos que forman parte del patrimonio del deudor; no a las facultades que constituyen el contenido de los derechos, pero que no son derechos a su vez, ni dan lugar a pretensión alguna. Si se admitiera, con Pacchioni, que los acreedores podían arrendar, ejerciendo la acción subrogatoria, un inmueble de su deudor, cuando éste omitiera el hacerlo, debería también admitirse que los acreedores, igualmente ejerciendo la acción subrogatoria, pudieran proceder a la venta de ese mismo inmueble improductivo del acreedor negligente: tanto la facultad de arrendar como la de vender constituyen el contenido de un mismo derecho, y no hay entre ellas, en cuanto tales facultades, una diferencia esencial.

Por lo general, los autores coinciden en excluir de la subrogatoria, en principio, el ejercicio de las facultades, sea porque establecen una diferencia a estos efectos entre los conceptos de *aerecho* y *facultad*, sea porque entienden que la facultad, por su propio concepto, es inherente a la persona, y que, consiguientemente, jamás una facultad podrá ser objeto de subrogación.

Y, sin embargo, ninguna de esas dos posiciones es convincente.

a) El Código civil habla, en efecto, de *derechos* y *acciones*, pero, ¿emplean sus autores tales palabras en el sentido técnico que se les atribuye actualmente, y acerca del cual no hay unanimidad? ¿Fue su pensamiento excluir las meras facultades como especie distinta del derecho subjetivo propiamente dicho?

Ambas cuestiones deben ser respondidas negativamente. Los autores del Código civil emplearon el término *derechos* en su acepción vulgar, en la cual tiene un ámbito tan extenso que abarca todas las facultades: lo mismo puede decir «tengo el derecho de propiedad de esta finca», que «tengo derecho a venderla, a entrar en ella, a hacer en ella una zanja o una casa», etc. La limitación del ámbito de la subrogatoria no puede hallarse en las susodichas palabras sin tergiversar el sentido con que fueron usadas en ese lugar y en otros muchos del Código civil: esos límites deben buscarse únicamente en la inherencia a la persona. Por otra parte, ninguna necesidad social impone una interpretación restringida del artículo 1.111: al contrario, hay meras facultades cuyo ejercicio es justo que se permita a los acreedores. Y si los términos del Código civil dan pie para ello, nada aconseja reducir, en un afán desmedido de precisión técnica, el campo de la acción subrogatoria a un ámbito más limitado del que exigen la letra de la ley y la equidad.

b) Hay quien entiende haber excluido las facultades del campo de la acción subrogatoria al negar la posibilidad de que el acreedor sustituya al deudor en todas sus actividades (Ruggiero, *Instituciones*, ed. esp., II, 1931, pág. 167), o en aquellos derechos cuyo ejercicio por el acreedor equivaldría a privar al deudor del gobierno de su persona, a ponerlo en tutela; en aquellos derechos que constituyen en cierto modo la personalidad del deudor (Beudant, op. cit., pág. 456). Las facultades, se piensa, son inherentes a la persona, porque entre el interés relativo en respetar la libertad del deudor y el de proteger al acreedor, la ley ha preferido al primero (Demogue, op. cit., pág. 305). Otros se limitan a declarar simplemente que son inherentes a la persona aquellas facultades o derechos que constituyen el modo de goce de los bienes (Colin y Capitant, op. cit., pág. 316).

Pero de la necesidad de respetar la autonomía del deudor, o no se sigue que todas las facultades sean inherentes a su persona, o resulta que no pueda ejercitarse ningún derecho o acción, los cuales suponen una facultad en sentido amplio. La esfera de actuación personal del deudor se invade al conceder a los acreedores el ejercicio de la acción reivindicatoria de aquél y al tolerarles el dar en arrendamiento sus bienes cuando los mantiene improductivos (evento este de difícil realización en el Derecho español, en tanto los bienes puedan ser embargados); la invasión podrá ser menos patente en un caso y más en otro, pero existe en los dos. Y entre las facultades puede haberlas tales que, al efectuar esa comparación de que habla Demogue entre el interés de la libertad del deudor y el de la protección del acreedor, se halle este segundo más digno de tutela.

En suma: entiendo que tanto en las facultades que constituyen el verdadero contenido de ciertos derechos, como en las que no dependen de un derecho singular correspondiente a una persona dada, habrá algunas que podrán ser objeto de acción subrogatoria y otras que no, al hallarse ligadas unas a la personalidad del deudor en grado más remoto y otras en grado más inmediato. No puede haber diferencia, en este punto, entre las facultades y los derechos: la distinción únicamente podría establecerse entre los derechos y facultades de un lado, y de otro, las simples manifestaciones de la capacidad de obrar. Y esta distinción estriba en que los derechos y facultades capaces de subrogatoria, podrán no depender de un derecho singular correspondiente a una persona, pero sí dependerán siempre de una situación peculiar y específica de ésta, mientras que las facultades que derivan sólo de la capacidad de obrar son iguales para todos. En este punto hay que aceptar la tesis de Pacchioni, cuyo defecto consiste más bien en aplicarla de modo inadecuado, puesto que oferta contraria, que dicho autor pone como ejemplo de las facultades derivadas de la autonomía de la voluntad, siempre que no se dirija al público

sino a una persona determinada, supone en ella una situación singular, y debería poder ser aceptada por los acreedores.

A continuación examinaré las facultades de adquisición—y juntamente con ellas, algunos derechos semejantes—, y luego los actos de mera facultad en sentido propio.

Las facultades de adquisición en general.

Entienden los autores que la facultad de adquisición, en cuanto posibilidad jurídica de actuar para hacer surgir determinadas relaciones atributivas de derechos, es decir, en cuanto poder que corresponde a un sujeto de derecho de actuar para adquirir un derecho, difiere del derecho ya adquirido y de la posibilidad de hacerlo valer: cuando se hace valer un derecho no es para adquirirlo, pues se halla ya potencialmente adquirido por el patrimonio de quien lo ejercita.

Ahora bien, para la doctrina dominante el artículo 1.111 hace sólo referencia a esos derechos ya adquiridos; a los que ya forman parte del patrimonio del deudor. La facultad de adquisición es una eventual manifestación de la actividad de una persona que, no estando todavía objetivamente exteriorizada, forma parte de su personalidad, y se halla sustraída a la coacción de los acreedores. La ley, en este punto, prefiere respetar la libertad del deudor: «estima—dice Demogue (op cit., pág. 305)—que el acreedor ha contado con los bienes, pero no con las simples facultades de adquisición del deudor». El derecho está en el patrimonio y puede servir de garantía a los acreedores, mientras que la mera facultad no es un bien, y por consiguiente no es capaz de ser objeto de ejecución.

Empero estas afirmaciones no son exactas y, por otra parte, no se ajustan al precepto legal, en el que, según se ha dicho, la palabra *derechos* no se ha empleado con el valor que pretende atribuirle la doctrina.

Además, la sujeción o no a la acción de los acreedores, no puede hacerse depender de dos nociones tan imprecisas como las de *derecho* y *patrimonio*, sin tergiversar la ley y caer a la vez en un conceptualismo alejado de la realidad e impropio para buscar con su ayuda la solución más justa. Por el contrario, debe afirmarse que, en principio, es indiferente el que la adquisición se realice en virtud de un derecho real dirigido a ella (v. g., un retracto convencional pactado como derecho real), o de un derecho de obligación o sucesorio, o de la simple facultad que confiere una oferta. El objeto de la subrogatoria es, ciertamente, salvaguardar la integridad del patrimonio del causante, pero ello no puede entenderse de modo tan literal que se excluyan de ella las posibilidades de adquisición que no estén *in bonis*, porque tanto o más que los bienes presentes, pueden servir éstas para la satisfacción del derecho de los acreedores, que es lo que se trata de conseguir.

En principio, pues, hay que afirmar que toda posibilidad de adquisición puede ser objeto de acción subrogatoria.

Ahora bien, esta regla tiene excepciones muy numerosas, y ello es comprensible, porque el negocio jurídico de adquisición requiere, en mayor o menor medida, una apreciación personal, que en muchos casos ha de hacer imposible el ejercicio de la subrogatoria. Por otra parte, el mismo fin de la acción subrogatoria pone límites muy estrictos a la regla. Se tiende a conservar el patrimonio del deudor y, además, a no impedir aquellos aumentos patrimoniales *per se* evidentes, pero no a transformar dicho patrimonio de modo que cambie su sustancia, aunque el cambio haya de tener para él efectos beneficiosos. Por ende, y según se ha dicho antes, será admisible el ejercicio por los acreedores de aquellos negocios jurídicos de adquisición que *in abstracto* suponen un enriquecimiento patrimonial: que están dirigidos a un aumento, sin contraprestación, del patrimonio. No será admisible, en principio, el ejercicio de aquellos derechos y facultades de adquisición cuya efectividad supone el obligarse a una prestación, realizándose así una simple transformación de la sustancia del patrimonio: es decir, el otorgamiento de negocios jurídicos de tipo oneroso.

El criterio que aquí se propone para distinguir entre las posibilidades de adquisición susceptibles de subrogatoria y las que no lo son, es el único lógico y coherente. En cambio, el distinguir, como hace la doctrina, entre el derecho a adquirir y la simple facultad, se establecen diferencias de trato nada razonables para supuestos equivalentes: así, un derecho de opción y una oferta de contrato que versen sobre un mismo negocio jurídico, recibirán trato diferente, siendo el primero en principio, en cuanto derecho, ejercitable por los acreedores, y habiendo de ser aceptada la segunda exclusivamente por el destinatario. Y la artificiosa diferenciación entre derechos dentro y fuera del patrimonio, excluye arbitrariamente del campo de la subrogatoria a ciertos derechos de adquisición que, en cuanto tales, constituyen verdaderos bienes.

En resumen: lo importante no es determinar qué derechos se hallan en el patrimonio o fuera de él, ni cuáles son verdaderos derechos y qué otros constituyen simples facultades, sino qué negocios de adquisición suponen, por su propio tipo, un enriquecimiento patrimonial, un ingreso sin una contraprestación, y cuáles determinan tan sólo la transformación de ciertos elementos del patrimonio. Las posibilidades de adquisición que correspondan a negocios de tipo lucrativo, deben poder ser ejercitadas por los acreedores, y no—en principio—las que se actúen mediante negocios de tipo oneroso. El llevar a cabo o no esta transformación de su patrimonio es algo que permanece reservado al deudor.

La aceptación de la herencia.

En materia de adquisición de la herencia es corriente condicionar la admisibilidad de la subrogatoria a la naturaleza que se atribuye a la aceptación. Si, en un determinado ordenamiento jurídico, se estima que ésta no hace sino confirmar un derecho ya existente en el patrimonio del heredero desde el momento del fallecimiento del causante, de modo que supone simplemente una pérdida del derecho a renunciar, podrán aceptar los acreedores; si se entiende que la aceptación señala el momento de adquirir la herencia, al no haber antes en el patrimonio del heredero ningún derecho expropiable, los acreedores nada pueden hacer.

Pero aun algunos autores italianos que aceptan la tesis de la transmisión *ipso iure* de la herencia, defienden la inadmisibilidad, en este caso, de la subrogatoria, basándose en que la aceptación supone un acto de mera facultad. El único remedio que pueden utilizar los acreedores—dicen—es el de instar del juez, con arreglo al artículo 1.005, que señale al heredero inactivo un término para aceptar o repudiar.

El Derecho español—como los restantes derechos que conocen la subrogatoria—no prevé expresamente si pueden o no aceptar los acreedores en vista de la inactividad del deudor heredero, pero en el artículo 1.001 del Código civil (concordante con el 788 C. c. fr. y el 949 C. c. it. de 1865) regula un supuesto parecido. «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. La aceptación sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste a cubrir el importe de sus créditos. El exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda, según las reglas establecidas en este Código.»

No se trata aquí de un supuesto de acción revocatoria. En primer lugar, porque no hay una verdadera revocación de la renuncia hecha por el llamado a la herencia: éste ya no podrá ser heredero, pues con relación a él la renuncia subsiste. En segundo lugar, porque no se requiere la prueba del *consilium fraudis*: basta la existencia objetiva del perjuicio para que, sin necesidad de investigar los motivos a que obedece la renuncia, puedan los acreedores intentar su acción. La tesis contraria de algún autor italiano, que intenta asimilar el «perjuicio de los acreedores» con la «intención de perjudicar a los acreedores», choca contra el texto expreso de la ley y contra la presumible finalidad de la norma. Decir que cuando se renuncie por creer que se trata de una *hereditas damnosa*, sin intención de defraudar, no es aplicable el 1.001, que requiere la «renuncia en perjuicio», a saber, destinada a perjudicar a los acreedores, no pasa de ser una sutileza sin sentido; si el legislador hubiera querido decir eso, lo hubiera dicho más claro, y, por otra parte, restringiendo hasta ese punto el alcance del artículo, se reduce su papel a ser una modalidad

—inferior en eficacia—del 1.111, al cual hubiera debido referirse el texto legal.

Empero tampoco se trata aquí de una simple acción subrogatoria, porque, por la renuncia, el llamado ha perdido el derecho a aceptar, y los acreedores hacen uso de él de una manera limitada, en virtud de una legitimación que les confiere directamente la ley, prescindiendo, sólo en ese respecto, de los efectos de la renuncia. Si la renuncia a la herencia coloca al renunciante en la misma situación que si no hubiera sido nunca llamado y, consiguientemente, debe estimarse que no ha tenido derecho alguno sobre los bienes hereditarios, ¿cómo puede pensarse que los acreedores ejerciten mediante la subrogatoria un derecho de que su deudor carece?

En definitiva, el artículo 1.001 atribuye a los acreedores del llamado que renuncia a la herencia con perjuicio de sus intereses, un derecho a aceptar ellos directamente, quedando mejorada así su posición. Pues, por aplicación del artículo 1.111, hubieran debido, primero, mediante la revocatoria—y probando los extremos que exige el ejercicio de esta acción—revocar la renuncia, para después, por medio de la subrogatoria, aceptar la herencia; ello tendría, además, el inconveniente de que mediante la aceptación por los acreedores quedaría investido el llamado, contra su voluntad, de la condición de heredero.

Esta última consideración es la que, probablemente, llevó al legislador a configurar la acción del artículo 1.001. Porque la declaración de aceptar la herencia supone para el llamado el subingreso en la posición de heredero, con todos los efectos que son consecuencia de ella, con todas las cargas y molestias que pueden hacerla poco deseable, y el asumir esa posición o no, es asunto que debe quedar exclusivamente a su juicio. Por eso el Código civil arbitra el medio de que, sin asumir esa calidad el llamado, puedan sus acreedores ver garantizado su derecho con los bienes que, procedentes de la herencia, habían de corresponderle; el artículo 1.001 les faculta para satisfacerse sus créditos con las consecuencias pecuniarias del llamamiento, pero no les inviste, por ello, de la condición de heredero. Este régimen es coherente con el de la transferencia de dicha condición, que es posible a título universal, pero no a título particular; en cuya forma sólo pueden transmitirse sus consecuencias patrimoniales.

La *ratio legis* del artículo 1.001 inclina a creer que sustituye, para la aceptación y repudiación de herencia, al 1.111, quedando excluidas en este caso concreto, tanto la acción revocatoria de la renuncia como la subrogatoria para aceptar.

Como se ve, la tesis negativa propuesta por buena parte de la doctrina moderna es exacta, pero no lo son los argumentos con que se defiende. En particular, no hay una diferencia esencial, en orden al ejercicio de la acción subrogatoria, entre el *derecho a la herencia* nacido *ipso iure* en el momento de la muerte del causante,

y el *derecho* a la sucesión que tiene el llamado en las legislaciones que siguen el sistema de adquisición de la cualidad de heredero mediante la aceptación, y así—según parece más defendible—en la española. También en este segundo caso el llamado tiene un derecho de valor patrimonial—al menos, es capaz de tenerlo y ordinariamente lo tiene—del que no puede verse privado ya, y que es transmisible a sus herederos. ¿Por qué establecer diferencia alguna entre él y la aceptación de la herencia que, en el sistema de la adquisición *ipso iure*, consolida en el llamado la situación de heredero? En verdad, si no es posible la aceptación por los acreedores en un caso, tampoco debe serlo en el otro, y al contrario.

Ni menos valen las razones de quienes, sin distinguir entre uno y otro sistema, entienden que no es admisible la subrogación para aceptar, bien por constituir la aceptación un derecho personalísimo, bien por ser una mera facultad; ya se ha dicho que es un derecho patrimonial y transmisible a los herederos; recuérdese, además, que la subrogatoria no puede ser excluida en principio para las meras facultades.

El legado.

Pero si la exclusión de la subrogatoria no viene exigida por la personalidad, en sentido estricto, del derecho hereditario, ni tampoco por la condición de mera facultad de éste, sino por las consecuencias que la situación de heredero puede acarrear para el llamado, es claro que en materia de legados debe ser plenamente admitida. Se trata de una sucesión a título particular en determinados bienes o derechos, sin que sea posible separar de un lado la cualidad de legatario y de otro sus consecuencias patrimoniales; aquélla carece de toda trascendencia.

La oferta de contrato.

En síntesis, la doctrina casi unánime sobre este punto, en relación con la acción subrogatoria, es la siguiente:

El destinatario de una oferta de contrato y el mismo proponente pueden determinarse libremente en el sentido que estimen más ventajoso para sus intereses. Quien rechaza una oferta no pierde un derecho ya adquirido, ni los acreedores ven disminuir el patrimonio que sirve de garantía a sus créditos. El prestar o no el consentimiento a una oferta es mera facultad que, como tal, no puede constituir objeto de acción subrogatoria. Además, la facultad de aceptar la oferta es inherente a la persona: no se puede hablar, con respecto a ella, ni de sucesión ni de cesión.

Esto ha de entenderse lo mismo de los contratos a título oneroso que de los a título lucrativo. Tampoco una donación puede ser aceptada por los acreedores del presunto donatario inactivo (cfr. Giorgi, op. cit., pág. 256; entre los españoles, Navarro Aman-

di, *Cuestionario del Código civil reformado*, IV, Madrid, 1891, pág. 22.) En apoyo de esta conclusión pueden alegarse, además, el artículo 629 del Código civil, con arreglo al cual la donación no produce efecto ni obliga al donante sino desde el momento de la aceptación, y el 633, a cuyo tenor la aceptación no surtirá efecto si no se hace en vida del donante. Por otra parte, del artículo 630 se deduce que la aceptación es personalísima e intransferible, y que, por ende, el donatario debe vivir para hacerla. Finalmente, en opinión de Beudant, los acreedores no pueden, en nombre y por cuenta de su deudor, aceptar la donación que se le hace, porque los motivos que determinan a aceptar o repudiar una donación son de orden moral, a veces de orden íntimo, y nadie puede sustituirse al acreedor para tal apreciación.

A mi modo de ver tal doctrina adolece de los defectos señalados al estudiar las facultades en general y, en particular, las facultades de adquisición.

A la vista de los argumentos allí expuestos hay que rechazarla de plano y admitir, en cuanto a la oferta de donación, la solución opuesta. A la cual se llega también, simplemente, comparando la donación y el legado. No es razonable que por simples razones de dogmática jurídica, de construcción técnica de las instituciones, tampoco muy concluyentes, la solución sea contraria para la una y el otro. La situación de los intereses en juego es igual en ambos casos: de una parte, un deudor favorecido por la donación o el legado, que tiene la posibilidad de adquirir aquella o perfeccionar éste aceptándolos; de otra, unos acreedores que tienen interés en que aumente el patrimonio que sirve de garantía a sus créditos. El deudor alega que no puede resultar enriquecido contra su voluntad, y que la aceptación de la liberalidad o su repudiación se basan en consideraciones morales. Los acreedores afirman que el deudor ha de dejar a un lado sus puntos de vista personales y aceptar la liberalidad; a quien debe, no le está permitido rechazar un enriquecimiento de su patrimonio. Cómo juzga el Código civil esta situación, lo acabamos de ver al tratar de la herencia y el legado. No permite que los acreedores hagan heredero al llamado, pero si les facilita el acceso a los bienes hereditarios aun contra la voluntad de aquél, hasta la concurrencia de sus créditos y los bienes hereditarios. Respecto del legado, nada dice el Código civil, pero es lógico que sea plenamente admisible la subrogatoria, al no existir para él las razones que, en materia de aceptación de la herencia, aconsejaban sustituirla por un recurso de parecidos efectos en cuanto a los acreedores, pero de diferente desarrollo técnico y menos molesto para el deudor llamado a la herencia.

Empero, si este es el régimen de las liberalidades *mortis causa* a título particular, ¿por qué ha de ser opuesto el de las liberalidades *inter vivos*? Cualquiera que, prescindiendo de sutilezas dogmáticas, considere la identidad de efectos prácticos que pro-

ducen ambas clases de atribución patrimonial, ha de pensar que si es personalísimo el aceptar una, también la otra, y que al contrario, si los acreedores pueden aceptar un legado hecho a su deudor, por entenderse que el hacerlo no es algo inherente a la persona del favorecido, también pueden aceptar una donación por idéntico motivo.

Por otra parte, únicamente hasta cierto límite puede hablarse, en materia de legados, y menos en cuanto a la atribución a título de heredero, de un derecho adquirido, de algo que se halla ya efectivamente en el patrimonio del heredero o legatario; ello sólo ocurre cuando ha mediado la aceptación.

También, pues, en materia de oferta contractual, hay que distinguir entre los negocios jurídicos a título oneroso y los que suponen una atribución gratuita, y en especial, la donación. La oferta de donación puede ser aceptada por los acreedores del favorecido con ella; su inestabilidad (intransmisible activa y pasivamente, revocable) no es obstáculo para admitir la subrogatoria, porque estas cualidades en nada impiden su ejercicio. Y es un sofisma alegar que se trata de un derecho no adquirido, todavía no incluido en el patrimonio del deudor, porque la finalidad práctica de la acción subrogatoria tanto se consigue impidiendo el *damnum emergens* cuanto consiguiendo el lucro posible. En cambio, para los negocios a título oneroso, y salvo lo que a continuación se dice, debe mantenerse la solución dominante; aunque en un caso concreto la oferta sea muy ventajosa, siempre ha de tenerse de cuenta que se trata de una transformación del patrimonio del deudor de la cual sólo él es árbitro.

Los derechos de adquisición.

El mismo criterio debe aplicarse a las restantes posibilidades de modificación jurídica. Veamos, por ejemplo, aquellos casos en que el deudor tiene derecho a conseguir ciertos bienes, ya de todo propietario de ellos, ya de una persona que está obligada a entregarlos, en virtud de un retracto o una opción, reales u obligacionales. Se trata de posibilidades jurídicas de adquisición que constituyen verdaderos derechos: facultativos, en el sentido de que—como ocurre generalmente—no es obligatorio el ejercicio de su contenido, pero derechos auténticos, que por serlo y formar parte del patrimonio responden ante los acreedores, pueden ser objeto de enajenación e incluso de gravamen, pueden ser embargados y, por consiguiente, en principio, deberían ser susceptibles de ejercicio por los acreedores del titular. Así lo entiende buena parte de la doctrina en Francia e Italia. Sin embargo, aplicando nuestro criterio de calificar el negocio por sus efectos económicos, la solución debe ser distinta.

En efecto; ya algún autor extranjero y cierta jurisprudencia cuidan de advertir que, si bien es admisible la subrogatoria para ejercitar el derecho de retracto convencional, los acreedores deben

pagar el precio del rescate con cargo a su propio patrimonio; lo cual equivale a negar lo mismo que se afirma, porque en tal caso nos hallamos ante un tipo de acción intermedio entre la subrogatoria y la directa, semejante al previsto en el artículo 1.650; los acreedores del enfiteuta se libran del comiso pagando y redimiendo con su propio dinero, y así conservan la finca acensuada, lo mismo que en el otro caso la finca vendida con pacto de refro.

¿Puede generalizarse esta solución?

En favor de la afirmativa cabe observar que, puesto que en los derechos de adquisición se da plenamente la susceptibilidad de tráfico propia de los derechos patrimoniales, y teniendo en cuenta que en muchos casos la inercia del deudor agota totalmente la posibilidad de adquisición que constituye el derecho mismo, es admisible un recurso dirigido a salvaguardar el derecho de los acreedores, sin herir los intereses del deudor; el derecho de adquisición se actúa por los acreedores con independencia, no sólo del criterio del deudor, sino también de su patrimonio, de modo que la adquisición, aun suponiendo un beneficio para ellos, no supone un perjuicio pecuniario para el deudor moroso. En contra, sin embargo, militan las dificultades que presenta la aplicación práctica de la acción; por ejemplo, ¿cómo valorar el beneficio experimentado por los acreedores al ejercitar un derecho de retracto de su deudor?

Actos conservativos. Actos de mera facultad.

La doctrina—con excepción de Pacchioni—estima que no cabe la subrogatoria: en opinión de Laurent, los derechos cuyo ejercicio consiente la ley a los acreedores son los del deudor contra un tercero, y no los derechos patrimoniales que tienen por objeto inmediato los bienes que constituyen el patrimonio del deudor.

La tesis de la doctrina impide actuaciones beneficiosas para la conservación del derecho de los acreedores; pero, además, los autores no son lógicos con ella, porque ante las perjudiciales consecuencias que acarrearía su aplicación inflexible aceptan que los acreedores puedan realizar algunos actos conservativos que no son menos de mera facultad que otros de disposición o administración.

Creo que en este punto es preferible aplicar el criterio anteriormente expuesto: cuando el acto de mera facultad supone el aumento gratuito del patrimonio del deudor o su mejor conservación, debe permitirse la subrogación de los acreedores.

Así, por ejemplo, en el caso—muy discutido en la doctrina, y por los más resuelto negativamente—de la facultad de arrendar. En época reciente, la jurisprudencia francesa ha entendido que un acreedor podía arrendar en pública subasta las tierras que un propietario arrendaba cada año, haciéndose pagar por anticipado el importe del arrendamiento con fraude de los derechos del deudor.

dor; ha estimado posible igualmente, y con el mismo fin, que el acreedor hiciera arrendar por largo tiempo el fundo que el deudor arrendaba por años haciéndose pagar por anticipado. Pero no sólo en estos casos, sino en todos aquellos en que la inactividad total del deudor acarrea una pérdida efectiva a su patrimonio, debe estar permitido a los acreedores dar en arrendamiento los bienes que, de otra manera, quedarían improductivos. Supuesto distinto sería el que el deudor arrendase sus bienes en condiciones desventajosas; ya no hay inercia por su parte, y, por consiguiente, tampoco puede hablarse de acción subrogatoria.

En la misma línea deben juzgarse todas aquellas posibilidades de actuación que derivan del hecho de ser propietario de unos bienes, titular de un derecho real, de crédito, etc. En especial deben ser permitidos a los acreedores aquellos actos conservativos que no importan perjuicio o dispendio alguno para el patrimonio del deudor; así, por ejemplo, pedir la inscripción de un negocio jurídico inscribible otorgado por éste, ampliar a los intereses vencidos la garantía hipotecaria, etc. El Código civil en el artículo 1.937 hace referencia igualmente a un supuesto especial de acto conservativo, y también lo es, en último análisis, el contemplado por el artículo 1.650.

No pueden ser ejercitadas por los acreedores las acciones divisorias, no ya porque no constituyen un derecho embargable, ni porque admitiendo la subrogatoria se puede perjudicar la condición de los restantes partícipes, sino porque la acción es, por su propia esencia, de transformación: de titular de una cuota se pasa a titular de unos bienes concretos: *in abstracto* será siempre imposible decidir si es mejor la división o la indivisión; ello depende en cada caso de una serie de motivos que apenas son susceptibles de apreciación objetiva, y la decisión de los acreedores podría llegar a ser perjudicial para el deudor. No puede negárseles derecho a hacer expropiar la cuota (cuando, por su naturaleza, sea susceptible de embargo, y en la medida que lo sea), pero es inadmisibles que se les conceda también la posibilidad de convertirla, mientras permanece en manos del deudor, en unos bienes determinados.

La promesa de contrato

(Algunas notas para su estudio)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Ocasión y alcance de estas notas.—II. Los intentos de construcción teórica del precontrato y las figuras jurídicas afines a la promesa de contrato. 1. Los ensayos de construcción teórica del precontrato. 2. La obligación de hacer un contrato: a) «Circulus inutilis». b) Ejecutoriedad de la obligación de hacer. c) El nuevo contrato a celebrar. d) Obligación de desenvolver las líneas básicas de un contrato. 3. La existencia del precontrato: a) La promesa de vender y la venta. b) La condición de querer. c) La venta a prueba. d) La opción. e) Otras modalidades contractuales.—III. Significado jurídico del precontrato. 1. Conclusiones provisionales sobre el concepto del precontrato. 2. Ambito de las promesas de contrato: a) Promesa unilateral y promesa bilateral. b) Contratos que pueden ser objeto del precontrato. 3. Algunos caracteres peculiares de la promesa de contrato: a) Requisitos de la promesa de contrato. Capacidad. Objeto del precontrato. Causa de la promesa de contrato. Consentimiento. Forma de la promesa. Modalidades de la promesa. b) Eficacia inmediata de la promesa de contrato. La facultad de exigir el cumplimiento de la promesa. c) Ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa. Efectos del ejercicio. El cumplimiento. La ejecución forzosa. d) Extinción de la relación jurídica creada por la promesa de contrato.

1. Ocasión y alcance de estas notas.

Es de advertir, ante todo, que las notas aquí publicadas se redactaron para su discusión en el Seminario que los miércoles alberga esta revista; ello explicará el tono a veces polémico de la exposición, su forma poco elaborada, la constante referencia a la autoridad de los tratadistas y hasta la poca seguridad de sus conclusiones. Se reunieron los datos que ahora se exponen por indicación de Juan Vallet de Goitiñolo, que presidía el Seminario, y también por sugestión suya se publican ahora. Carácter ocasional

y redacción precipitada que se alegan para explicar la forma y contenido de este trabajo. La razón o excusa de publicarse así, sin la debida reelaboración, es también subjetiva: la falta de tiempo para ello y la esperanza de que las fichas recogidas puedan ser útiles para algún estudioso que quiera y pueda continuar trabajando sobre el tema (1).

La materia objeto de estudio en el Seminario era la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950 (2), sobre eficacia de la promesa de venta, y, como cabía suponer, se suscitó en seguida la cuestión sobre la naturaleza jurídica del precontrato. La extensión del tema y lo numeroso de la bibliografía especial hacían difícil abordarlo en todas sus derivaciones y estudiando directamente todas las opiniones; por eso se partió de los dos estudios fundamentales publicados en España sobre el precontrato, el de Moro (3) y el de Alguer (4). También aquí estos trabajos servirán de punto de partida, porque lo seguro de su información libera del citar, hasta del referirse a las más de las teorías en ellos recogidas y expuestas. Así, cabe dirigir la atención, no a la diversidad de teorías, sino a las figuras jurídicas que lindan o se entrecruzan con el precontrato y que, por no haber sido entre sí claramente delimitadas, son quizá las que dan al precontrato ese su aire confuso, desdibujado y cambiante. Estas notas, comenzadas a redactar para señalar algunos casos en que la figura del

(1) La labor del Seminario comenzó con la exposición del ponente D. Manuel González Enriquez, de la S. T. S. de 1 de julio de 1950, de la jurisprudencia anterior y del estado de la doctrina; D. Sebastián Moro expuso la doctrina de su monografía sobre el precontrato; D. Juan Vallet se encargó de reproducir la *Crítica de Alguer* sobre las figuras del precontrato; intervinieron además en las discusiones los señores Cámara, Romero Vietez, Roan, López (Jerónimo), Díaz Picasso, Srs. Sánchez de Frutos.

En la penúltima sesión, al observar que parecía posible señalar algunos efectos jurídicos, que sólo podían explicarse admitiendo la independencia de la figura del precontrato, el Sr. Vallet me instó a que redactase, al respecto, unas notas para la próxima sesión del Seminario; por tener inexcusablemente que asistir a otra reunión en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, no pude hacer más que una exposición sucinta y atropellada de estas notas y, desgraciadamente, me fué imposible participar en la discusión que sobre ellas se entabló y ni siquiera conocer las opiniones allí mantenidas. Espero que la publicación de estas notas sirva para satisfacer, en parte, mi deuda con los asistentes al Seminario.

(2) En este mismo fascículo es comentada por D. Manuel González; sus consideraciones, precisas y atinadas, como siempre, son muy útiles para conocer el alcance de la Sentencia y su relación con el problema del precontrato; el lector atento advertirá discrepancias importantes con las conclusiones a que se llega en este estudio, pero no me ha sido posible ni recogerlas ni discutir las, porque ello hubiera significado rehacer lo ya redactado.

(3) MORO LEDESMA: *El precontrato. Notas para su estudio*. «R. C. D. I.», 10 (1934), págs. 1-14, 81-96, 161-180, 245-259, 321-336, 401-411, 481-494, 561-575, 651-660.

(4) ALGUER: *Para la crítica del concepto del precontrato*. «R. D. Pr.», 22 (1935), págs. 321-333, 369-384, 417-434; 23 (1936), págs. 1-15.

precontrato muestra su autonomía técnica, o sea, en los que revela sus efectos jurídicos propios, los no explicables por otras figuras jurídicas, por necesidad lógica, han venido a tratar, ante todo, como cuestión previa y decisiva, de la naturaleza y características de esas figuras afines y tantas veces confundidas con el precontrato, como son las obligaciones de hacer, la promesa de contratar, la condición de querer, la venta a prueba y la opción.

2. El tema del precontrato ha sido considerado, y no sin alguna razón, como un engendro del conceptualismo jurídico, alejado de la vida y que sólo se ocupa y preocupa de sutilezas y juegos de ingenio. Su estudio puede enseñarnos que las construcciones jurídicas, por más alejadas de la práctica que parezcan, siempre tienen interés para ésta, ya que, en el peor de los casos, vendrán a dificultar la resolución justa de las cuestiones reales, y, en cambio, si son adecuadas, servirán para hacer más exacta y flexible, más ajustada a las conveniencias de la realidad social, la aplicación del articulado de las leyes.

Para tener presente, desde el primer momento, la predicada conexión entre la teoría y la práctica, convendrá recordar algunos casos en que se plantee la cuestión de la naturaleza del precontrato: sirvan de ejemplo los siguientes:

a) *A* (copartícipe en la propiedad de una finca) declara convenir con *B* en venderle la parte que se le adjudique en la finca tal, a razón de tantas pesetas por hectárea, comprometiéndose a formalizar la venta por el precio total que resulte.

b) *A* arrienda a *B* una finca, obligándose a venderla a voluntad de *B*, durante el plazo de cinco años, por tal precio.

c) *A* vende a *B* por tantas pesetas el poder quedarse con el arrendamiento del balneario *X*, durante el plazo de tres meses, por tal alquiler y conforme a las cláusulas que se contienen en el proyecto de contrato que se conviene.

d) *A*, *B*, *C* y *D* convienen en formar una sociedad mercantil, cuyo objeto, aportaciones, etc., se detallan, obligándose a petición de cualquiera de los futuros socios a poner en marcha la sociedad, a elevar el contrato a escritura pública y a inscribirlo en el Registro Mercantil.

e) En el contrato de sociedad celebrado entre *A*, *B*, *C* y *D* se estipula que cualquier diferencia que ocurriese entre los socios se comprometen a que sea resuelta por *X*, y, en caso de que éste no se decida a actuar por sí sólo, a que cada parte nombre un representante, que en unión de *X* actúen como amigables compondores.

Estos contratos o pactos pueden originar bastantes cuestiones prácticas: ahora, para orientarse sobre el alcance de la discusión entablada en torno a la naturaleza de este contrato, bastará señalar una sola. ¿Al celebrarse el convenio, quedó vendida la cuota de *A* o la finca de *A*; constituida la sociedad; nombrado árbitro *X*? ¿Se ha obligado *A* a querer declarar o a declarar que

vende o arrienda, etc., a *B*, en las condiciones convenidas, cuando *B* se lo exija? ¿Vendió o arrendó *A* la cuota, las fincas o el balneario; se constituyó ya la sociedad o se constituyó árbitro a *X*, pero sometido ello a la condición de que *B* quiera? ¿Hay un contrato preparatorio que permite que *B* pueda exigir que se cumpla el contrato proyectado de venta, arrendamiento, sociedad o compromiso?

El interés de la respuesta que se dé es muy grande, porque afecta a la constitución de la titularidad, a la capacidad y forma exigible, al derecho a los frutos, etc., importando tanto a las partes como a los terceros. Para contestarla no hay duda que lo primero será averiguar cuál sea la verdadera voluntad de los contratantes; mas como esto rara vez será fácil, es preciso determinar cuál es su probable voluntad, lo que, como más racional y adecuado a sus fines, se ha de entender que probablemente han querido; y, después, será necesario señalar la figura jurídica que permita, por los cauces jurídicos adecuados, llegar a tal resultado hipotéticamente propuesto.

Al examinarse las distintas construcciones teóricas, no deben —por tanto— olvidarse los intereses prácticos, el respeto debido a la voluntad de los contratantes. Como dice con energía Moro: «La misión de las leyes y de la técnica se encamina a auxiliar a los hombres, y el valor e interés precioso de la ciencia jurídica lo vemos precisamente en esa misión.» (5)

Los autores que han tratado del precontrato se han preocupado precisamente de señalar esa su importancia práctica, y en especial se destaca su utilidad para preparar y asegurar situaciones jurídicas futuras, dejando en proyecto un contrato: compromiso que tendrá la eficacia inmediata de entregar a uno o a ambos contratantes el poder exigir la conversión de lo proyectado en contrato, y hacerle desde ese momento eficaz. Cuando, por ejemplo, se quiere asegurar la adquisición de la cosa que resulte de una división, pero no se quiere comprar una cuota; las cosas que adquiera una persona, pero sin que ésta actúe de mediador, ni haya venta de cosa futura; sin que la venta nazca, ni siquiera ya sometida a plazo o condición; también, en los pactos preparatorios para la constitución de una sociedad, fundación o asociación, en la suscripción de acciones, en la apertura de cuenta de crédito, en los contratos de suministro, cobertura o «forward contracts»; ya sea como contrato principal, ya como pacto agregado; formulados de modo explícito o que hay que inducir de los términos de lo convenido. Pero más elocuente que nada son las múltiples sentencias en que el Tribunal Supremo ha tenido que decidir sobre la existencia de un precontrato y la insistencia de la práctica en crear estipulaciones, mediante las que las partes quieren

(5) Loc. cit., pág. 66.

conciliar estos dos propósitos, no quedar, desde luego, vinculadas por el contrato que han proyectado y asegurarse de su eficacia, para el momento en que una de ellas o ambas así lo declaren querer.

II. *Los intentos de construcción jurídica del precontrato y las figuras jurídicas afines a la promesa de contrato.*

1. *Los ensayos de construcción teórica del precontrato.*—En términos muy generales, las construcciones teóricas del precontrato se inclinan a uno de estos dos polos: a) Considerarlo como un contrato de hacer: el querer o el hacer las declaraciones necesarias para que se perfeccione un nuevo contrato. Esto es, que el precontrato celebrado entre *A* y *B* obliga a uno y a otro a hacer las ofertas y aceptaciones recíprocas, necesarias para la perfección de una compraventa. b) Entender que el precontrato no se diferencia del contrato que prepara, sino que se trata de la ejecución de un contrato ya existente; que la promesa de venta de *A* en favor de *B* es ya una venta, sea pura o aplazada o sometida a la condición de que *B* quiera comprar.

Una y otra dirección se apoyan en poderosas razones, pero ambas llegan, parece, a resultados igualmente insatisfactorios. La causa de ello es también doble. De una parte, haber concentrado la atención en solo un lado del mecanismo del precontrato, los unos en la fase preparatoria (el llamado precontrato) y los otros en el resultado a que se proyecta llegar (el llamado contrato definitivo). La primera, separa con exceso las dos etapas del proceso de la relación obligatoria; la segunda, no advierte la sustantividad de la etapa previa y la absorbe en el contrato proyectado. Otra causa ha sido que una u otra dirección queda determinada o matizada por haber admitido como cierta una teoría equivocada o confusa sobre alguna figura jurídica sobre cuya naturaleza se postula y sirve de apoyo a la teoría o de la que se pretende distinguir al precontrato. Para mayor claridad de la exposición se comienza examinando esas dos direcciones doctrinales en conexión a las figuras afines al precontrato, lo que permitirá despejar el camino de dificultades y hará más fácil distinguir las particularidades del precontrato (6).

2. *La obligación de hacer un contrato.*—La distinción entre promesa de venta y el contrato de venta fué conocida desde los glosadores y desde muy antiguo se dice: «*Venditio aliud sit, aliud promissio vendendi.*» Para designar a las promesas de contrato, de vender, arrendar, etc., con un solo término, se utilizará rela-

(6) Al publicar-se estas notas se ha invertido el orden en que se prepararon para el Seminario las tres partes de que constan.

tivamente pronto la designación de «pactum de contrahendo», que se apoyaba en algún texto romano (7); ese nombre, la misma finalidad de la promesa (el contrato proyectado), hará que, al buscarse a este pacto innominado un encaje entre las figuras jurídicas, se estime que su contenido es el hacer un futuro contrato y que, por tanto, se ha contraído una obligación de hacer («facere oportere»). Esta dirección tendrá un éxito extraordinario; se aceptó expresa o tácitamente por la mayor parte de los antiguos autores, incluso por los que de hecho negaban sus resultados (8), los pandectistas alemanes la reciben y mantienen (9) y en la doctrina moderna se generaliza de tal modo que pudo ser considerada como la opinión común (10). Buen exponente de la teoría es la significativa definición que da Moro del precontrato: «Es un contrato que obliga a emitir una declaración de voluntad a una persona, que juntamente con la declaración que emita la otra parte integrarán los elementos del contrato principal que se proyecta.» (11)

Esta teoría choca con muy graves dificultades y de tal trascendencia que hacen dudar a parte de la doctrina respecto a la utilidad de la figura del precontrato, a su posible eficacia y hasta sobre su justificación doctrinal. Su examen crítico puede ser útil, no sólo para ver con más claridad los defectos de la teoría, sino también para explicarnos el nacimiento de las nuevas y contrarias direcciones teóricas sobre la naturaleza del precontrato.

a) «*Circuitus inutilis*».—Lo primero que repugnará al sentido práctico de los juristas es la superfluidad de esa obligación de hacer que se supone forma el contenido del precontrato. Al prometer *A* que venderá a *B* la parte que se le adjudique en tal finca, lo que le importa a *B* es que *A* quede obligado a entregarle la finca a cambio del pago del precio concertado; pero *B* ni ha pensado, ni querido, ni menos le interesa que *A* haga una nueva oferta de la finca y que acepte una nueva oferta del precio que le haga de nuevo *B*; le es indiferente una nueva voluntad o una nueva

(7) *Etiam si in contrahendo consistit*, D. 13, 4, 7.

(8) *Vide infra*, N. 10.

(9) Así, pueden citarse, REGELSBERGER: *Pandekten*, 1893, § 149, pág. 546; BRINZ: *Lehrbuch der Pandekten*, 2.ª ed., 1892, IV, § 574, págs. 324-326, y allí citados por LOTMAR.

(10) BIERMANN: *Bürgerliches Recht*, 1908, pág. 223; LEONHARD: *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.*, 1929, pág. 290; MESSINEO: *Dottrina generale del contratto*, 1948, pág. 204; *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1947, II, 138, pág. 180. También v. TÜRER: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1914, II, 62, pág. 494, al criticar el concepto de precontrato.

(11) Loc. cit., pág. 85. En esta dirección DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, 1930, II, pág. 125; BORRELL: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 1944, III, pág. 170; HERNÁNDEZ GIL: *Nota a S. T. S. 11 noviembre de 1943*, «R. G. L. J.», 176 (1944, septiembre), pág. 339; CASTÁN: *Derecho civil común y foral*, 1941, III, pág. 338; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, IV, 2, pág. 508; también en apariencia, aunque con esenciales variantes, ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 325.

declaración de *A*, lo que se quiso y quiere es que se cumpla la venta proyectada.

Probablemente se debe la primacia de esta crítica al canonista Juan Andrés (12), quien dice que quien promete obligarse por 100 en un día cierto, al llegar ese día puede ser obligado como si se hubiese obligado de presente, no habiendo necesidad de interponer una obligación especial distinta de obligarse, pues ello sería dar un rodeo inútil («*circuitus inutilis*»).

La doctrina antigua, aunque consideró de mucho peso la observación de Juan Andrés, no supo abandonar la teoría de la obligación de hacer, porque no encontraba, entonces, donde clasificar a la promesa de contrato conforme a los tipos romanos. Por ello, buscará de otro modo conseguir el efecto directo apetecido en el momento de la ejecución. A este resultado debió contribuir también el que Juan Andrés había previamente quitado interés práctico a sus observaciones, pues su teoría no daba a la promesa la apetecida eficacia de producir por sí la vinculación de cumplir lo prometido, pues siendo partidario de que las obligaciones de hacer—de presente y de futuro—obligaban sólo al *id quod interest*, le privaba de su principal significado práctico a la negativa del *circuitus*.

b) *Ejecutoriedad de la obligación de hacer*.—Incluida la promesa de contrato entre las obligaciones de hacer, había de repercutir en ella inmediatamente la grande y célebre discusión sobre la eficacia de las obligaciones de hacer. Ya los glosadores plantearon y discutieron esta cuestión: ¿Quién se obligó a hacer, podrá ser compelido por la fuerza a que haga lo que prometió? O bien: ¿Podrá liberarse indemnizando a la persona a quien se obligó y sólo a esto estará tenido? (13); duda que incluso se planteó respecto a la compraventa, pues, si el vendedor tiene la cosa y se niega a entregarla, se preguntan los autores: ¿tiene que hacer la tradición o sólo que indemnizar? (14). Los civilistas, si bien los

(12) *Additiones ad Speculum*, tit. de oblig. et solucio., in rub., col. 1; cita de muchos de nuestros antiguos autores.

(13) D. 42, 1, 13, § 1 dice: «quia non facit quod promissit, in pecuniam numeratam condemnatur: sicuti evenit in omnibus faciendi obligationibus». En la glosa se pregunta si se puede, entonces, obligar por coacción al hecho («sed an praecise ad factum potest compelli?»), y señala estas opiniones: HUGO, que entiende que sí; otros, que no; otros, que distinguen si otro puede hacerlo por él y entonces tiene que hacerse («praecise teneatur») y si no, no; glosa «obligationibus».

(14) La cuestión se plantea en torno a D. 19, 1, 1, que dice: «Si res vendita non traditur, in id quod interest, agitur: hoc est, quod rem habere interest emptoris. Hoc autem interdum pretium agreditur si pluris interest, quam res valet vel empta est». En la glosa «agitur» se pregunta qué sucede si el comprador quiere, precisamente, obtener la cosa que tiene el vendedor y se señalan las siguientes opiniones: 1, MARTINO, que dice que sí puede; 2, BULGARO, JUAN, AZO y HUGO, que siempre puede librarse el vendedor indemnizando, aunque tenga en su poder la cosa que vendió. La glosa magna se inclina primero a esta segunda opinión, diciendo que no se va contra lo conve-

más evitan una respuesta general y lógica, diciendo que el entregar la cosa debida por la compraventa es un «dare» y no un «facere», admitirán generalmente, siguiendo la opinión autorizada de Accursio (15), que las obligaciones de hacer no pueden ser ejecutadas coactivamente («nemo potest cogi praecise ad factum»), y que sólo puede imponerse coactivamente el que se indemnice, si no se hace lo prometido (16).

La repercusión de esta teoría sobre la doctrina del precontrato será muy importante. Llega a la consecuencia de que, por ejemplo, la promesa de vender una finca hecha por A a B, no concede a B la facultad de exigir judicialmente a A el cumplimiento del proyectado contrato de compraventa (entrega de la finca), sino que sólo podrá pedir la indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado el no entregársele la finca. Con ello se disminuye ciertamente la eficacia del precontrato y se le hace perder su interés práctico, pero, en cambio, se ofrecerá un importante argumento a los autores modernos partidarios de la distinción entre promesa de venta y compraventa, la de que mientras ésta permite exigir la entrega de la finca vendida, aquélla sólo daba acción a pedir indemnización de daños y perjuicios, o sea, pueden así aducir un claro carácter diferencial entre ambas figuras jurídicas.

Los canonistas, por el contrario, desoyendo la autoridad de Juan Andrés, y basándose—más que en la misma letra de los textos alegados (17)—en que, como dice Covarrubias, ello está más de acuerdo con la naturaleza de las cosas (18), que quien prometió hacer sea

nido (como observaba MARTINO) cuando se obra con licencia de la Ley («quod tantumdem valet»); pero, al final, agrega que si se quiere seguir la primera como más equitativa puede alegarse: «solvi aliud pro alio invito creditoris non potest». También se dice que no se puede exigir el precio al comprador si éste quiere dar el «interesse».

ACCURSIO considera a la «traditio» como un hacer, glosa a D. 45. 1. 68.

(15) D. 45. 1. 72: se dice que CELSO refiere que TUBERON estimaba que cuando se estipulaba hacer algo, si no se hace habrá que dar dinero («pecuniam dari oportere»), lo que comenta la glosa «dari oportere» diciendo: «id est interesse, nam ex omne stipulatione facti, tacite interesse stipulari videor, nisi fias», aduciendo la autoridad de Azo.

(16) ANTONIO GÓMEZ: *Variae Resolutiones*, ed. 1780, 2. 10. 22 (I. páginas 661-662); sobre las razones nuevas que aporta y sobre las excepciones que admite, infra: PARLADORIO: *Opera jurídica*, ed. 1734, *Rerum quotidianorum*, 1. 6, 2 (págs. 40-41). Todavía POTHIER la admite como indudable. *Traité des obligations*, 1. 2. 24. § 157 (*Oeuvres*, III, pág. 100).

(17) Se apoyan en el Sexto de las Decretales que dice, refiriéndose a un pacto celebrado entre padre e hija, hecho con juramento, y contrario al Derecho civil: «Omnia servari videtur», si se celebra sin fuerza ni dolo, y si no pone en peligro la salud eterna ni daña a tercero. In. 6.º, 1. 16. 2. También Decretales 1. 35. 3.

(18) «Juxta naturam actus». Conforme a la propia naturaleza de la obligación de hacer y citando la autoridad del Abad Panormitano, afirma que, en Derecho canónico, la promesa de hacer, aun hecha sin juramento, obliga coactivamente. *Relectio C. quancis pactum, de pact. in ó.*, 1. 4. 11. *Opera omnia*, ed. 1762, 1. pág. 332.

obligado a hacer si lo puede cumplir, entenderán que puede obligarse coactivamente al cumplimiento de la obligación de hacer (19). Esta solución, entienden los más de los autores españoles que era la adoptada por las Partidas, conforme en ésto al Derecho canónico y en contra del Derecho civil (romano); y así, como Derecho regio, y en base a diversos textos legales (20), se admite, de modo general, que es ejecutable coactivamente la acción de hacer, incluso mediante la compulsión por cárcel (21).

Esta doctrina canónica y española sobre la ejecutoriedad de las obligaciones de hacer, tendrá una gran importancia para aclarar el concepto del precontrato. Si realmente la promesa de contrato no es más que una promesa de hacer, para obligar a su cumplimiento habría de procederse igual que respecto a las demás obligaciones de hacer, esto es, habría de cominársele al deudor a hacer las debidas ofertas y aceptaciones y, si no cumple, sería necesario meterle en la cárcel por desacato al Tribunal, hasta que obedezca. No es éste el camino que sigue la práctica y la doctrina, cuando nos señalan cómo se ejecuta la promesa de contrato. La manera de proceder, se nos dice por autores de encontradas teorías sobre la eficacia de la obligación de hacer, será la siguiente: el obligado a hacer será requerido a cumplir, si no lo hace en el plazo que le haya señalado el Juez, este podrá tener por prestado

(19) JUAN GUTIÉRREZ señala ya, como regla recibida del Derecho canónico: «obligatus ad factum, si adimplere potest, praecise possit compelli ut faciat», *Tractatus de iuramento confirmatorio*, I, 39, I, *Operum*, ed. 1730, VI, página 171.

(20) Se cita a P. 5, II, 13; P. 5, II, 35; P. 5, II, 3; P. 5, II, 34; P. 3, 27, 4. También a N. R. 5, 3, 4 y 6.

(21) El estudio más completo y convincente sobre las leyes de Partidas es el de GUTIÉRREZ, loc. cit., § 5, VI, págs. 172-173; también SALGADO, *Liberyntus creditorum*, 3, 12, 17, ed. 1757, I, pág. 632; CARLEVAL: *Disputationum iuris variarum*, I, 1, 2, 8, 2, § 1021, ed. 1656, pág. 319, aunque sólo respecto a las contenidas en pactos garantizados: OLEA: *De cessione iurium et actionum*, 5, 8, § 9, ed. 1619, I, pág. 316, en donde dice que incluso el noble puede ser obligado por cárcel, si no «ex debito», si «ex delicto», por desobediencia al Juez; ACEVEDO: *Juris civilis in Hispaniae*, 5, 16, 2, § 42, ed. 1507, III, folio 356 vto. Doctrina que es la dominante al publicarse el Código civil, GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, III, pág. 47.

FONTANELLA señala que basta que la obligación de hacer lleve consigo como aneja una obligación de dar, para que sea ejecutable y recoge la observación de CASTILLO SOTOMAYOR de que la posibilidad de exigir la indemnización se da en favor del acreedor y en odio al deudor que no cumple, y cita, también, en este sentido, la sentencia de 5 de noviembre de 1548, *Sacri Regii Senatus Cataloniae decisiones*, 253, §§ 3, 12, 13, 27, ed. 1639, I, págs. 618-620. Los anotadores de ANTONIO GÓMEZ—que se separan también de la opinión de éste—recogen también la aguda observación de CASTILLO SOTOMAYOR (*De usufructu*, 13 § 13), loc. cit., págs. 675-676.

La reacción de la doctrina contra la teoría de la no ejecutoriedad es especialmente enérgica y acre en HUBER, *Praelectionum iuris civilis*, 3, 16, 5, ed. 1735, III, págs. 296-297.

el consentimiento, sin necesidad de más (22). Pero, entonces, ¿cómo explicar esta excepción al procedimiento normal? Y los autores dan distintas razones. Carleval, partidario de la ejecutoriedad, piensa que cuando el súbdito se niega a hacer el acto, el Juez, como su superior, puede suplirlo (23); Pothier, por su parte (que niega la ejecutoriedad de la obligación de hacer), señala que el objeto de la promesa de venta no es un hecho exterior y corporal de la persona del deudor y que, por ello, puede suplirse por la sentencia (24).

Esta flexión de la doctrina sobre la ejecución de las obligaciones, también repercutirá en las teorías sobre el precontrato. Por una parte, se hará más fácil admitir que la promesa de contrato obliga a los mismos efectos del contrato, pues se ha visto ya que no supone, respecto de ella, los peligros que tiene el utilizar la coacción en las verdaderas obligaciones de hacer; los que, hasta los tiempos modernos han hecho que se mantenga operante la vieja máxima de «*nemo potest cogi praecise ad factum*» (25). Pues la «verdadera y sutil razón» que alegrara en su favor Antonio Gómez, la de que «se vería conculcada la libertad y sería como una especie de esclavitud» (26), no se da entonces, ya que no hay violencia física ni pérdida de libertad (27). Mas, en cambio, queda al descubierto otro hecho, que ese hacer del promitente, supuesto contenido del contrato, es por completo superfluo. En efecto, si hay un hacer personal, no sustituible (28), que no se puede realizar sin la voluntad o contra la voluntad de una persona plenamente capaz, es el que ésta haga una oferta o que acepte la de otro; la sentencia judicial puede declarar que el consentimiento que se dice se debió prestar, se considera prestado, pero sigue faltando el hacer personal y el Juez no ha podido hacer ni la oferta ni la aceptación, sino imponer los efectos del contrato, como si las partes lo hubieran celebrado. El que se interponga un hacer fingido del Juez, indica ya que seguramente ese hacer que se dice debido, es también una ficción teórica y que, en verdad, a lo que se obligó el promitente no es a hacer un nuevo contrato, sino a cumplir el proyectado contrato, que ya se contiene en la misma promesa.

(22) CARLEVAL: LOC. CIT. I. 3. 3. § 31 (II. pág. 99); OLEA, 5. 8. §§ 20. 21. 23. I. págs. 318-319; SALGADO, 3. 12. 18. I. pág. 602.

(23) LOC. CIT.

(24) *Traité du contrat de Vente*, 6. 1. 1. 3. § 479. *Oeuvres*. IV. págs. 278-279.

(25) Hasta hace poco, en la doctrina y la práctica holandesa hubo grandes dificultades respecto a la ejecución de obligaciones, cuyo contenido fuesen prestaciones no consistentes en dinero. KAMPBUIZEN, en *Asser. Handleiden tot de boefening van het nederlandsch Burgerlijk Recht*, 1945. III. 1. págs. 159-161.

(26) *Variae Resolutiones*, 2. 10. 22 (I. págs. 661-662); son curiosas las excepciones que señala a la máxima, en favor del bien común.

(27) Argumento que utilizarán GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, 1928. II. página 131; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1946. II. pág. 412.

(28) Lo que, con imprecisión técnica, se suele llamar prestación fungible.

c) *El nuevo contrato a celebrar.*—La preocupación principal de los antiguos autores fué la de amparar las soluciones, que creían más justas o mejor adaptadas a las necesidades sociales, en algún texto del Derecho romano; el pandectismo alemán enseñó a los juristas, por el contrario, a cuidarse de hacer construcciones lógicas y coherentes y sea la que sea la mala herencia que nos ha dejado, no puede desconocerse que el buen uso y hasta el abuso de ese método ha dado ciertos buenos frutos, al menos al poner de manifiesto más de un absurdo. El precontrato, precisamente por su extraña contextura, atraería pronto el interés de los juristas, que ya no se podían contentar con señalar lo singular del «*facere*», que se dice ser su objeto (29), sino que han de tratar de averiguar cuál sea su íntima especial naturaleza. Y, ante todo, se plantea como previa e ineludible la pregunta: ¿El contrato de compraventa, que se dice se celebra o ha de celebrarse para cumplir la promesa de venta, es un verdadero contrato? •

Se advierte entonces que habría de admitirse un querer contractual del promitente, que no nace de su propia voluntad, sino de la promesa, un querer que no es libre, sino impuesto o suplido; una oferta del vendedor que éste no hace y una aceptación sin que haya oferta, sino exigencia y petición de cumplimiento de la promesa. El agudo sentido crítico de los entonces jóvenes juristas, no pudo menos de advertir esta anómala situación: y surge una importante corriente teórica que se niega a ver aquí un verdadero contrato. Alguer, la recoge brillantemente, y después de sentar la afirmación de que el fundamento del negocio jurídico —y, por tanto, del contrato— «es el principio de la autonomía privada, el poder del hombre de configurar y regular de manera libérrima, dentro del margen a que llega aquel principio, sus propias relaciones jurídicas» (30), concluye que, «en cambio, el contrato *debidido*, el contrato exigible por razón de una obligación preexistente representa una relajación del principio», «es algo un tanto distinto de un contrato puro y simple» (31).

Al mismo convencimiento se llega si nos fijamos en la estructura y significado técnico del contrato. La base del contrato está en el «*con-sensus*», cuando las partes se ponen de acuerdo, «*ex diversis animi motibus in unum consentiunt*» (32), «por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» (art. 1.262, Código civil). Esto explica que no sea en el momento en que se exige el cumplimiento de la promesa cuando es preciso que exista el consentimiento, ni la capacidad del promitente y tampoco en el que se apreciarán los vicios de voluntad de los contratantes; el momento es anterior,

(29) BRINZ. loc. cit., IV, § 574, pág. 326.

(30) Loc. cit., R. D. Pr. 22 (1935, diciembre), pág. 422.

(31) Id. id., pág. 423.

(32) D. 2. 14. 1. 3.

es aquel en que el proyecto de contrato se hizo contenido de la promesa. También —y fué ello advertido ya por Juan Gutiérrez (33)— hay que tener en cuenta la especialidad de la consumación del contrato de promesa; conforme a la teoría criticada, sería ineludible para la perfección de un nuevo contrato, las nuevas ofertas y aceptaciones correspondientes; por tanto, si reclamado el cumplimiento de la promesa de venta el obligado se niega a «nuevos tratos» y simplemente entrega la cosa a cambio del precio, habría incumplimiento de la promesa y la cosa o precio entregados podrían reclamarse como indebidos. Este resultado lo consideraba Gutiérrez, y lo estima la práctica, iradmisíble y para evitarlo se entiende que la entrega de la cosa y el precio hacen que se contraiga la venta «ex tacito consensu»; pero, si esto es así, queda una vez más demostrado lo ficticio de ese contrato, de esa obligación de contratar, y lo innecesario e inconveniente que es añadir esa pieza extraña a la promesa de contrato (34).

d) *Obligación de desenvolver las líneas básicas de un contrato*.—La idea de Degenkolb de que el precontrato origina una obligación dirigida a la *cooperación* para la conclusión del contrato principal (35) ha servido de punto de partida, al menos nominal, para una ingeniosa teoría; la fórmula Roca diciendo, que por el precontrato se «sientan las líneas básicas de un contrato específico y contraen la obligación de desenvolverlas o desarrollarlas en lo futuro, a fin de que aquel último quede en definitiva completo y concluso» (36). Atractiva sugestión, que parece, en una primera consideración, que permitirá escapar del dilema en que generalmente se encierra la doctrina, pues el precontrato no originaría una obligación de contratar ni se identificaría con el contrato proyectado o definitivo.

Es de temer que tampoco esta teoría resulte completamente satisfactoria. Ante todo, se advierte que ninguno de los casos puestos antes como ejemplos de precontrato, ni los citados por los autores, ni los decididos por la doctrina jurisprudencial serían precontratos, según el concepto de Roca: ya que, en todos ellos, el contrato proyectado se nos ofrece completamente desarrollado y sin que necesite de otra cooperación que la de que una de las partes pida su cumplimiento y la otra no obstaculice o sufra («patio») este cumplimiento.

No obstante la observación anterior, cabe todavía preguntarse

(33) *Practicarum questionum civilium*, VI (*De gabellis*), 47. *Opera omnia*, III, pág. 122.

(34) Por estas causas la moderna doctrina alemana ha abandonado la teoría de que el precontrato contenga una obligación de hacer o de contratar: vide ENNECERUS, I, § 153, IV, pág. 410; LEHMANN, § 33, IV, pág. 234.

(35) Una exposición bastante detallada de su teoría en ALGUER, loc. cit., R. D. Pr. 22 (1935, noviembre), pág. 370.

(36) *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 324; se desarrolla la misma idea en págs. 321 y sigs.

si la misma construcción jurídica propuesta es viable. Hay que partir del hecho de que, para la validez del precontrato, se precisa que el proyecto de contrato que contiene, reúna todos los elementos esenciales requeridos por tal contrato (37), pues «la insuficiencia de las bases fundamentales», como señala bien Roca (38), será obstáculo insuperable para la eficacia del precontrato: por ejemplo, en el precontrato o promesa de compraventa será necesario que haya habido conformidad en la cosa y en el precio (artículos 1.445 y 1.451 del Código civil). Existiendo este acuerdo, ¿será necesario pactar después algo más?, ¿se requiere una colaboración de las partes para desarrollar este contrato? La necesidad no existe, porque los extremos no esenciales y no regulados—por ejemplo, momento y gastos de la entrega, saneamiento, etc.—lo serán automáticamente por las reglas del Derecho dispositivo. Todavía puede preguntarse: «¿Cabrán pactar que algunos extremos del contrato serán después desarrollados en un nuevo convenio? Por ejemplo, se acuerda que posteriormente las partes decidirán el plazo o plazos en que habrá de pagarse el precio, si se somete la venta o no a la condición de que se construya la carretera proyectada que pasaría por la finca, si el vendedor responderá o no por evicción y vicios ocultos. En tales supuestos, parece difícil pensar que haya un precontrato ni otro vínculo consensual; habrá sólo tratos preliminares que, a lo más, pueden originar responsabilidad extracontractual; el llamado desarrollo será acuerdo sobre el contenido total del contrato y, por lo tanto, el único eficaz (39).

No cabría siquiera suponer que había acuerdo sobre todos los extremos de un contrato menos uno, y sobre éste versaría el desarrollo, porque no es posible dividir el contenido de un mismo consentimiento contractual, como tampoco es posible dividir su causa; en fin, no sería dable decir que el contrato quedaria condicionado al ponerse o no de acuerdo sobre tales extremos o desarrollo, pues como acuerdo dependería de la voluntad de cada uno de los deudores (art. 1.115 del Código civil) y resultaría incompatible con la seriedad judicial admitir la existencia de un vínculo, que podría ser frustrado por la voluntad de cualquiera de los supuestos obligados.

La falta de acuerdo, por último, no puede ser remediada por el Juez, pues éste no puede desplazar ni sustituir a una de las partes, cuando se trata precisamente de crear el vínculo contractual. Hasta en el caso de que las partes, voluntariamente, desarro-

(37) La opinión contraria, no obstante la autoridad de los que la defienden (DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 127; CASTÁN, *Derecho civil*, III, pág. 342), no parece defendible, por las razones que después se indican.

(38) *Loc. cit.*, I, pág. 333.

(39) «Sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo aliquid emptio imperfecta est». D. 18, 1, 9.

bien el proyecto de contrato (apartándose así del modelo legal), caben estas dos hipótesis: que en el llamado precontrato se hubiesen convenido los principales requisitos, haciéndose depender el vínculo contractual de ese desarrollo o complemento, y entonces hay simples tratos y no hubo precontrato; o bien existió un verdadero precontrato, pues pactados los requisitos esenciales quedó inmediatamente constituido el vínculo, y, después, se «desarrollan» sus reglas, mediante nuevos acuerdos, en detalladas cláusulas; entonces se ha cumplido el precontrato, pero mediante un *nuevo* contrato se ha modificado, reglamentando o novado la relación obligatoria que proyectara el precontrato (40).

El «desarrollo» contractual de que habla Roca no es un desarrollo matemático o lógico, ni una cooperación material; es un «desenvolvimiento» jurídico, que significa la redacción de cláusulas, nuevas reglas que excluyen a las de Derecho dispositivo y, por tanto, una innovación en la relación contractual, que cualquiera que sea su trascendencia ha de ser producida por un nuevo consentimiento contractual.

3. *La existencia del precontrato.*—La existencia de una promesa de contrato, como distinta del contrato prometido, se admitió por la mayor parte de los autores antiguos. No deja de haber voces contrarias que, basándose en el argumento y autoridad de Juan Andrés, creen idéntica la venta a la promesa de venta. En la época moderna, autores que, como Narbona, se inclinan en favor de la distinción, citan con respeto la opinión de Surdus, que dice que ella «procede más de la sutileza jurídica que de la verdad de los hechos» (41); y Olea, que hará un cuidadoso y casi exhaustivo estudio de las diferencias entre la promesa de contrato y el contrato, comienza diciendo que es «una cuestión casi insoluble» (42). Ello no obstante, puede decirse que la opinión común

(40) Comp. S. T. S. 11 octubre 1899, 18 mayo 1908 (no hay contrato si se añade: «en las condiciones que se convinieren»), 18 marzo 1911, 16 abril 1941. Jurisprudencia inglesa en el mismo sentido, citada en SALMOND, WILLIAMS, *Principles of the Law of contracts*, 1945, págs. 195-198.

ROCA rechaza—con razón a mi parecer—la fórmula A + B prometen contratar (todo el contrato) y propone la de A + B prometen contratar el desarrollo del contrato (parte del contrato): así no se suprime ni cambia la naturaleza de la dificultad, se crea la ilusión de haberse disminuido su magnitud, alejándola tan solo; y no basta añadir unos lados al polígono para cuadrar el círculo.

Utiliza ROCA el símil de la Ley de Bases, que necesita otra que la desarrolle o desenvuelva (id., pág. 331), brillante comparación que señala el principal obstáculo con que choca la teoría de ROCA: pues la eficacia de las Leyes de Bases está en que convienen varios (el Parlamento) en estar y pasar por el desarrollo que otro (el Gobierno) dé a las bases concertadas; si fuesen las mismas partes (el Parlamento) las que tuviesen que ponerse de acuerdo sobre el desarrollo de lo convenido, no habría Ley de Bases, y si el desarrollo fuese necesario, tampoco habría ni Ley de Bases, ni Ley, ni acuerdo eficaz.

(41) PETRUS SURDUS, *Consilia*, IV, 457, § 13; NARBONA, *Commentaria in tertiam partem Novae Recopilatione Hispaniae*, id., 1624, l. 7, 20, gl. 3, § 13, página 72.

(42) Loc. cit., l. 6, l. I, pág. 34.

de los autores, hasta la época contemporánea, admitió terminantemente la independencia de la figura jurídica del precontrato; en los tiempos modernos la situación ha cambiado, y tanto, que ha habido un momento en que pudo creerse dominante la teoría negadora del precontrato.

La negación del precontrato se ha basado en que éste no se puede distinguir del contrato que prepara, en que la promesa de compraventa es compraventa, o bien se afirma que no es otra cosa que una modalidad del contrato principal, la de su sumisión a la condición de querer, o, en fin, que está comprendido en otras figuras jurídicas, como en la de la opción. El estudio de estas observaciones puede servir no sólo para saber si tiene sustantividad propia el concepto del precontrato, sino para fijar, en todo caso, su perfil y fronteras.

a) *La promesa de vender y la venta.*—Una de las causas más importantes de las vacilaciones de parte de la doctrina respecto al precontrato, ha sido el artículo 1.589 del Código civil francés, que dice: «La promesa de venta vale venta, cuando hay consentimiento de las dos partes sobre la cosa y sobre el precio.» Su prestigio parece un momento amenazar al viejo axioma *venditio aliud sit, aliud promissio vendendi* (43), y con ello, crear un nuevo prejuicio. Como justificación y explicación de la nueva regla, en la Exposición de Motivos, Portalis dice: «Se encuentra, efectivamente, en tal caso, todo lo que es de la substancia del *contrato de venta*» (44); con lo que parece claro que se abandona la doctrina de Pothier (45), y aceptando la de Juan Andrés y sus seguidores, se suprimen el rodeo ocioso (*circuitus inutilis*) y las sutilezas jurídicas, y se hace que quien prometió vender se encuentre con que ha vendido.

El resultado obtenido por este acortamiento podría ser gravísimo, tendría efectos de verdadero cortacircuito para el Derecho francés, ya que la promesa de venta—toda promesa de venta—hubiese producido, según su sistema, la transmisión inmediata de la cosa que se prometió vender (46). La doctrina francesa ha he-

(43) Mantenido en nuestro Derecho de modo general: NARBONA, loc. cit., N. R. 1, 7, 29, gl. 3, gl. 13, pág. 72; OLEA, loc. cit., 1, 6, 1-47, I, págs. 34-39; DIEGO PÉREZ, O. R. 5, 1, I, II, pág. 898; JUAN GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum*, 6, 47, III, págs. 122-124; *Tractatus de iustellis*, 2, 5, 64-67, VIII, páginas 143-144 y allí citados; FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, cl. 4, gl. 9, pte. 4, § 20-23, I, págs. 150-152; HERMOSILLA, P. 5, 5, 10, gl. 1, § 4, II, fol. 62 vto.; GUZMÁN, *De evictionibus*, 35, § 83, fol. 220 vto.

(44) Subrayado por PORTALIS; cita a pie de página a COCHIN, VI, pág. 160. *Code civil, suivi de l'exposé des Motifs*, &, 1820, VI, pág. 8.

(45) *Traité du contrat de vente*, 6, 1, 1, § 476; *Oeuvres*, IV, págs. 276 y siguientes.

(46) Pues, según el art. 1.583 del C. c. francés, convenidos la cosa y el precio, la venta es perfecta y de derecho adquiere el comprador la propiedad del vendedor. Lo que explica PORTALIS diciendo: «de Derecho se produce por el contrato la transmisión del derecho», loc. cit., VI, pág. 7.

cho lo imposible para evitar este injusto resultado, y cerrando los ojos a lo que escribiera Portalis, y de espaldas a la letra del artículo, ha razonado que no se refiere para nada a la promesa de venta unilateral (47) y, luego, que tampoco afecta al caso en que haya «en el mismo convenio promesa de vender y de comprar la misma cosa, reservándose cada una de las partes realizar la venta por su sola voluntad» (48). Evolución doctrinal muy justificada, ya que admitida la eficacia de la promesa de A de venderle a B la finca que resulte de la partición, no hay razón para no aceptar la promesa de B de comprarle a A la finca que resulte de la partición, cuando ambas promesas se hagan a la vez y queden unidas sinalagmáticamente. Lo que ciertamente puede importar mucho a las partes y origina efectos jurídicos bien distintos que la compraventa. Este modo de proceder de la doctrina francesa es una corroboración bien expresiva del acierto de Moro al decir: «Parece de notoria injusticia que frente a la voluntad clara y expresa de los contratantes de querer celebrar solamente un contrato preparatorio que se convierta en definitivo por la circunstancia de reunir los requisitos propios al contrato principal» (49).

En nuestro Derecho, la cuestión se presenta de modo distinto que en el francés, porque el artículo 1.451 del Código civil distingue claramente los conceptos de promesa de vender o comprar y la compraventa, señalándole regulación distinta; las primeras por el artículo 1.451 y las reglas generales de las obligaciones y contratos, la segunda por las disposiciones especiales del título IV. El afrancesamiento de los comentaristas del Código y de sus primeros tratadistas hizo, sin embargo, que se entendiera nuestro artículo como si fuera el francés y que se negara la existencia de la promesa bilateral, diciéndose que tiene el mismo valor que la misma compraventa (50). Pero, afortunadamente, la doctrina y la práctica han abandonado esta equivocada interpretación.

Para la generalidad de nuestra antigua doctrina, no había duda respecto a la diferencia entre la promesa de venta y la compraventa, entre la promesa de contrato y el contrato prometido (51); lo que les preocupa es señalar en qué caso—como en la promesa

(47) PLANTOL, *Traité élémentaire*, II, § 1.400, pág. 521; JOSSEKAND, *Cours de Droit civil positif français*, 1933, II, § 1.069, pág. 561; GAUDEMET, *Traité général des obligations*, 1937, pág. 267; COLIN, CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, 1925, IV, pág. 21.

(48) ESMEIN en PLANTOL, RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, 1930, VI, § 144, pág. 192, también pág. 190; BONNECASE, *Précis de Droit civil*, 1934, II, § 690, pág. 532.

(49) Loc. cit., pág. 411.

(50) MUCIUS SCAEVOLA, ed. 1906, XXIII, pág. 329; MANRESA, ed. 1905, X, página 69; DE BUEN, Notas a Colin y Capitant, IV, pág. 67; DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 126.

(51) Vide autores citados en la nota 43.

de donar—no es posible la distinción (52) y cuáles son los efectos jurídicos específicos de la promesa, los que la diferencian del contrato prometido, por ejemplo, respecto a la creación de un título a la propiedad, al pago de impuestos por venta (gabela), a la forma, a la pena (venta prohibida) y a la capacidad (53). También la doctrina inmediatamente anterior al Código civil reconoció de modo terminante la sustantividad de la promesa, señalándose expresamente que es «un contrato precursor de otro y que nos da, por lo tanto, derecho para reclamar el otorgamiento del segundo» (54), e indicándose que «a todos puede servir de preliminar; los de mayor gravedad se celebran aceptando esta especie de compromiso: la compra-venta, la sociedad, el mutuo pueden ser una promesa antes de llegar a constituir un contrato especial» (55).

Al redactarse el proyecto de Código civil de 1851, su artículo 1.373 reproduce, acentuándolo, el artículo 1.589 francés, diciéndose: «La promesa de *vender o comprar*, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a contrato *perfecto* de compra y venta». Ello no obstante, García Goyena se pregunta si la promesa basta para transferir la propiedad de la cosa y los riesgos y dice—la Comisión General de Códigos opinó lo mismo—que no podía ser, pues entonces se deberían los frutos del tiempo que medie entre la promesa y la venta (56).

La jurisprudencia se ha manifestado, con clara unanimidad, de acuerdo con los antecedentes históricos, en favor de la sustantividad de la promesa unilateral de venta (57), de la promesa de otros contratos (58) y, sobre todo, de la diferencia entre la pro-

(52) Así FONTANELLA. *De Pactis*, cl. 4. gl. 9. pte. 4. §§ 32-33. I. pág. 151: HERMOSILLA, P. 5. 4. 4. gl. 1. I. fol. 245 vto.

OLEA distingue la promesa en la cesión, mutuo, venta, novación, renuncia, dote, profesión, nombramiento, I. 6. 37. I. pág. 33; FONTANELLA distingue la promesa en la venta, arrendamiento, ratificación, fianza, mutuo, cesión, contratar, revocar, recibir mujer, infeudar, dotar, instituir heredero, enajenar, asignar, dar en pago, transigir, someterse, permutar, loc. cit., § 20. I. pág. 150.

(53) Así OLEA, loc. cit., §§ 35-47. págs. 35-39; sobre el pago de gabela, extensamente. JUAN GUTIÉRREZ. *Prac. Quaest.*, 6. 47. §§ 8-17. III. págs. 122-124; sobre capacidad. J. GUTIÉRREZ, *Tract. de iustis*, 2. 5. 64. VIII. págs. 143 y siguientes; sobre la promesa de cesión. GUZMÁN, *De reuictionibus*. 35. § 83. folio 220 vto.

(54) GÓMEZ DE LA SERNA. MONTALBÁN. *Elementos de Derecho civil*. 1851. II. página 288.

(55) GUTIÉRREZ (Benito). *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1869. V. pág. 11.

(56) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. 1852. III. pág. 363; además, reproduce y parece hacerla suya, la frase de POTHIER: «Hay una gran diferencia entre la promesa de vender y la venta misma.»

(57) S. T. S. 7 octubre 1896. 12 noviembre 1898. 25 enero 1913. 23 junio 1915. 31 enero 1921. 7 febrero 1945. 6 marzo 1947.

(58) Respecto al de sociedad: S. T. S. 5 julio 1940. 9 julio 1940. 16 abril 1941; respecto a la cláusula compromisoria: S. T. S. 28 octubre 1921. 28 abril 1927. 24 marzo 1947; compárese S. T. S. 21 junio 1946.

mesa bilateral de compraventa y la compraventa misma (59); y tanto ha sido el valor dado a la promesa bilateral de compraventa, que algunas sentencias recientes quieren reservar para ella el nombre de promesa, dando a la unilateral el de opción (60). Esta postura de la jurisprudencia coincide con la tendencia doctrinal de centrar el problema del precontrato en la distinción entre la promesa de venta y la compraventa (61); con lo que, al afirmar la jurisprudencia no sólo la separación conceptual entre promesa de compraventa y compraventa, sino también la diferencia notable entre los efectos jurídicos atribuibles a una y a otra, se ha venido a consagrar la importancia práctica de la distinción (62) y a darse una nueva y firme base a la corriente doctrinal que sostiene la independencia de la figura del precontrato.

b) *La condición de querer*.—De toda la incisiva crítica hecha por Alguer al concepto de precontrato, su observación más fecunda es seguramente la de decir: Cuando las partes hacen depender el efecto de que una de ellas lo quiera y declare ulteriormente, se tratará de un contrato bajo condición *si volet* o de un derecho de opción (63). Porque aquí está en cuestión la esencia misma del precontrato y porque las dificultades que hoy todavía encuentra la ciencia jurídica para averiguar lo que es el precontrato son paralelas a las que se quisieron salvar admitiendo la condición de querer. El mejor camino para saber lo que es el precontrato puede ser descubrir lo que es y lo que no es esa condición de querer: por ello parece imprescindible estudiarla con algún detenimiento. Simplemente planteada la cuestión, se reduce a esto: ¿Será válido el contrato de donación en el que digo te regalo 100 si luego yo quiero?: ¿te vendo mi finca si luego yo quiero? En el Derecho

(59) Ya la S. T. S. de 13 febrero 1897 dijo que «uno es el concepto de la promesa de venta con arreglo al artículo 1.451 y otro el de compraventa expresado en el 1.450 y diversos sus efectos». S. T. S. 11 mayo 1861, 15 junio 1896, 18 enero 1900, 6 diciembre 1904, 14 noviembre 1924, 27 marzo 1926, 14 noviembre 1927, 11 noviembre 1943, 28 marzo 1944. También: S. T. S. 11 octubre 1899, 18 marzo 1911, 24 diciembre 1920, 31 enero 1921, 10 marzo 1928, 16 noviembre 1931, 15 marzo 1945. Las S. T. S. 1 enero 1930, 13 diciembre 1935, 19 octubre 1946, 26 octubre 1946 y 6 marzo 1947, se ocupan de la interpretación de cláusulas contractuales, para averiguar si deben calificarse de promesa o venta. En alguna S. T. S. se usa el nombre de promesa para la compraventa (10 enero 1901), y en la S. T. S. 4 febrero 1911 se dice que es indiferente para la decisión del caso que se trate de promesa o venta. Sobre la diferencia entre la promesa de venta y el *pactum reservati domini*. S. T. S. 13 diciembre 1935.

(60) S. T. S. 23 marzo 1945, 10 julio 1946, 18 enero 1947.

(61) CASTRÍN, loc. cit., III, pág. 347; ANOTADORES trad. Enneccerus, 2.^a ed., 1950, II, 2, pág. 27.

(62) Respecto a la transmisión de derechos, S. T. S. 13 febrero 1897, 6 diciembre 1904, 10 marzo 1928; respecto a la aplicación del art. 1.124, S. T. S. 14 noviembre 1927, 11 noviembre 1943; sobre plazo del retracto, S. T. S. 10 marzo 1911.

(63) Loc. cit., R. D. Pr. 1936, pág. 14.

romano, la condición *si voles, si volueris, si volam*, hacía nula la obligación así constituida, anulando el negocio a que se agregaba (64).

La doctrina antigua ya se dió cuenta de las dificultades que podían originarse en esta materia. La primera, la de establecer un límite exacto entre la condición potestativa permitida, cuando se trataba de un acto tan fácil que parecía depender casi solamente de la voluntad (si subes al Capitolio) y la condición potestativa pura (si quieres); y se fijó por los autores en que cuando se trataba de una condición *in facto a voluntate pendenti* era eficaz, pero, en cambio, cuando consistía en el *merum arbitrium, in ipsa et mera voluntate*, hacía nulo el contrato. La otra dificultad era la justificación de la compra a gusto o a prueba y su concordancia con la prohibición de la condición de querer; que la mayor parte de la doctrina resuelve, considerando aquel contrato, como una excepción. Pero ni ésta ni aquella solución son ni muy firmes ni bastante convenientes, y, por ello, hacen posible la posterior reacción de la doctrina, abandonándolas y admitiendo la condición de querer.

Los primeros pandectistas están de acuerdo en rechazar la posibilidad de la condición de querer, y con toda energía se dirá por Windscheid que «contiene una contradicción interna, porque se quiere someter y a la vez no someter, fundar una obligación y a la vez no fundarla» (65); Brinz señala que la decisión (la voluntad interna completa) es también necesaria en el negocio condicionado, y falta en la condición *si volueris* (66); y Regelsberger advierte que hay una declaración de voluntad incompleta (67). Doctrina lógica y coherente, porque si bien la voluntad o la declaración pueden concebirse sometidas en su eficacia a una *conditio facti*, no se ve cómo una decisión actual puede depender de una decisión futura.

Uno de los primeros autores que rompe la uniformidad de la doctrina fué, según parece, Dernburg, quien admite la condición de querer, limitándose a decir que la compraventa a prueba está reconocida por la vida práctica y por las fuentes, pues la declaración de gustar o no gustar queda al libre arbitrio del comprador; que así se evita una nueva forma, una nueva aceptación y que en los contratos consensuales una parte se obliga en firme, mientras la otra parte se reserva su decisión (68). Hölder, por su parte, se contenta con decir que no se puede negar eficacia a la condición

(64) D. 18, 1, 7; D. 44, 7, 8; D. 45, 1, 17; D. 45, 1, 46, 3; D. 45, 1, 10, 1 (sobre la estipulación); D. 18, 1, 7; C. 4, 38, 13 (sobre la venta).

(65) I, § 93, pág. 234.

(66) IV, § 539, pág. 136.

(67) Loc. cit., pág. 566.

(68) *Pandekten*, ed. 1900, I, § 108, págs. 251, 252. Sobre los matices de su teoría, en sus distintas obras y ediciones, WALSMANN, *Ein Beitrag zur Lehre von der Willensbedingung*, J. J. 54 (1909), págs. 200-203.

de que apruebe el obligado, porque si no se habría de negar la dependencia de un negocio de la *ratihabitio* del obligado (69).

De este modo—como dice Walsmann—, sin verdadera motivación (70), se abandona la doctrina común y se acepta por buena parte de los autores alemanes la eficacia de la condición de querer (71). La razón para ello fué, probablemente, de orden práctico: buscar encaje jurídico a una serie de casos que pensaban no lo podían tener de otro modo, por dejarlos desamparados, o, sin eficacia suficiente, la teoría de la obligación de hacer respecto al precontrato. Pero, para poner orden en esta embrollada cuestión, será preciso tratar antes de la naturaleza jurídica de esta extraña condición, y sólo después, de la relación entre el precontrato y la condición de querer.

Windscheid había señalado una excepción a la general ineficacia, o, mejor dicho, a la doble eficacia anuladora—*vitiatur et vitiat*—de la condición de querer, respecto a los negocios bilaterales, diciendo que no se hace nulo por completo el negocio porque uno de los contratantes se haya obligado bajo tal condición. Su razonamiento es éste: si bien este contratante (el obligado si quiere) no queda obligado, el otro sí lo está, pues las obligaciones que crea el contrato no son tan interdependientes que no pueda existir la una sin la otra, sino que puede cada una de las obligaciones nacidas existir separada de la otra, sólo que no puede ninguna de las partes exigir el cumplimiento sin prestar por su parte lo que haya prometido (72).

Este argumento, que será decisivo para toda la teoría posterior, merece una especial consideración. Aplicada a la compraventa, resultaría que si el comprador se obliga bajo la condición *si voluero* existiría la compraventa, porque quedaba obligado el

(69) *Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1900. página 345; *Zur Lehre von der Willensbedingung*, J. J. 56 (1910), págs. 417 y sigs.; ya en *Pandekten*, 1886. págs. 258 y sigs., 261.

(70) Loc. cit., pág. 200.

(71) La nueva dirección fué aceptada por los autores de los principales comentarios del Código civil alemán (PLANCK, I, § 158, 8; STAUDINGER, I, nota previa a § 158, 6) y de algunos de los más influyentes tratados (ENNECCERUS, I, § 181, IV, 3; BIERMANN, I, § 80, pág. 205), y aunque combatida en algunas obras importantes (ENDEMANN, I, § 76, 3; CROME, I, 436), será generalmente aceptada (v. TEHR, III, págs. 275-277; *Tratado de las obligaciones*, II, páginas 216-217; OERTMANN, § 158, pág. 579; LEHMANN, § 35, IV, pág. 273; EHRENZWEIG, I, § 95, pág. 227). Debe advertirse que esta teoría no consiguió la unanimidad, pues fué rechazada en los principales estudios especiales hechos sobre la cuestión (WALSMANN, loc. cit.; RAAPE, *Willensbedingung*, Festschrift für Brunneck, 1912; HENTLE, § 41, págs. 310 y sigs.), y que en su forma predominante admite—siguiendo a WINDSCHEID—la condición de querer sólo para los negocios bilaterales. En España, BORRELL, III, § 283, pág. 169; CASTÁN, respecto a la compra a prueba, III, pág. 26, al re-racto, III, pág. 61, en general, II, pág. 500; PUIG, IV, 2, págs. 97, 100, N. 2; ANOTADORES Enneccerus, I, 2, pág. 326; 2.ª ed. (1950), págs. 336-337.

(72) I, § 93, pág. 234.

vendedor a entregar la cosa por el precio, aunque el comprador no queda obligado a entregar el precio ni a nada. Mas si esto fuese realmente así, la conclusión sería que no habría contrato de compraventa; si es que—como hace también Windscheid—se mantiene el concepto de la venta como contrato bilateral (73). La compraventa es el contrato por el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto (art. 1.445 Código civil); si el comprador no quedó obligado a pagar el precio cierto, falta la causa de la compraventa (art. 1.274 Código civil) y la compraventa no llegó a existir. Y una situación jurídica más insostenible aún resulta cuando el comprador y el vendedor—¿por qué no?—compran y venden bajo la condición de querer; ¿ninguno de los dos queda obligado?. ¿hay, a pesar de ello, una relación contractual de venta?

No obstante, lo poco firme del razonamiento de Windscheid, tal y como lo enuncia, señala certeramente la dificultad y apunta la solución jurídica para estas situaciones; en cuanto hace buscar el vínculo que permite hablar de relación contractual, no en el contrato de compraventa, que todavía no existe, sino en un vínculo previo (precontrato), que liga al obligado a vender a entregar la cosa por el precio convenido a la otra parte, si ésta lo exige.

Enneccerus no duda tampoco en admitir la condición de querer, en cuanto que la voluntad se dirige a crear el efecto jurídico mediante la declaración actual, para el caso de la posterior aprobación, y ofrece, como único apoyo de su teoría, estos ejemplos: venta de un predio por escritura pública bajo la condición de que el comprador (que parte de viaje) telegrafe al día siguiente su aprobación; promesa de donación en escritura pública bajo condición de posterior aprobación sin forma (74). La importancia práctica de la cuestión queda así clara, pero también la inadmisibilidad de la solución propuesta. Los negocios formales (como lo es en Derecho alemán la enajenación y en el español la donación de fincas), requieren que la forma ampare todo su contenido (art. 633 Código civil), y sería desconocer la razón de ser aquí la forma (advertir de la importancia de la decisión tomada) y abrir un hueco por el que se introdujere el fraude a la ley el que se aceptase la teoría de Enneccerus. Pero, aparte de esto, lo que importa señalar es que antes de la aprobación no hay venta ni donación, pues ni comprador ni donante quedaron obligados, y que aunque se le llame venta o donación condicionada, tampoco quedaron ligados el vendedor ni el donatario.

La asimilación hecha por Hölder entre la condición de querer y la aceptación, en especial también con la confirmación y con el consentimiento o aprobación de una tercera persona (75), supone

(73) *Pandekten*, II. § 385. pág. 407; § 320, pág. 204.

(74) I. § 181. pág. 495; trad. esp., I, 2, pág. 319.

(75) Añade que parece más arriesgado hacer depender un negocio jurídico de la aprobación ajena que de la propia aprobación, J. J. 56 (1910). pág. 151.

una confusión técnica, no por frecuente menos condenable, entre la *conditio facili* y la *conditio iuris*. El negocio del menor no queda condicionado a su confirmación cuando llegue a ser mayor, ni por la ratificación del tutor, es un negocio puro aunque viciado, su dependencia de la *sanatio* tiene otro sentido y efectos que la dependencia de un negocio respecto de una condición verdadera.

Más razón hay para rechazar la figura jurídica de la condición de querer, que la de la señalada insuficiencia de las razones con que hasta ahora se trata de justificar, cuando se considera que carece de la naturaleza jurídica de la condición. Para convencerse de esta afirmación bastará tratar de encajar a la condición de querer en el concepto que dan de la condición los mismos autores que defienden la existencia de aquella figura. Así, para Windscheid, la condición es, «la agregación hecha al contenido de una declaración de voluntad, de que lo querido se deberá producir sólo cuando se presente una determinada circunstancia» (76), insistiendo en que su esencia consiste, no en el condicionamiento de la voluntad, sino en el condicionamiento de lo querido (77). Enneccerus, por su parte, afirma con especial empeño que la condición no es una cláusula agregada, sino que la declaración de voluntad condicionada constituye una unidad inseparable (78). ¿Cómo aplicar estos conceptos a la condición de querer? Cuando la obligación depende del querer, no existe un condicionamiento de lo querido, sino que falta lo querido, ni una declaración de voluntad condicionada, porque no es posible declarar eficazmente que quiero ahora si luego quiero; no hay tampoco posibilidad de hablar de «limitaciones a la declaración de voluntad», cuando lo que todavía falta es precisamente la declaración de voluntad, la declaración de querer ahora (79).

Sea cual fuere la teoría que se acepte sobre la condición y sobre el negocio condicionado, puede afirmarse que lo que importa para la técnica jurídica es su especial significación en la estructura y en la eficacia del negocio. La condición es materia del consentimiento, estando más cerca de la causa que del objeto (80), y por eso matiza o determina el tipo del mismo negocio. De ello, resulta el verdadero valor de la distinción entre las distintas clases de condiciones y la admisibilidad de las potestativas, en cuanto no dependan del mero arbitrio de una de las partes (81); pues no

(76) I, § 86, pág. 211.

(77) I, § 86, pág. 211, N. 2.

(78) I, § 181, pág. 490; más detalladamente, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1889, § 19, págs. 176 y sigs.

(79) Con razón advierte HENLE que «una declaración de que se producirá un efecto jurídico para el caso en que se produzca, es un absurdo», *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, 1926, pág. 311.

(80) Vide N. 83.

(81) Sobre las dificultades de la doctrina antigua en esta «periculosa materia» (BARTOLO) y «valde subtilis» (PABLO DE CASTRO), FITTING, Z. H. R., 5. páginas 79 y sigs., pág. 121; WALSMANN, loc. cit., págs. 264 y sigs.

se trata de una mera distinción cuantitativa (depende tanto de la voluntad y tanto de un hecho externo), sino cualitativa, y que por eso podrá dar su especial significado al negocio. Esto puede comprobarse en el mismo ejemplo clásico de condición potestativa eficaz: te vendo esta finca en 100 si subes al Capitolio. Puede ser que el porqué de la condición quede como motivo interno y no altere el significado de la venta (por ejemplo, se pone la condición porque se apostó con otro a que subiría, para que asista o no asista a una reunión en aquel lugar o en otro lugar a la misma hora). Pero también puede pactarse diciéndose que se hace la venta (por su valor, por menos de su valor o por *nummos uno*) si te atreves a subir al Capitolio, o en tal momento, o en tanto tiempo, y se estará, posiblemente, ante una figura de apuesta; si se hace la venta para recompensar al que suba, puede ser remuneración de servicios; si se hace por mera liberalidad, habrá quizá una donación. Si, en tales casos, se trata de una mera promesa (queda obligado sólo el vendedor), allí (en el porqué se contrae la obligación, que los caracteriza), se encontrará su causa. Si la promesa se hiciera por el pago de una prima, habría naturalmente una causa onerosa. En fin, si hay verdadera compraventa, tales porqués pueden determinar el que tenga naturaleza mixta o de negocio indirecto.

En cambio, la oferta y la aceptación, la confirmación, la ratificación o la aprobación son declaraciones de voluntad, que recaen sobre todo el contenido del negocio y, así, también sobre cualquier condición de las que dependa el negocio (82). A las declaraciones de voluntad, a la aprobación, a la mal llamada condición de querer, habría que aplicarles las disposiciones que se refieren a la existencia o no y a la cualidad de la declaración de voluntad, entre ellas las que se refieren a los vicios de la voluntad. A la condición, a la verdadera condición, será preciso aplicarle ciertos preceptos propios de la causa, así los de su existencia y licitud (83).

Si de la estructura del negocio se pasa a considerar su funcionamiento, se observará igual básica diferencia entre la eficacia de la verdadera condición y la de la condición de querer. Basta comparar las situaciones que una y otra pueden crear. El negocio condicionado origina inmediatamente una situación de pendencia, titularidades provisionales (preventivas e interinas) y derechos even-

(82) Será, si se le quiere llamar condición, *conditio iuris*, no *conditio facti*. La confusión y el olvido del sentido técnico de la condición es continua en los ejemplos puestos de condiciones de querer, y cualquier requisito podría denominarse así; por ejemplo, los comuneros A, B y C acuerdan vender la casa común (no sus cuotas) a X, bajo la *condición* de que apruebe la venta el comunero restante D; A dona 100 a B bajo la *condición* de que B quiera aceptarla; en estos ejemplos—como en los de la condición de querer—falta la voluntad que cerrará el vínculo contractual.

(83) Por eso se dice que la condición puede jugar como causa, ACEBEDO, N. R. 5. 16. 2. § 43. III. fol. 356 vto.

tuales; el negocio que depende del querer de una de las partes, está aún incompleto y será por sí ineficaz, pues sólo puede desplegar eficacia si se ha creado (por promesa no condicionada por un querer) una facultad de aprobación o aceptación en favor de esta parte (precontrato).

Buena prueba de lo dicho es que los mismos autores que admiten la condición de querer, cuando la estudian con cuidado, han de ir señalando sus diferencias con todas las demás clases de condiciones, con el resultado real de que quede así fuera del concepto de condición. Muy expresiva y terminantemente dice von Tuhr que la condición de querer tiene caracteres «contrarios» a los de las demás condiciones, incluso a las potestativas; y va señalando las siguientes notas peculiares, distintas de las demás condiciones: que el cumplimiento de la condición no consiste en un nuevo acto, sino en una declaración negocial, porque se dirige a producir un efecto jurídico; que requiere capacidad negocial; que puede ser impugnada por vicios de la voluntad (84); que «está muy próxima» al ejercicio de un derecho de conformación, pues como en este caso, una declaración unilateral produce un efecto jurídico (85), también, y desde antiguo, se señalará que no tiene efectos retroactivos (86) y que no se le pueden aplicar las reglas generales sobre la situación de las relaciones jurídicas mientras que pende la condición (87).

Después de estas reflexiones parece que la pregunta inmediata debe ser ésta: ¿Cómo ha llegado a admitirse en la doctrina general alemana ese «ser jurídico fabuloso» (88) de la condición de querer? ¿Por qué se le ha conservado el nombre de condición a lo que no tiene las características de la «conditio» regulada por la Ley? Ello fué posible, en primer lugar, porque los redactores del

(84) *Der Allgemeine Teil*, II, 2, § 80, págs. 270-271.

(85) *Id.*, pág. 279.

(86) Ya WACHTER, *Pandekten*, I, pág. 391; VANGEROW, I, § 95, pág. 145.

(87) *Comp.*, p. ej. v. TUHR, II, 2, § 81, págs. 291 y sigs.

Parte de la doctrina tratará de reducir la condición de querer a una *conditio facti*, para así hacer posible su uso; así, WALSMANN se esfuerza en demostrar que la voluntad o la declaración de voluntad puede concebirse como mero hecho («Faktum»), loc. cit., pág. 212—para lo que se apoya en ciertas afirmaciones de LEONHARD y KRUG—; también págs. 225, 300, 302; le sigue OERTMANN, loc. cit., pág. 579. Parece opinar así también HILSENRAD (siguiendo a LEDUC, *Las obligaciones precontractuales*, s. f., pág. 22). Pero, además, que, como dice WALSMANN, tal cosa no se daría prácticamente apenas, cabe preguntar, primero, si sería digna de protección jurídica una condición consistente en emitir un sí, en el que no habría que atender ni a la voluntad, ni a capacidad, ni a su carácter de declaración (como piensa OERTMANN), y en segundo lugar, si tal condición podría aun llamarse condición de querer.

(88) Así lo califica HENLE, pág. 311; WALSMANN dice que la condición de que el declarante haga una declaración dirigida a los mismos efectos es «un absurdo», pues sólo una de ellas puede ser la portadora de las consecuencias (página 217), y que no son posibles dos declaraciones de voluntad que sean base de los efectos jurídicos, no se quiere cumplir la condición, sino declarar que se quieren los efectos jurídicos (pág. 276).

Código alemán dejan abierto el camino para que la doctrina se decida en favor de la admisión de la condición de querer, al no dar un precepto que la excluya como el art. 1.115 de nuestro Código civil) (89) y, en cambio, ofrecer en sus Motivos fundamentos suficientes para inclinarse a su aceptación (90). Tiene después éxito porque, como indican esos mismos Motivos, se cree que es el único medio de justificar jurídicamente y darle eficacia práctica a figuras como la compra a prueba y a la opción. De este modo, la teoría de la obligación de hacer respecto al precontrato, no sólo suscita la dirección negadora de la existencia del precontrato, sino que, a la vez, impulsa y fomenta la corriente partidaria de aceptar de modo general a la condición de querer.

Esta relación mutua entre precontrato y condición de querer se ve muy claramente en algunos autores. Leonhard dice, que es preciso aceptar la condición de querer, porque el remedio del precontrato no resuelve nada —no satisface las necesidades de la práctica—, pues conforme a la doctrina (cita a Windscheid y Endemann), sólo crea una acción para concluir el contrato (no pueden exigirse los efectos de este contrato), con lo que —además— el que reciba la cosa no responderá por culpa contractual, se crea una situación intermedia entre la declaración de conformidad y su aceptación y será preciso repetir la forma (escritura) del contrato (91). Von Tuhr rechaza la figura del precontrato, por pensar que origina un rodeo inútil (hacer un nuevo contrato) (92) y acepta la condición de querer como medio para que sea reconocida una situación jurídica, por la que la voluntad unilateral pueda tener fuerza para determinar los efectos contractuales (93). En España, la condición de querer se utilizará también para sustituir, o excluir más que para justificar el precontrato (94).

Estas rápidas referencias muestran ya cómo la doctrina de

(89) Como los correspondientes de los Códigos latinos: art. 1.174 del francés (PLANIOL, II, § 1.269 bis, pág. 476). art. 1.420 del italiano (CARIOTTA FERRARA, *Negozio*, pág. 622).

La S. T. S. 9 marzo 1929 dice que la cláusula de un concurso de adquisición, por el que la Directiva del Ateneo «se reserva la plena libertad de aceptar la proposición que tuviera por conveniente o rechazarlas todas», impedía la perfección del contrato.

(90) Dicen: «El tráfico lleva consigo que, en no pocos casos, se convenga un contrato bilateral con la cláusula que uno de los contratantes quedará obligado por el contrato sólo si él quiere. El caso principal lo forma la compra a prueba. A él se le agregan los contratos de servicio, enseñanza y arrendamiento a prueba. En ocasiones pueden también comprenderse en este sentido el contrato por el que el adquirente de un predio se asegura la posterior adquisición del enajenante de otros terrenos para el caso que los necesite, los contratos que celebra la Administración sobre pertrechos de guerra, etc.. *Motive zum B. G. B.*, I, pág. 163, cita de WALSMANN, pág. 280.

(91) *Willkür und Willenserklärung*, J. J. 39 (1898), pág. 205.

(92) II, 1, pág. 493: *Tratado de obligaciones*, I, págs. 188 y sigs.

(93) II, 2, pág. 277. N. 49.

(94) ANOTACIONES a trad. de Enneccerus. I. 2. 2.ª ed., pág. 337; ALGUER, R. D. Pr., 1036, pág. 14.

Scylla ha caído en Charibdis; huyendo de ciertos resultados incompatibles con las necesidades del tráfico resultantes de una teoría inexacta sobre el precontrato, acepta el concepto falso, inútil y contradictorio de la condición de querer. Ello, no obstante, esta misma dirección equivocada, tiene un valor positivo, pues es un reconocimiento implícito de la figura jurídica discutida; pues se le llame o no a una situación precontrato de venta, lo que importa es destacar que al bautizarla de compraventa bajo condición de querer, se ha admitido ya paladinamente que no es ni una compraventa pura ni una compraventa condicionada (sometida a la regulación legal de la condición), sino otra cosa distinta. Y si esto es así, cabe preguntar: ¿no hubiera sido más fácil y más claro abandonar el *circuitus inutilis*, que obstaculiza la eficacia de la promesa de contrato, y encontrar fuera de él la explicación teórica del precontrato?

c) *Venta a prueba*.—Aunque con la máxima brevedad—por tratarse de una cuestión sólo conexa al objeto de estas notas y que merece un especial y detenido estudio—será necesario hacer algunas consideraciones sobre la venta concertada a prueba y también respecto a la celebrada bajo la condición *si placuerit*, pues ellas han sido la ocasión primera de la admisión doctrinal de la condición de querer.

Conviene advertir primero, para evitar las usuales confusiones, que bajo el mismo nombre de venta a prueba o a gusto, se alude a diversas situaciones que pueden caracterizarse bajo una de estas rúbricas:

1.ª Se ofrece la venta autorizando al posible comprador para que pruebe o guste la cosa (concesión de facultad de usar o gozar la cosa ofrecida), antes de decidirse la aceptación («sin compromiso») y como criterio para la decisión.

2.ª Se concierta la venta, quedando autorizado el comprador para comprobar, antes de recibir la cosa en venta, si corresponde a la calidad concertada: comprador y vendedor convienen en la venta, pero sólo para el caso de que la cosa resulte aceptable al ser probada o gustada.

3.ª El vendedor ofrece mantener su oferta mientras el futuro comprador se decide o no a aceptarla, conforme a la prueba o *degustatio* hecha.

4.ª El vendedor se obliga por un pacto especial con el posible comprador a que quede hecha la venta cuando y si éste así lo quiere (quien recibe la promesa).

Estas diversas relaciones tienen especial importancia, en cuanto responden a las conveniencias del tráfico. en aquellos casos en que al comerciante le interesa colocar la mayor cantidad posible de mercancías, ofreciendo a su clientela las mayores facilidades y ventajas, para despertar el deseo de comprar y hasta para comprometer moralmente al cliente a que adquiera.

En algunos textos del Digesto, parece aludirse a tratos previos

a la venta, pues expresamente se emplean las frases *ante venditionem* (95), y *si placuisset, emeris* (96), creadores de situaciones iguales o semejantes al primer caso señalado. Las Partidas se ocupan más bien del segundo caso, pues el gustar, como el medir, hace cambiar la carga del riesgo; convenido el precio, el gustar es obligatorio para el comprador, de modo que si no prueba cuando debe hacerlo, todos los riesgos caerán sobre él, mientras el vendedor puede dar por resuelta la venta y pedir indemnización por daños y perjuicios (97). La *degustatio* tiene así, principalmente, como señala Antonio Gómez, *vim traditionis* (98). Ha sido la Instituta justinianea la que ha llevado a considerar los dos últimos casos, al permitir la venta bajo la condición *si tibi placuerit* (99), y de este modo se dió la base para plantear la cuestión de la condición de querer.

Desde la glosa, se ha tratado de conciliar el valor anulatorio de la condición *si volueris* con la eficacia de la venta bajo la condición *si placuerit* (100), y todavía parece que la ciencia jurídica no ha sido capaz de encontrar una solución que consiga la aceptación general (101). Las principales teorías pensadas para resolverlas han sido:

a) Que se trata de una mera excepción o figura singular (102).

b) Que hay una verdadera *conditio facti*, pues el gustar es un hecho; cuya existencia puede tener una comprobación subjetiva, defiriendo el juramento al comprador, y objetiva, acudiéndose en caso de duda al *arbitrium boni viri* (103).

(95) D. 19, 5, 17, § 1.

(96) D. 19, 5, 20, § 1.

(97) P. 5, 5, 27.

(98) *Variae Resolutiones*, 2, 2, 32, I, pág. 457. HERMOSILLA la considera venta imperfecta, en cuanto a la concreción, 5, 27, I, II, fol. 113.

(99) «Sub conditione veluti: si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot», J. 3, 23, 4. Ha de advertirse que THEOPHILO dice «tibi non displacuerit», ed. de Curtius, 1558, pág. 395, ed. de Reitzius, 1860, página 311.

(100) Los glosadores pensaron que podría distinguirse el caso en que la condición se basa *in voluntatem velatam* (válida) de los basados *in voluntatem expressam* (inválida).

Sobre el antiguo Derecho, FITTING, Z. f. HR. 2 (1859), pág. 203, 5 (1862), página 79, en especial 121 y sigs.; A. C. Pr. 46 (1863), pág. 11; WALSMANN, J. J. 59 (1909), págs. 264 y sigs.

(101) PICHARDO piensa (citando a Faber y Robertus) que el contrato condicionado a «si placuerit» se mantiene «propter illa obligationis spe, licet nunc nulla nata sit», 3, 24, 4, § 6, I, 2, pág. 336.

(102) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, 2, 117, ed. 1879, II, página 234, N. i. VANGEROW, III, § 635, pág. 435, tampoco intenta explicar la singularidad.

(103) UNGER, Z. f. HR. 3 (1860), págs. 407 y sigs.; BRINZ, IV, pág. 136. ENNECERUS, aunque no admite ningún medio de comprobación y refiriéndose al «amor de la verdad», *Rechtsgeschäft*, pág. 278; BETTI estima que se trata de condición potestativa simple (no meramente potestativa o de querer), *Negocio*, § 64, pág. 308.

c) Que consiste en una oferta cuyo mantenimiento se asegura mientras se hace la prueba (104).

d) Que tiene naturaleza de precontrato o *pactum de vendendo* o promesa de venta (105).

e) Que es una compra sometida a la condición de que quiera el comprador (106).

Es corriente pensar que nuestro Código civil ha heredado, en el artículo 1.453, la clásica dificultad teórica sobre la condición *si placuerit*; pero, si se recuerdan sus antecedentes y se examina sin prejuicios su letra, parece que está libre de ella y que sólo se le podrá encontrar si se le interpreta conforme a situaciones y teorías extrañas a nuestro Derecho.

El artículo 1.453 dice que la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas se presumirá hecha siempre bajo condición suspensiva. La pregunta clave a nuestro objeto es la de: ¿Qué entiende la Ley por probar o gustar? Puede pensarse en estos significados: a) si probada o gustada la cosa, resulta o no ser de la calidad expresa o tácitamente convenida; b) si probada, el comprador encuentra que le agrada (*si placuerit*); c) si probada, el comprador quiere aún comprarla (*si voluero*). De ellos, el que mejor conviene con el texto del artículo, con sus antecedentes y con el sistema de nuestra legislación es, parece, el primero.

La palabra gustar no se emplea en el sentido de agradar o parecer bien, sino en el de experimentar, en el de probar la cosa sintiendo su sabor en el paladar (*degustatio*): «gustar o probar», son referencias a las formas especial y general de comprobar la cualidad de una cosa. También en el Derecho romano la *degustatio* tenía un relieve particular: ciertas cosas, en especial el vino, no se compraban si antes no eran gustadas, para comprobar su calidad (D. 18, 1, 4, 1); pero, como era natural, su apreciación no quedaba al gusto personal ni a la voluntad del comprador, sino que, en su caso, se recurría a que fuese *virī boni arbitratu degustato*, según refiere Catón (107). La regulación de las Partidas se refería, como la del Código, al probar o gustar antes de recibir la cosa y las graves obligaciones que se imponen al comprador

(104) CARO, *Emptio ad gustum*. 1871, pág. 1; KÖPPEN, J. J. II. pág. 254; BEKKER, II. § 106. pág. 216.

(105) GOLDSCHMIDT, Z. f. HR. I (1858), págs. 270, 275; ADLER, J. J. 31. página 254; WALSMANN, J. J. 54. pág. 277; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*. § 299, ed. 1930. IV. pág. 322; MESSINEO, *Manuale*, III, 140, 13. pág. 25; II. 134. 17. pág. 490; *Dottrina*, pág. 201.

(106) Es la doctrina que será general en Alemania desde que la acepta WINDSCHEID, II. § 387. pág. 412; seguido por los autores que aceptan la condición de querer (citados en N. 68-81. 74); también por CASTÁN, II. pág. 500; III. pág. 26. 61; PUIG PEÑA, IV. 2. pág. 97. 100 N., 2; ANOTADORES a traducción de Enneccerus, II. 2. ed. 1950. pág. 94; respecto al Derecho suizo, GUHL, pág. 226.

(107) *De re rustica*. 148. citado por WANGEROW, III. § 635. pág. 434.

respecto al gustar o probar mismo, excluyen—por contradictorias—la posibilidad de que se otorgase a ese comprador el poder rechazar por capricho o mala voluntad una mercancía de buena calidad (108).

Otro argumento en favor del carácter objetivo de la prueba es el que se hayan reunido en el mismo texto y se les haya dado la misma regulación a la venta pactada a ensayo o prueba y a la venta de cosa que usualmente se gusta o prueba. En el Código civil francés se distinguió la venta a ensayo, que se presume hecha bajo condición suspensiva (art. 1.588), y la venta de vino, aceite y otras cosas que es uso gustar antes de comprarlas, en las que no hay venta hasta que el comprador no las haya gustado y aprobado (art. 1.587); explicando Portalis este último precepto diciendo, que «hasta esa época no hay siquiera un verdadero consentimiento de su parte» (109). La razón de esta solución se encuentra en que, como había señalado Pothier, la «degustación» podía estipularse para que el comprador sepa si la cosa es de su gusto o sólo para conocer si es de buena calidad; en el primer caso, el negocio no se tiene por hecho si al gustarla el comprador dice que no la encuentra a su gusto; en el segundo, no puede rehusar la mercancía si es buena (110). El Código francés, como se advertirá, ha regulado sólo el primer caso aludido por Pothier, quedando el segundo tácitamente comprendido en la compra a ensayo. El Código holandés, por el contrario, regula del mismo modo la venta hecha a prueba o de cosas que es costumbre probar, o sea, las considera a ambas sometidas a condición suspensiva (111). También la causa de esta modificación es bien explicable; se piensa que la venta a prueba, sea convenida expresamente o se entienda hecha así conforme al uso, debe tener regulación legal y en ambos casos ser la misma: pues se considera a la venta de cosas que se prueban, mas sólo refiriéndose al segundo supuesto de Pothier; y se deja de regular el primero por ser innecesario hacerlo, ya que—como en el Código francés—se le ha negado ya eficacia en el artículo 1.292 (correspondiente al artículo 1.115 de nuestro Código civil).

El artículo 1.375 del Proyecto de 1851 sigue—como expresamente señala García Goyena (112)—al artículo 1.499 del Código

(108) P. 5. 5. 27.

(109) VI, pág. 8.

(110) «Bonne, loyale, marchande et non gâtée», es la fórmula que recoge POTHIER, *Traité du contrat de Vente*. 4. 310. IV, pág. 186.

(111) Art. 1.499. «Koop en verkoop op de proef aangegaan, of van goederen die men gewoon is vooraf te proeven, wordt altijd voorondersteld onder eene opschortende voorwaarde te hebben plaats gehad» (Transcrito con la antigua ortografía).

(112) *Concordancias*, III, pág. 366.

También es significativo que nuestro Código no admita la posibilidad de pactar la venta someténdola al «agrado personal», como hace el artículo 1.370 del Código civil argentino.

civil holandés, y, a su vez, el vigente artículo 1.453 reproduce, casi literalmente, al citado del Proyecto de 1851. La única diferencia apreciable entre los textos españoles y el holandés, es que éste se refiere siempre a venta a prueba y los españoles a ensayo o prueba y a gustar o probar; esta variación se haría seguramente para aclarar que se comprendía toda clase de pruebas y, para evitar cualquier duda, se mencionan especialmente al ensayo y al gustar. De este modo, se señala la posibilidad de ventas en las que expresamente se pacte la prueba del gustar y en las que tal obligación se presuma por el uso. Esta interpretación del artículo 1.453, es también conforme a la tendencia jurisprudencial de acentuar el carácter objetivo de la prueba y la paridad jurídica de ambos contratantes (113).

Por último, conviene no olvidar que en favor de la interpretación propuesta, y en contra de la posibilidad de creer que en el artículo 1.453 se contiene un reconocimiento de la condición de querer, milita el criterio general de nuestro Código, claramente contrario a ella y que no puede suponerse se abandone en este precepto, sin razones claras y terminantes. El artículo 1.115 dice que «cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del obligado, la obligación condicional será nula»; los artículos 1.119 y 1.449 rechazan el que se pueda hacer dependiente de la voluntad de una de las partes la purificación del negocio o la fijación de uno de sus elementos; lo que ha llevado a sentar el principio de que «el cumplimiento del contrato no pueda dejarse a la sola voluntad de uno de los contratantes» (114). Y no debe perderse de vista que si se admitiese que la compra bajo condición *si voluero* está reconocida por el artículo 1.453, habría una venta en la que sólo tendrían validez unas obligaciones, las del vendedor (por chocar en todo caso las del comprador, con el artículo 1.115), una compraventa (?) unilateral, en la que el vendedor queda obligado (incondicionalmente) a la venta (aunque suba el precio en el mercado) en favor del comprador, obligación contractual que carecería de causa, pues no hay acto de pura beneficencia del vendedor, servicios que remunerar ni obligación correlativa del comprador (art. 1.274) y, en fin, al darse la condición surgirían unos efectos retroactivos (art. 1.120), sin que haya existido una verdadera situación de dependencia respecto a ambos contratantes.

(113) S. T. S. 17 junio 1912: A ambos contratantes corresponde intervenir directamente en la práctica de ensayos técnicos especiales y designación de peritaje»; S. T. S. 25 mayo 1926, la oferta de lana hecha bajo la condición de que fuese del agrado del comprador, al dejar éste sin contestar la carta de oferta en que «remitia una muestra para su aceptación, dejó a éste (el vendedor) desligado de su compromiso» (después, se dice, que subió fantásticamente el precio de la lana).

(114) S. T. S. 3 diciembre 1926.

Entendido el artículo 1.453 en el sentido aquí propuesto, no se niega la posibilidad de otras figuras jurídicas en torno a la venta a prueba. Es posible la existencia de tratos en los que se permita la prueba de gustar; mediante pacto expreso o tácito puede asegurarse el mantenimiento de una oferta de venta hasta que se haga la prueba, cuyo incumplimiento originaría una acción por daños (art. 1.902); y, en fin, cabe la existencia de una verdadera promesa de venta cuando válidamente se pacte que el vendedor se obliga a la venta si al comprador le agrada (quiere) el comprar la cosa. Pero, en todos estos supuestos, se está fuera del ámbito propio del artículo 1.453 (115) y, en el último supuesto, dentro de la esfera de aplicación del artículo 1.451 (precontrato).

d) *La opción*.—La opción interesa directamente a nuestro objeto, en cuanto su significado y alcance determinará la mayor o menor extensión de la figura de la promesa de contrato, por lo que se impone el tratar también de su naturaleza y substantividad.

Lo primero que sorprende al estudioso cuando se ocupa de la opción es su aparente novedad. Surge la mención del contrato y derecho de opción en los libros de Derecho como si tales figuras hubiesen brotado por generación espontánea, sin apoyo en la ley, sin haberse estudiado en la doctrina y sin antecedentes en los mismos usos. De pronto, su nombre, recogido de obscuras operaciones de bolsa y vulgarizado en los negocios bancarios y de minas, se populariza en todos los países y desplaza a los términos antiguos de promesa de venta y promesa de cesión. Al examinarse el significado de la opción, por eso, lo primero que cabe preguntarse es si se trata de un nombre nuevo o de una nueva figura jurídica. Para plantear claramente la cuestión, lo mejor será comparar un modelo de contrato de opción con un modelo de contrato de promesa de venta.

Ejemplo de contrato de opción: Don A concede a don B el derecho de adquirir en compra, por el precio de tantas pesetas, una heredad de tantas hectáreas denominada Z, comprometiéndose durante el plazo de seis meses, a contar desde hoy, a no disponer por actos inter vivos de la expresada finca en favor de distinta persona y a venderla por el referido precio a don B (116).

Ejemplo de la promesa de venta: Don A otorga y promete que venderá a don B, hasta el plazo de tal día, la expresada tierra

(115) El no haberse hecho esta distinción quizá sea la causa de las dudas en torno al artículo 1.409 del C. c. holandés; unos autores creen que la decisión de la prueba queda «al juicio» del comprador, no a su voluntad (Opzomer), al gustar, pero no al querer (Kamphuisen), o que se trata de una promesa unilateral de venta (Van Brakel, Star Busman, Hofman), citas en ASSER, *Handleiding*, III, 3; *Bijzondere Overeenkomsten*, I, 1945, págs. 24-25.

(116) Simplificado del modelo de SANCHO TELLO, *Redacción de documentos públicos*, II, pág. 91 (ed. 1929).

En la práctica inglesa sería: prometo, por tal cantidad (o por tal razón que sirva de «consideration») celebrar con usted tal contrato, en tales y tales términos si usted, dentro de tanto tiempo, me exige que lo haga así.

por tal precio y no a otra persona, aunque ofrezca más por ella, y a formalizar en su favor la correspondiente escritura (116 bis).

La semejanza entre uno y otro pacto es tan grande, que causa extrañeza el que se haya podido creer que correspondan a figuras jurídicas completamente distintas, y que parezca razonable preguntarse ante ella: ¿a qué se debe ese cambio o sustitución de nombre?; ¿por qué hay autores que defienden que la opción constituye una figura jurídica independiente de la promesa de contrato? La contestación que parece más adecuada, después de examinar las distintas opiniones y teorías de la doctrina, es que ha habido dos razones decisivas: una, que así podrían evitarse—se piensa—las dificultades que la teoría del precontrato había acumulado en torno a esta figura; la otra, que así se quiere destacar el nuevo y mayor valor—*erga omnes*—que la práctica desea dar a las facultades creadas en favor de quien adquiere una opción.

Ello explica que la mayor parte de los autores, en especial en aquellos países en donde predomina la tendencia a dar eficacia directa al precontrato, hayan considerado a la opción (en general, a la opción de compra) como una promesa unilateral (generalmente, de venta) (117). En cambio, la dirección doctrinal que se atiende al significado de la frase «pacto de contratar», y que por ello reduce su eficacia a una acción para pedir la indemnización de los posibles daños, en caso de que falte la voluntaria contratación, se inclinará a separar a la opción para que, distinguida así de la promesa de contrato, no choque con el mismo obstáculo que ésta para originar directamente, por voluntad del que adquiere la opción, los efectos contractuales.

(116 bis) Simplificación de las viejas fórmulas de promesa de vender.

En la práctica inglesa existen los llamados «forward contracts» o precontratos, que la doctrina (sin más razón que la continental) distingue de la opción, a pesar de contener como cláusula principal la siguiente, en la que hasta expresamente se menciona a la opción (WILLIAMS, en SALMOND, comp. páginas 196 sig., con 131 sig.): Convenimos comprar tal mercancía, para la temporada de tal año, bajo las siguientes condiciones: 9.ª, los compradores tendrán la opción de contratar con los vendedores para la compra de 100.000, tipo normal, para su entrega en el año. Tal contrato ha de estipular, cualquiera que sean las condiciones que contenga, que los compradores obtendrán las mercancías en condiciones y precio que representen, al menos, una reducción en el 5 por 100 del valor «fob» de la lista oficial de precios. De la sentencia *Hillas v. Arcos*, 1934, en la que se aceptó su validez.

(117) Así, entre otros: MANRESA, X, pág. 65; VALVERDE, III, pág. 343; BORRELL, III, pág. 169, N. 5; CASTÁN, III, pág. 350; parece que también DE BUEN (págs. 66-67), siguiendo a COLIN y CAPITANT, IV, págs. 17-18; PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, § 1.401, pág. 522; JOSSEAND, II, § 1.071, página 572; LEONHARD, pág. 241; KAMPHUTZEN, en ASSER, III, 3, 1, pág. 19. El mismo OSSORIO (A.), que tan entusiastamente defiende la peculiaridad de la opción, reconoce que «llamarla precontrato no sería ninguna impropiedad» (página 57), y que puede considerarse como «promesa unilateral», aunque no la bilateral que el Código civil prevé (págs. 93-94): *El contrato de opción*, segunda ed., 1936. Comp. las dudas que señala GONZÁLEZ (J.), *El llamado Derecho de opción. Estudios*, III, págs. 215, 219. MESSINEO, *Manuale* II, 134, 17, pág. 489; *Dottrina*, pág. 200; RUGGIERO-MAROI, II, 138, pág. 180.

Los intentos para encontrar un criterio con el que distinguir al precontrato (o promesa de contrato) de la opción, se han separado en las siguientes direcciones principales:

1.ª Se caracteriza a la opción por ser un derecho de «formación». En este sentido, dirá Moro: «La situación jurídica producida por el derecho formador no es idéntica a la que nace del precontrato, porque el titular de aquel derecho no necesita pedir la conclusión de otro negocio; puede, por su propia declaración de voluntad, formar la relación jurídica que proyecta» (118). La misma justificación se encuentra en varios autores representativos de las distintas ramas de la doctrina alemana (119).

La médula de esta teoría está en creer que la esencia del precontrato se encuentra en el *circuitus inutilis* de obligar a las partes a celebrar nuevo contrato. Si, por el contrario, el precontrato o promesa de contrato se concibe otorgando la facultad de exigir directamente el cumplimiento del contrato preparado, desaparece la posibilidad de distinguir entre una y otra figura, pues a ambas, con igual razón, se las podría caracterizar como creadoras de una facultad o derecho de formación (120). Y, en efecto, no ha faltado quien, como Stampe, haya caracterizado precisamente al precontrato como «derecho de formación» (121).

2.ª Se considera a la opción como «compraventa o promesa de compraventa sometida a una condición suspensiva»; esta condición es el arbitrio de una de las partes de decidir si se lleva a efecto un contrato determinado.

Esta teoría, mantenida entre nosotros por Roca (122), se ha podido utilizar como criterio para distinguir a la opción del precontrato, dado el original concepto que este autor tiene del pre-

(118) Loc. cit., págs. 330-331.

(119) EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 143; v. TUHR, *Tratado de las obligaciones*, I, pág. 191; OERTMANN, § 154, pág. 556; GUHL, pág. 224; LEHMANN, página 235.

Buen ejemplo de lo artificioso de la distinción entre contrato y opción en LEHMANN, que caracterizando al precontrato de obligación a la aceptación (página 234), dice que la opción es oferta contractual obligatoria (pág. 235); con lo que no hace más que darle un nombre distinto, según se mire la vinculación del promitente desde el lado pasivo (aceptar el precio) o el activo (ofrecer el objeto), olvidando que ambos existen a la vez en los contratos bilaterales.

(120) La crítica de estos supuestos derechos, en F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 1950, págs. 603-606.

(121) Abandona su primera teoría de que el precontrato es un contrato auxiliar preparatorio y sostiene que ha de considerarse fundamental e independiente aquel por el que se establece una oferta con largo plazo para la aceptación, o, también, aquel por el que se concede el derecho de aceptar durante un plazo más largo el cambio de bienes ofrecido. Se crea, pues, dice, un «Gestaltungsrecht», para producir independientemente el contrato principal, y no una acción para que se realicen los actos necesarios por la otra parte para cerrar el trato. *Aus einem Freirechtslehrbuch*, III. *Grundriss der Wertbewegungslehre*, I. A. C. Pr. 108 (1912), pág. 69, N. 21.

(122) ROCA, *Estudios*, I, págs. 358, 354. También, respecto a la opción, WILLIAMS, en SALMOND, págs. 132-134, y referencia a esta teoría en GUHL, página 224.

contrato (123). Respecto al concepto ordinario de precontrato, parece que igualmente sigue la teoría de que no es más que un contrato bajo una condición de querer (124); en cuyo caso no serviría tampoco ese carácter de criterio de distinción entre lo que generalmente se entiende por precontrato y opción.

Si, según lo antes advertido, es iradmisible la figura jurídica de la condición de querer, no podrá ser utilizada para explicar la naturaleza de la opción, como tampoco lo es para explicar la del precontrato.

Sostiene también Roca que: «en lugar de hablar de contrato de opción es más procedente calificar al supuesto de compraventa con cláusula de opción o de promesa con cláusula de opción» (125). Esta afirmación puede ser o no fructífera, según como sea entendida. No puede aceptarse si implica reducir la opción a la condición de un pacto secundario o agregado (el término cláusula pertenece propiamente a la redacción de documentos), pues la opción o la promesa de contrato no es algo que se agrega a otro contrato (del que depende), sino una etapa previa con propia validez y eficacia. Es acertada, en cuanto señale la interna unidad entre la promesa de contrato u opción y el contrato que prepara.

3.^a La jurisprudencia reciente ha podido creerse que se manifestaba partidaria de una distinción terminante entre el precontrato o la promesa de venta y la opción. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1945 dice que la bilateralidad constituye la característica de la promesa de comprar y vender del artículo 1.451 del Código civil, «al paso que la opción, rectamente entendida, aparte su carácter preparatorio y consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto, que en el caso litigioso no se da, de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga»; doctrina que ratifica la sentencia de 18 de enero de 1947.

Estas dos sentencias no contraponen, como figuras jurídicas de naturaleza diversa, a la promesa de venta y a la opción, sino que distinguen entre promesa unilateral, a la que llaman opción, considerando «sólo aplicable a la promesa de comprar y vender» el régimen del artículo 1.451; tesis general con lo que se quiere mostrar más claramente la doctrina que importaba subrayar, la de que a la opción (o promesa unilateral) en la que no se pacta prima (o no se pagó ya la prima) no se le pueden aplicar las reglas sobre resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas. Doctrina exacta y evidente, y que hace inaplicable lo mismo los artículos 1.504 y 1.505 que el artículo 1.124 del Código civil. Afirmaciones a las que se añade otra, también cierta, la de que a la opción—mientras esté en este período previo—se le aplicarán las

(123) Vide N. 34.

(124) Vide N. 63 sigs.

(125) Loc. cit., pág. 352.

disposiciones generales sobre las obligaciones y contratos; que es también lo que dice el párrafo segundo del artículo 1.451.

No hay razón—parece—para deducir del texto de estas sentencias que el Tribunal Supremo haya venido a contraponer la promesa de venta unilateral a la opción de venta. Precisamente, no sólo hay bastantes sentencias antiguas en las que se admite la figura de la promesa unilateral (126), sino que hay varias, anteriores (127) y posteriores (128) a las sentencias referidas, en las que a contratos expresamente llamados de opción se les considera como contratos de promesa de venta.

4.ª El carácter real del derecho de opción. La cuestión sobre la naturaleza personal o real del derecho o facultad que nace del contrato de opción, y que tanto ha dividido a la doctrina española, no afecta a la distinción entre precontrato y opción, porque las facultades nacidas de un contrato de promesa unilateral o bilateral de adquirir un derecho real podrán tener trascendencia real—sea cual sea el nombre que se les dé—con tal que supongan la constitución de una facultad preferente de adquirir (artículo 14 R. H.) (129).

En resumen, parece poder afirmarse que los términos de opción y precontrato o promesa de contrato no son distintos; que es equivalente la promesa unilateral de contrato al contrato de opción, y que la misma promesa bilateral de contrato—como después se justifica—en nada difiere esencialmente de la opción (130). Este nombre se ha divulgado como seudónimo, sólo porque permite continuar utilizando eficazmente a la vieja figura de la promesa de contrato, sin el lastre de las confusiones y prejuicios que se habían unido al antiguo nombre de *pactum de contrahendo*.

e) *Otras modalidades contractuales*.—Además de las referencias centrales—a nuestro parecer—de la condición *si volet* y de la opción, Alguer señala como otras posibilidades para conseguir los fines propuestos por el precontrato, el que las partes quieran aplazar el efecto de su contrato, en cuyo caso habría un contrato a término, o que las partes permitan que no se cumpla el contrato si se paga una indemnización, pactando una cláusula penitencial (131). Ello es indudable; más aún, en los contratos y hasta en las leyes (132) se confunden los términos, llamando promesa de venta o cláusula de opción a casos de cláu-

(126) S. T. S. 7 octubre 1896. 12 noviembre 1898. 23 junio 1915. 31 enero 1921.

(127) S. T. S. 25 enero 1913. 7 febrero 1945.

(128) La Sentencia de la Audiencia, confirmada por el Tribunal Supremo, llama al contrato promesa de venta: S. 17 marzo 1947. La sentencia del Tribunal Supremo 6 marzo 1947 habla de «promesa de nueva venta».

(129) Vide infra.

(130) Vide infra.

(131) Loc. cit., R. D. Pr. 23 (1936. enero), pág. 14.

(132) Arts. 373-376. C. Obligaciones y contratos, Protec. Marruecos.

sula penal o de *factum displicentiae*. Mas estas confusiones terminológicas no permiten desconocer la peculiaridad de la figura de la promesa de contrato de la opción.

III

SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA PROMESA DE CONTRATO

1. Conclusiones provisionales sobre el concepto del precontrato.

El rápido examen hecho de las distintas posiciones teóricas sobre el precontrato y las distinciones señaladas respecto a otras figuras jurídicas, permiten sentar algunas conclusiones provisionales.

Ante todo, deben recordarse los más importantes resultados positivos, que aportan los principales estudios hechos sobre el precontrato. La monografía de Mero advierte del valor de las enseñanzas de la práctica, que no obstante todas las dudas teóricas, ha usado continuamente y sigue utilizando la fórmula de la promesa de contrato. La severa y aguda crítica de Alguer deja en evidencia los fallos de la vieja teoría que creyera que el precontrato originaba una obligación de hacer. Las observaciones de Roca sobre la cláusula de opción quizá puedan entenderse como indicaciones favorables a la unidad y complejidad del vínculo contractual. A ello debe agregarse la tendencia de la legislación, doctrina y jurisprudencia moderna a considerar al precontrato como el origen de la vinculación contractual definitiva.

De otro lado, del estudio hecho puede deducirse que no es objeto propio de un contrato el que las mismas personas contratantes hayan de hacer de nuevo el mismo contrato que proyectaron, que no cabe admitir en nuestro Derecho la condición de querer y que no puede distinguirse entre la promesa unilateral de contrato y la opción.

Estas consideraciones permitirán ver desde otro ángulo, o mejor dicho, sin prejuicios deformadores, la situación que se intenta crear en los diversos casos de precontrato. Obsérvese el proceso seguido. Los contratantes, de mutuo acuerdo hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen—de mutuo acuerdo también—en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plera en el momento en que lo exija la parte (o partes) a la que se le concede esta facultad. Es posible que los contratantes hayan utilizado la frase «nos obligamos a contratar, a vender o a hacer», pero se empleará en sentido metafórico, pues lo que se proponen es «quedar obligados contractualmente» respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración, sin interés para ellos ni valor patrimonial o jurídico. El circuito de la obligación de hacer es un andamiaje inútil, que sólo

se ha mantenido por un conservadurismo injustificado (133); el promitente, al obligarse a vender, conforme al proyecto convenido, ha hecho todo lo que tenía que hacer para quedar ligado, y el que acepta la promesa tampoco necesita hacer una especial declaración para obligarse; bastará que exija el cumplimiento de la promesa para que el promitente, por ejemplo, esté obligado a entregar la cosa y el que reclama la cosa lo esté a entregar el precio. Es innecesario hacer un nuevo contrato cuando ha sido ya convenido el quedar obligado por el contrato proyectado. Hablar, pues, de una obligación de contratar es práctica y jurídicamente inexacto. Prometer la venta de esta cosa por tal precio, durante tanto tiempo, si al que se le hace la promesa le conviene o quiere comprar, hace superfluo un nuevo consentimiento sobre el objeto y causa del contrato. Jurídicamente, tampoco puede advertirse un *consensus* cuando una de las partes está sencillamente obligada a cumplir (*pati*) y la otra tiene un poder para exigir el cumplimiento; sólo por una ficción podría convertirse en consentimiento un *assensus* impuesto y el ejercicio de una facultad.

El resultado a que se llega en estas notas es bien modesto: recoger lo sembrado por las distintas teorías, tanto al ensayar caminos sin salida como al indicarnos el de la que, por ahora, parece la mejor solución.

En el caso del precontrato, como en otras muchas figuras jurídicas, la dificultad mayor para advertir su verdadera naturaleza está en el descuido doctrinal hacia el funcionamiento de la relación creada por el negocio jurídico y a sus posibles y múltiples vicisitudes. La promesa de contrato es sólo una etapa preparatoria de un *iter* negocial, y como tal debe ser valorada. En la relación jurídica, que puede desembocar en la relación contractual definitiva, hay que distinguir dos momentos: 1.º Promesa de contrato, en la que se conviene el contrato proyectado y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con cierta independencia, en cuarto tiene su propia causa; 2.º La exigencia de cumplimiento de la promesa, que origina la vigencia del contrato que fuera proyectado. Distinción que no debe hacer olvidar la íntima y necesaria conexión de toda la relación negocial, manifestada respecto a la promesa en que su objeto peculiar, el que le da su especial significado, es el proyectado contrato, y respecto a la relación originada al cumplirse la promesa, en que la relación que ésta originó es el fundamento de la relación contractual definitiva.

La promesa de contrato tiene, pues, carácter de figura jurídica independiente en la señalada etapa previa, creando inmediatamente un vínculo obligatorio entre las partes, con propia causa (onerosa o lucrativa), del que nace la peculiar facultad de poner en actual

(133) Incluso por autores que exacta y prácticamente excluyen todas las consecuencias de la teoría: así, por ej., MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 1948, pág. 204; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, 1946, II, pág. 409 sigs.

funcionamiento (imponer, desde el momento en que se ejercita la facultad, la plena eficacia) al proyectado contrato; relación jurídica que puede agotarse en estas primeras etapas, cuando se extingue sin haber creado la relación contractual que se proyectara.

La figura jurídica delineada sería quizás preferible denominarla promesa de contrato (en vez de precontrato), pues su esencia, como han apuntado algunos autores, es un quedar obligado contractualmente (al contrato proyectado) dependiente de la voluntad de una (o de cada una) de las partes (134). De este modo se consideraría promesa de contrato al convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas (onerosa o gratuitamente), o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata (*ex nunc*) de un contrato por ellas proyectado.

2. *Ambito de la promesa de contrato.*

a) *Promesa unilateral y promesa bilateral.*—La jurisprudencia no ha dudado en admitir tanto a la promesa unilateral como a la bilateral, y hasta la restricción terminológica de algunas sentencias (135) ha sido para calificar de promesa a la bilateral. La razón de ello ha sido, probablemente, que mientras otras doctrinas consideraban a la promesa unilateral como un contrato innominado *do ut facias* y a la promesa bilateral *facio ut facias* (136), la doctrina española la basa en la *stipulatio* no formal y necesitada de causa (conforme al Ordenamiento de Alcalá), o sea, recibiendo la como un especial contrato consensual (137). Concepción tradicional que mantendrá la jurisprudencia anterior al Código civil y que determinará la redacción de éste.

El artículo 1.451 se puede entender referido a la promesa unila-

(134) En la tan citada definición de THÖL (literalmente en ALGUER, R. D. Pr., 1935, octubre, pág. 323, N. 7) se dice: «Un contrato actual que promete un contrato futuro». LEHMANN señala que el precontrato origina «una vinculación para la consecución posterior del propio fin del contrato», pág. 234. KAMPHUIZEN, después de presentar una definición semejante a la de ENNECCERUS (I, § 153, IV, pág. 410), diciendo que es «un convenio por el que sólo una de las partes, el futuro comprador, acepta una obligación, a saber, la de mantener una oferta obligatoria» (ENNECCERUS, como LEHMANN, habla de obligación a aceptar), después da esta otra: «a quedar obligado como vendedor si la otra parte así lo desea», loc. cit., pág. 18. También MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1947, II, § 137, 17, pág. 489; HILSERAND, *Las obligaciones precontractuales*, pág. 22. Si se admite la equiparación entre promesa unilateral de contrato y opción, también pueden aducirse las definiciones que dan de ésta, OSSORIO, loc. cit., págs. 109, 11; ROCA, *Estudios*, I, pág. 354.

(135) S. T. S. 23 marzo 1945, 18 enero 1947.

(136) En el Derecho español perdió importancia la distinción de los contratos innominados, al admitirse que perdió su peculiar carácter real («*remanet vestitum interventu rei*») conforme al Ordenamiento de Alcalá. A. GÓMEZ, *Var. Res.*, 2. 8. 4. I, pág. 624; sin embargo, B. GUTIÉRREZ, *Códigos*, V, pág. 592.

(137) GÓMEZ DE LA SERNA, II, pág. 288; B. GUTIÉRREZ, V, pág. 11; SÁNCHEZ ROMÁN, II, pág. 476.

teral, ya que comienza hablando—como lo hiciera el artículo 1.373 del Proyecto de 1851—de la promesa de vender o comprar. Parte de la doctrina y las sentencias recordadas (138) piensa, por el contrario, que trata sólo de la promesa bilateral, por decir en el mismo primer párrafo «reclamar *recíprocamente*» y en su segundo párrafo «promesa de compra y venta». Posiblemente, conforme a los antecedentes históricos, a la jurisprudencia anterior al Código y a bastantes sentencias posteriores (139), parece que se admite tanto a la promesa unilateral como a la bilateral y que la poca claridad del artículo 1.451 se debe sólo a no haberse distinguido claramente los dos momentos en que puede encontrarse la promesa. Después de quedar perfecta la promesa y antes de exigirse su cumplimiento, si se trata de promesa unilateral, hay promesa de compra o venta, pero, también, aun siendo bilateral, no puede hablarse de una promesa de compra y venta, sino de una promesa de compra por una parte y de venta por otra, por lo que se ejercitará normalmente la promesa de compra o la de venta. En cambio, exigido el cumplimiento de la promesa—sea unilateral o bilateral—funcionará como promesa de compra y venta o, mejor dicho, como compraventa, dando «derecho a los contratantes para reclamarse recíprocamente el cumplimiento del contrato» (entrega de la cosa y precio), y sólo si no pudiera cumplirse la promesa se aplicará «lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos».

La diferencia entre la promesa bilateral y la unilateral radica en su causa; en la bilateral, la respectiva concesión de la facultad de pedir el cumplimiento del contrato proyectado tiene el significado de causa para cada parte contratante; en la unilateral, como contraprestación a la facultad concedida, habrá de figurar el pago de una prima, el cumplimiento de una obligación o bien tendrá carácter gratuito.

b) *Contratos que pueden ser objeto de la promesa de contrato.*—En términos generales, como ya señalaron Olea y Fontanella, casi todos los contratos pueden ser objeto de la promesa; y en la práctica los más corrientes son la venta, la cesión, el arrendamiento, la constitución de derechos reales (usufructo, superficie, servidumbre, etc.), el compromiso y la constitución de sociedad.

Puede aparecer la opción como contrato base, esto es, siendo el fundamento de todo el negocio jurídico y de su futuro posible desarrollo, y también puede ser pacto agregado a un contrato que tiene por sí inmediata eficacia; la forma más corriente es la de arrendamiento con pacto de promesa de venta a favor del arrendatario (139).

Especiales dificultades ha creado a la doctrina decidir si pue-

(138) MUCTUS SCAEVOLA. XXIII, págs. 326-327; OSSORIO, loc. cit., pág. 82; parece inclinarse a esta solución también CASTÁN, III, pág. 347; S. T. S. 23 marzo 1945, 18 enero 1947.

(139) Así, por ejemplo, S. T. S. 31 enero 1921, 10 marzo 1928, 7 febrero 1945.

den ser objeto de promesa de contrato: la donación, los contratos reales y los formales. Sin poder entrar en el estudio de ninguna de ellas, pues sería preciso para hacerlo debidamente partir del examen de la naturaleza de cada uno de tales contratos, pueden hacerse algunas indicaciones de pasada sobre las soluciones que, de momento, pueden parecer más adecuadas.

La promesa de donación, como dijera Fontanella (140), significa donación de presente, pues mediante ella se ha entregado ya gratuitamente una facultad equivalente o idéntica a la de reclamar lo donado que se deriva de la donación (141).

Sin entrar en la ya vieja discusión de si los contratos reales constituyen o no una categoría propia (142), parece que los considerados como tales en nuestro Derecho—comodato, mutuo y depósito—tienen una especial condición que les hace inaptos para objeto de un precontrato, el que la especialidad de su causa (gratuidad tipificada) les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares (artículos 1.743, 1.748, 1.755, 1.776, 1.780); mientras que el convenio consensual de prestar o depositar, que es lo que en realidad sería el precontrato en tales casos, necesitaría su propia causa (onerosa o gratuita) que matizaría toda la relación, excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código.

La posibilidad de un precontrato para un contrato formal nunca se ha negado, lo que se discute es la posibilidad de un precontrato no formal para un contrato formal: la decisión de esta cuestión depende de otra previa, la conexión entre el precontrato y su objeto, y, por ello, se tratará en el apartado siguiente (143).

3. *Algunos caracteres peculiares de la promesa de contrato.*

En estas notas, aunque haya sido necesario recoger tanta discusión teórica, en las que la sutileza y las ingeniosidades parecen sumergir a toda consideración práctica y, a veces, hasta al buen sentido jurídico, no se ha olvidado que la primera exigencia del Derecho es servir a la realidad social. Su fin primero y su justificación última está en descartar una serie de consecuencias prácticas derivadas de las teorías criticadas y que parecen estar en contradicción con el espíritu de nuestra legislación, con las necesidades del tráfico y, a veces, hasta con las exigencias de la justicia.

De lo ya antes dicho se advierte inmediatamente que la promesa de contrato no obliga a una nueva oferta, a una nueva

(140) *De pactis*, cl. 4. gl. 9. pte. 4. § 31. I. pág. 152.

(141) Contra, MESSINEO. *Dottrina*, pág. 201.

(142) Vide especialmente MORO, loc. cit., págs. 481-494; ALGUER, R. D. Pr., 1936, enero, págs. 1-7; además, casi todos los autores citados que se ocupan del precontrato.

(143) *Infra*, N. 147 y sigs.

aceptación, ni a un nuevo consentimiento contractual, y que, en cambio, la exigencia de cumplimiento no ha de calificarse como un mero hecho, sino que ha de tener caracteres y requisitos de declaración negocial. Estas básicas diferencias con la teoría de la obligación de hacer y con la de la condición de querer, se reflejan en los requisitos exigibles de capacidad y de forma en los dos momentos básicos de la celebración del contrato y del declarar que se quiere, haciendo funcionar el contrato proyectado.

El propósito de los apartados siguientes es sólo señalar algunas de las consecuencias jurídicas de la promesa de contrato, las que le individualizan como figura jurídica independiente y las que mejor permitan contrastar los resultados de la teoría propuesta y los, al parecer, erróneos de las teorías criticadas. Sólo, por tanto, al efecto de la mayor claridad de la exposición se hace referencia a la estructura y funcionamiento de la promesa de contrato, y no porque se pretenda hacer un estudio completo de ella.

a) *Requisitos de la promesa de contrato.—Capacidad.*—En todas las promesas de contrato, incluso en la unilateral, interviene al menos dos partes, oferente o concedente y aceptante. Quien concede la facultad o ha de quedar obligado por el contrato a voluntad de la otra parte, ha de tener entonces capacidad para obligarse por el contrato proyectado, pues desde ese instante, en cualquier momento, puede ser obligado a cumplirlo (144). Así, por ejemplo, si se trata de una promesa de venta de una finca, el menor emancipado necesitará el consentimiento de su padre, madre o tutor (art. 317); si el que promete vender es el tutor, se requiere el consentimiento del consejo de familia (art. 269, 5.º). Cuando se concierta una promesa bilateral, si cada parte promete una prestación de igual naturaleza (permuta), será necesario que ambas partes tengan la misma capacidad; si las prestaciones prometidas son de distinta naturaleza (propie-

(144) Esta será la doctrina lógica siempre que se admita la obligatoriedad de la promesa. Algunos de nuestros autores piensan que bastará en todo caso con la capacidad general de contratar y que no se requiere la especial para el contrato prometido, alegándose que promesa y contrato son cosas distintas y que no se quebrantan las reglas sobre incapacidades, pues ya encontrarán su respeto al celebrarse el contrato definitivo (DE DIEGO, *Instituciones*, II, página 127; MORO, loc. cit., pág. 566; CASTÁN, III, pág. 341); pero esta afirmación parece muy dudosa, aun admitiendo—como hacen estos autores—que el incumplimiento de la promesa origina sólo una acción por daños. El resultado a que se llega—según esta teoría—parece ser éste: la promesa obliga, pero para el contrato definitivo se requiere la capacidad especial; pero adviértase que si el precontrato es válido, un menor emancipado, por ejemplo, que promete vender una finca sin consentimiento de su padre, madre o tutor, al llegar a su mayoría quedará obligado a vender; que una promesa de venta obtenida por el tutor respecto a un bien del pupilo no podrá anularse al salir éste de la tutela. De este modo, se permitiría eludir todas las disposiciones sobre capacidad especial y prohibiciones de contratar. Verdad es que el incumplimiento—según estos autores—sólo originaría una acción por daños, pero ésta podría—y debería—ser igualmente gravosa para el promitente que el mismo cumplimiento.

dad de una finca, precio en dinero), la capacidad exigida puede ser distinta, pues, en el ejemplo puesto, para vender será necesario el consentimiento del padre, madre o tutor del emancipado, y no lo será para comprar.

Quien recibe la promesa, si es unilateral, habrá de tener la capacidad para el tipo de negocio que la origine: para obligarse cuando se ha de pagar una prima, para aceptar una donación, si es gratuito. No podrá recibir una promesa de venta quien no pueda adquirir por compra de quien hace la promesa (art. 1.459), ni recibirla gratuitamente quien no pueda adquirir por donación del promitente (art. 1.324, 50, 2.º).

Objeto del precontrato.—El principal, porque es el que da al contrato de promesa su carácter jurídico peculiar, es el contrato proyectado. Tiene que estar determinado, esto es, han de haberse convenido todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato o, como también dice la doctrina, todos los requisitos necesarios para su eficacia; por ejemplo, en una promesa de venta será precisa la determinación de la cosa y del precio o su determinabilidad (arts. 1.273, 1.447, 1.448), pues si no habrá sólo tratos y no la promesa de *un contrato*; claro es que no será preciso fijar aquellos extremos que regula, a falta de convenio, el Derecho dispositivo (145).

Como el proyectado contrato forma parte del contenido de la promesa, la nulidad de aquél determina la nulidad del precontrato (art. 1.271); así, en los casos en que sea su objeto contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271), carezca de causa, o su causa sea ilícita o torpe (art. 1.275).

Si la promesa de contrato unilateral tiene causa onerosa, será también objeto del precontrato la prima fijada como contraprestación, o la ventaja actual o futura concedida, que según los casos tendrá o no carácter de precio.

Causa de la promesa de contrato.—La promesa de contrato tiene en nuestro Derecho—sobre ello no parece haber duda—naturalidad de contrato: sea bilateral o unilateral, nace por el concurso de las voluntades de los contratantes (oferta y aceptación). Las obligaciones que los contratantes (o uno de ellos) asumen, requieren una causa jurídica propia, distinta, por tanto, de la del contrato proyectado. En la promesa bilateral, la recíproca concesión

(145) Esta es hoy la que se pudiera llamar opinión general, ENNECERUS, I, § 153, pág. 410; trad. esp., 2.ª ed., I, 2, pág. 168; EHRENZWEIG, II, § 313, IV, pág. 139; GUHL, pág. 224; LEHMANN, pág. 233; BARASSI, II, § 130, página 409; MESSINEO, *Dottrina*, 6, 4, pág. 204; JOSSERAND, II, § 1.073, pág. 564; ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, § 147, págs. 193, 194; OSSORIO (siguiendo a HAMEL, en PLANIOL, X, pág. 127. Sostienen lo contrario. DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 127; CASTÁN, III, pág. 342; MORO, pág. 568, por creer que entonces perderían los contratos preliminares su utilidad práctica; también, en cierto sentido, ROCA, pero por su teoría de la obligación de desenvolver (loc. cit., I, págs. 324, 333). Pero no se explica cómo puede ser eficaz una promesa de venta, respecto a la que se deja sin fijar el precio o se dice que ya lo determinarán las partes: vide supra, nota 39.

que se hacen las partes de poder pedir el cumplimiento del contrato proyectado, será su causa. Cuando se trata de un pacto agregado a un contrato principal (arrendamiento con opción de compra), no se podrá distinguir la causa de éste de la de aquél, quedando embebida como modalidad de la unidad contractual. Mas cuando se trata de una promesa unilateral e independiente, recesitará tener su propia causa; ésta habrá de ser una de las permitidas en Derecho, una contraprestación (pago de prima), el cumplimiento de una obligación (respecto a la parte o a un tercero) o la mera liberalidad (art. 1.274). La promesa de contrato que carezca de causa o adolezca de causa ilícita, torpe o falsa, será nula (arts. 1.275 y 1.276) (146).

Consentimiento.—La conformidad de las declaraciones—oferta y aceptación de los contratantes—habrá de recaer sobre el objeto (contenido del contrato proyectado, prima de la opción en su caso) y sobre la causa específica de la promesa, naturaleza pura o condicionada de ésta, plazo, etc. Lo que será necesario tanto si la promesa de contrato es bilateral como si es unilateral (*ex uno latere*).

Si no existe el consentimiento (simulación, disenso, error obstructivo) no habrá promesa (art. 1.261); si el consentimiento está viciado (error, violencia, intimidación, dolo) la promesa será anulable (art. 1.265).

Forma de la promesa.—La promesa de contrato no requiere, por sí misma, ninguna formalidad especial. Esto se creyó por algunos autores, que era la principal ventaja práctica del precontrato, y, sin más motivos, dedujeron que en ningún caso necesitaría tener la forma del contrato proyectado, pues si no fuera así perdería el contrato preparatorio su utilidad práctica (147). La doctrina dominante no acepta esta exagerada opinión y señala que, como la promesa de contrato deja ya vinculada a los efectos del contrato proyectado a una o a cada una de las partes, si se permitiese el precontrato sin forma de un contrato formal, se iría contra la finalidad de las normas que imponen la forma. Por ello, manteniendo como regla general el carácter en sí mismo no formal del precontrato, habrá que tener en cuenta que su contenido está constituido por el contrato proyectado, al que sirve de primera etapa ya vinculante, y se podrá concluir que sólo será ne-

(146) Aunque el efecto sea el mismo, el origen de la nulidad es distinto cuando se trata de la causa de la opción o del contrato proyectado; por ejemplo, sería causa ilícita del contrato proyectado el que éste sea la venta de una empresa de lenocinio: sería causa ilícita de la misma promesa la concesión de ésta como precio de relaciones ilícitas o para reanudar éstas.

En la promesa de contrato u opción cabe distinguir entre causa y motivo; por ejemplo, puede comprarse una opción por muchos motivos, para levantar capital con el que celebrar el contrato definitivo, para prevenirse contra posible concurrencia, para cerrar o congelar el desarrollo de una empresa privada; en ninguno de estos casos parece haber causa ilícita (contra, OSSORIO, página 134), por tratarse de prácticas normales en el mundo de los negocios.

(147) DE DIEGO, II, pág. 127; CASTÁN, III, pág. 341.

cesario que el precontrato tenga la forma propia del contrato proyectado, cuando esta forma sea requerida como esencial, sea para la protección del mismo obligado, a quien la forma advierte de la importancia del acto que realiza (art. 633) o por su trascendencia general (art. 1.321), y que no será ello necesario cuando la forma se requiera sólo para producir ciertos efectos (cambiarlos, posibilidad de inscripción) (148).

Modalidades de la promesa.—La misma promesa puede estar sometida a condición o a plazo suspensivo o resolutorio; sobre ello no parece haber duda. Lo que se ha discutido en la teoría es si ha de contener como esencial un plazo y si, caso de carecer de él, podría ser fijado por los Tribunales. Cuestión ya planteada por Pothier (149) y que, a falta de disposición legal, parece habrá de resolverse entendiéndose que la designación del plazo durante el que puede hacerse valer la promesa no es esencial (150), que este plazo podrá deducirse interpretando la voluntad de las partes conforme a la buena fe y al uso, supliéndose su omisión si es cláusula que de ordinario suele establecerse (art. 1.258, 1.287); y que, en último término, podrá aplicarse el artículo 1.128, ya que la naturaleza de la promesa implica plazo, y—aun concedida a favor del acreedor—cabe pedir que fije su duración el Tribunal (151).

b) *Eficacia inmediata de la promesa de contrato.*—La promesa de contrato origina, por sí misma, una vinculación jurídica que vive con plena substantividad, mientras no se exija su cumplimiento o no se extinga la relación por alguna causa. Si la promesa es bilateral, se crea en favor de cada una de las partes la facultad de exigir su cumplimiento. Si es unilateral, raze sólo a favor de uno de los contratantes tal facultad; si es onerosa, puede tener como contraprestación la obligación de pagar una prima: si es gratuita, quedará el que recibe la promesa en la situación poco firme del donatario (art. 644 y siguientes).

(148) MORO, págs. 565 y sigs.; ANOTADORES trad. esp. de Enneccerus, edición 1950, I, 2. pág. 173; ROCA, págs. 341, 342, 346; ENNECCERUS, I, § 153, IV, N. 20, trad., I, 2, pág. 171; EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 142; OERTMANN, § 125, págs. 440-441; LEHMANN, pág. 235; LEONHARD, pág. 270; GUHL, página 81; GIORGI, III, pág. 127; ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 149, págs. 194, 195. El C. c. italiano de 1941—conforme en ello con la jurisprudencia de varios países—impone *ad essentialiam* al precontrato la misma forma prescrita para el contrato definitivo (art. 1.351), MESSINEO, *Dottrina*, pág. 202; *Manuale*, II, pág. 490; RUGGIERO-MAROI, II, pág. 181; BARASSI, II, páginas 408, 412.

Sobre la discusión doctrinal, en general, MORO, págs. 565-566; ALGUER, R. D. Pr., 1936 (enero), págs. 7 a 12.

(149) *Traité du contrat de vente*, § 480, IV, pág. 279.

(150) CASTÁN, III, pág. 342, siguiendo a COVIELLO, opina lo contrario; compárese MORO, págs. 569-570; KAMPHUIZEN, págs. 19-20.

(151) Solución dada por POTHIER, loc. cit. También ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 152, pág. 201; MANRESA, X, pág. 76; OSSORIO, pág. 63; ROCA, apoyándose en S. T. S. 30 diciembre 1911, pág. 347.

En la promesa de contrato con prima o por otra contraprestación, su falta de pago puede dar lugar a que el acreedor de ellas pida la resolución del contrato y, por tanto, la liberación de la promesa (art. 1.124, no siendo aplicables los arts. 1.503, 1.504, 1.505 del Código civil); en caso de haberse pactado el pago de la prima con cláusula penal, se aplicarían los arts. 1.152 y 1.153 (pero no los arts. 1.454 del Código civil ni 343 del C. de comercio).

La facultad de exigir el cumplimiento de la promesa.—Esta facultad que, quizá para mayor brevedad, conviniera llamar opción, es la característica más notable de la situación jurídica creada por la promesa. Para apreciar mejor su naturaleza, conviene considerar separadamente su aspecto activo y pasivo, como poder del acreedor y como vinculación del deudor.

El poder que concede la promesa es la facultad de decidir (optar) sobre la suerte misma de la relación contractual; de su ejercicio por su titular depende el que el contrato proyectado quede en proyecto o surta efecto; queda, por tanto, en su mano exigir el cumplimiento del contrato, obligando a la otra parte a estar y pasar a la condición de deudora (según el contrato proyectado), pero a la vez quedando también obligado contractualmente el mismo que la ejercita.

Lo extraño o lo poco advertido de este poder ha hecho que se piense que sólo es admisible en los casos en que la ley permita expresamente crearlo (152). Hoy ya no se duda de que la autonomía de la voluntad se refiere no sólo a los tipos de convenio, sino también a su contenido y al modo de funcionar la relación negocial, y no hay obstáculo legal alguno que impida la creación de ésta o de semejantes figuras jurídicas (153).

La opción es un poder de valor económico, o sea, un bien (artículo 333) de los que entran a formar parte del patrimonio de una persona. Por sí—y generalmente—no tiene consideración jurídica de poder independiente o derecho subjetivo, porque está unida inmediatamente a la creación de las obligaciones que haga surgir el contrato y que recaen indefectiblemente sobre el patrimonio de su titular. Ni siquiera cuando esa facultad logra eficacia *erga omnes*, al inscribirse la opción en el Registro de la Propiedad, se independiza; ello explica que el artículo 14 del Reglamento hipotecario considere inscribible al *contrato* de opción de compra y no admita existencia de un derecho de opción independiente.

Por esta razón, la opción tiene una situación especial dentro

(152) Lo que sostiene WALSMANN, loc. cit., págs. 224, 226-227, 288.

(153) Autonomía negocial, no sólo contractual; nada se opone, por ejemplo, a que se deje en testamento, como legado, una opción para comprar una finca de la herencia. También es posible conceder la facultad de novar una obligación, de exigir constitución o aumento de fianza, de acortar o aumentar plazos, etc.

del patrimonio de su titular, pues ella no constituye una unidad independiente (separada o separable) en la masa patrimonial con que se responde a los acreedores; de modo que éstos no pueden actuar directamente sobre ella, pidiendo su embargo, ejercitando la acción pauliana (art. 1.291) o la subrogatoria (art. 1.111), porque los acreedores no tienen poder para desligarla de la deuda o para crear la deuda que supondría dar nacimiento al contrato proyectado. Pero por otro lado, como poder patrimonial es uno de los valores del activo patrimonial; como tal se computará en la herencia y, por ser también uno de los bienes objeto de la administración patrimonial, si se declara el concurso o la quiebra, podrá ser ejercitada por los síndicos (art. 1.914 C. c., 1.229 E. C.; art. 878 C. de C., 1.350 y sig. E. C.).

La facultad estudiada tiene doblemente, por tanto, la condición de dependiente: de un lado de la relación de promesa que la ha originado y respecto de la que se separa en su funcionamiento, y también, además—y es lo que aquí más importa—de la misma relación contractual proyectada. Esta es la situación considerada normal y a la que ha atendido generalmente la doctrina (154); pero respecto a esta facultad se observa un fenómeno, hoy frecuente en el Derecho moderno: el de la independización de las facultades, mediante su conversión en derechos subjetivos y el reforzamiento de su eficacia, hasta conseguir trascendencia real (155). Evolución que, aunque unida al nombre nuevo de opción, afecta a todas las promesas de contrato. Un primer punto de apoyo para ella se encuentra en la existencia de casos en que la facultad u opción alcanza un valor económico que no depende de su ejercicio y que así adquiere una inaudable objetividad, como ocurre con «los derechos» de suscripción de acciones, cotizables en Bolsa. Otra ha sido la posibilidad de ceder la facultad en ciertas hipótesis.

No parece haber duda respecto a que la cesión no será posible cuando en el contrato prometido se tenga en cuenta la persona a quien se otorgó la facultad (arrendamiento de servicios, comisión, arrendamiento) o su crédito (venta a plazo); en cambio, se piensa que la cesión ha de admitirse cuando la persona del optante sea por completo indiferente para el obligado (por ejemplo en la venta al contado). Para llegar a este resultado, se desliga a la facultad de la relación obligatoria que crea y, en vez de concebirla como dirigida a crear mutuos derechos y obligaciones entre los contratantes, se le considera como un derecho a adquirir lo que sea el objeto del contrato (propiedad de la cosa vendida), que-

(154) Que lleva en Alemania a calificarla de «Gestaltungsrecht»—loc. cit. en notas 118, 119, 121—y en Francia de «Droit éventuel» (siguiendo la terminología de Demogue): ESMEIN. en PLANIOL. *Traité pratique*, VI, § 150, pág. 195.

(155) Posiblemente tal fenómeno no es más que la reacción natural frente a la rigidez de tipos impuesta por la doctrina moderna y que impide el libre juego que necesita el tráfico.

dando en segundo lugar, como requisito para ejercitar tal derecho, el cumplimiento de la obligación correlativa (pago del precio). De este modo, ha podido ampararse tal solución en el artículo 1.112 de nuestro Código civil, convirtiéndose en regla lo que fuera excepción y acudiéndose—para salvar los casos en que es importante la persona del obligado—a la ficción de un pacto implícito de prohibición de ceder. Solución técnicamente más correcta, y que conduce a un resultado práctico semejante, sería considerar como inadmisibles la cesión, en cuanto implica cambio de titularidad en una relación obligatoria bilateral, pero con la restricción de que implícitamente—como consecuencia conforme a la buena fe y al uso (art. 1.258)—se entiende consentida la cesión, cuando el obligado no tenga interés legítimo en la persona del optante (156).

Otro aspecto de esta evolución, más llamativo, pero no más importante, ha sido la admisión de casos en que la facultad u opción alcanza eficacia «erga omnes» y, en fin, su reconocimiento legal (art. 14 R. H.), no obstante la oposición de buena parte de la doctrina, como derecho inscribible en el Registro hipotecario (157). En conexión con lo antes dicho, ha de advertirse que tal trascendencia real, aunque como en la promesa de volver a vender (retracto convencional) se haya basado en una prohibición de vender (158), que se entiende implícita en la opción (159), no implica ni siquiera lleva naturalmente consigo una prohibición de enajenar—la que en sí, como negativa, sería insuficiente—sino una facultad preferente de adquirir (conforme al contrato proyectado), desde el momento de la inscripción, respecto de todo otro acto de enajenación o gravamen (160).

El lado pasivo de la opción es la vinculación del que hizo la promesa a la voluntad del que la recibe, para quedar o no obligado al contrato que se proyectó. La promesa, como toda obligación contractual, supone la obligación secundaria de la fidei-

(156) MANRESA, X, pág. 68; CASTÁN, III, pág. 343; OSSORIO, pág. 150; ROCA, *Estudios*, I, págs. 349, 350; ESMEIN, en PLANIOL, *Traité pratique*, VI, § 150, pág. 106; EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 141 (aunque sin las debidas limitaciones); KAMPHUIZEN, en ASSER, III, 3, 1, pág. 19 (con acertadas observaciones respecto a PLANIOL, *Traité pratique*, X, § 178). La S. T. S. 12 enero 1931 dice que el art. 1.112 autoriza «solamente la cesión de derechos y no de las obligaciones»; pero no se plantea la cuestión de la dependencia de los derechos respecto a la relación bilateral nacida de un contrato aún no cumplido por ninguna de las partes.

(157) Sobre la discusión doctrinal: OSSORIO, págs. 195 y sigs.; CASTÁN, III, pág. 351; ROCA, *Derecho hipotecario*, 1948, III, pág. 24, y allí citados.

(158) En el pacto de «retroverendo» se colocaba esta cláusula: «Con ningún pretexto ha de poder enajenar hasta que pase el tiempo prefijado; pues si lo hiciese ha de ser nulo como hecho contra este pacto, a cuya observancia la hipoteca especialmente». FEBRERO, *Librería de Escribanos*, ed. 1819, I, 18, § 1, 24, pág. 404.

(159) CASTÁN, III, pág. 351; OSSORIO, pág. 91.

(160) Nada se opone a la validez de una venta condicionada al ejercicio de la opción: no hay por qué cerrar el Registro.

dad a lo contratado y, así, a no hacer nada que impida el cumplimiento de lo convenido, quedando sujeto en otro caso a la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.101).

Mas si el promitente, por ejemplo, no *debe* vender incondicional e irrevocablemente la cosa que prometió vender, *puede* vender; y como la promesa como tal no transmite la propiedad ni constituye título para su adquisición (al contrario que la compra-venta condicional) no funcionará el art. 1.473, en el caso de que después de prometida la venta, se venda la cosa a otra persona (161). De igual modo, la cosa prometida en venta queda en el patrimonio del promitente, y sigue sometida a la acción de sus acreedores individuales y entrará—en su caso—en la masa del concurso o quiebra (162).

Por último, ha de señalarse que la promesa—en este estadio preparatorio—tiene un propio valor, medido fácilmente cuando se pacta prima, con mayor dificultad en otro caso y que es el que hay que tener en cuenta para la liquidación del impuesto de derechos reales (163) y para la determinación de lo aportado con una opción a la sociedad conyugal, a una comunidad o a una sociedad.

La distinción entre promesa y el contrato proyectado tiene también interés respecto a sus efectos sobre otras relaciones jurídicas. Así, como por la promesa no se ha producido todavía la enajenación de la cosa prometida, no habrá infracción de una prohibición de venderla, de no revender, ni ocasión para ejercitar la facultad de tanteo o de preferencia en caso de venta; la promesa de constituir sociedad no será incumplimiento de una cláusula de no concurrencia, la promesa de subarrendar no es el subarriendo; la promesa de traspaso de local de negocio no es tampoco su traspaso (164).

(161) S. T. S. 15 junio 1896, 13 febrero 1897, 6 diciembre 1904, 10 marzo 1928.

La mala fe del que compra conociendo la existencia de la opción, hará que esté obligado a daños y perjuicios (art. 1.902), si al hacerse uso de la opción tal compra la impide; y la indemnización podrá consistir en la entrega de la cosa por el precio pactado en la promesa; pero a diferencia del supuesto del artículo 1.473 no se obtiene la propiedad, sino un derecho a la indemnización.

(162) Nada de esto será aplicable en el caso de opción inscrita, en que siempre quedará a salvo el derecho de adquirir ya constituido.

(163) Vide R. 3 marzo 1915 del Tribunal Gubernativo del Ministerio de Hacienda y R. 3 abril 1934 del Tribunal Económico Administrativo Central, citados por OSSORIO, págs 281 y 289.

(164) Lo que puede ser de gran importancia práctica si se mantiene—y para prevenir sus consecuencias—la doctrina de la S. T. S. 25 octubre 1950, que dice que el traspaso—avisado—faculta al dueño para resolver el contrato de arrendamiento de local de negocio por la causa 3.ª del artículo 1.49 L. A. U., y es «lo que únicamente pueden el arrendatario y el tercero, proyectar el traspaso, o sea idearle y disponerle para su perfección posterior al transcurso del plazo».

En cambio, parece que el corredor que interviene en que se celebre la promesa de venta puede pedir el corretaje, aunque sólo por el valor de la prima si es unilateral; si es bilateral, por el valor de la cosa prometida.

c) *Ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa.—Requisitos para el ejercicio.*—La exigencia del cumplimiento de la promesa de contrato tiene naturaleza de declaración contractual; ello se deriva de que no se pide sólo el que se cumpla una obligación ya contraída, sino que si bien con esa petición se obliga ciertamente a la otra parte, el que la hace se obliga a la vez, también a sí mismo, por el contrato proyectado. Como tiene los mismos efectos de una declaración de querer obligarse por el contrato proyectado, ha de reunir los requisitos que se precisan para tal declaración.

La capacidad para hacer la declaración está determinada por la obligación que se contraiga al ejercitar la opción. Así, por ejemplo, si se exige la venta habrá que entregar el precio, y si se exige la compra de un bien inmueble, habrá que entregar éste, por lo que, en este caso, si se trata de un emancipado, habrá de obtener el consentimiento del padre, madre o tutor (art. 317). Este significado de la exigencia es particularmente importante en el caso de cambio de estado de una persona, aun cuando no haya incapacitación total; así, hecha la promesa de compra a un mayor de edad o a una soltera, puede ocurrir que éstos no puedan exigir el cumplimiento por sí mismos, si el uno ha sido declarado pródigo o la otra se ha casado. En cambio, parece que las prohibiciones, como la del art. 1.459, no juegan aquí, pues no se trata de contraer la obligación, sino de pedir el cumplimiento de una relación jurídica preparada ya antes de nacer la causa de la prohibición.

La parte obligada por la promesa no tiene más que cumplir, por ello no hay que atender para nada a su capacidad (165), sólo habrá que saber contra quien haya de dirigirse la acción para pedir—en su caso—el cumplimiento.

La forma de la declaración habrá de ser la misma que hubiera de tener la promesa de contrato, pues no es admisible que en un contrato solemne una de las declaraciones determinantes de sus efectos carezca de la debida solemnidad.

No habiendo contrato ni partes, tampoco hay consentimiento. Habrá, pues, que tener en cuenta sólo la posibilidad de que existan vicios en la declaración (violencia, miedo, error); pero no son posibles los que se refieren a la falta de acuerdo de voluntades (diseño) ni a los vicios peculiares de la formación del contrato (dolo contractual).

El único otro requisito especial que es necesario tener en cuenta, es el de que se ejercite la facultad dentro del plazo marcado («tempore utile») y antes de que haya prescrito o se haya de presumir el desistimiento.

(165) Lo que indica JUAN GUTIÉRREZ (citando a Tiraquello). *Tractatus de tutelis*. 2. 61. VII. pág. 143.

También MESSINEO, *Manuale*. II. § 134. 17. pág. 489.

Efectos del ejercicio.—El primer e inmediato efecto del ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa es dar vida actual a la relación contractual proyectada. En ese momento se fija el comienzo de la eficacia del contrato. Ello tiene algunas consecuencias de interés. Para determinar el momento en que los defectos a la vista perjudican al comprador (art. 1.484), para averiguar si ha sufrido lesión uno de los contratantes (art. 1.291), si el objeto está en el comercio (art. 1.271), si es posible (art. 1.272) y determinable (arts. 1.273, 1.474).

No parece que se plantee, durante el período que media entre la promesa y su exigencia, ninguna cuestión sobre la pertenencia de frutos, mejoras, ni sobre la carga de los riesgos y gastos, pues durante ese tiempo no ha funcionado la relación contractual y ésta opera sólo desde ahora («ex nunc») (166). Surgirán, en cambio, sobre la imposibilidad de que nazcan las obligaciones por falta de objeto (art. 1.182 y sig., 1.272) o por incumplimiento de las obligaciones precontractuales (art. 1.101) (167).

El cumplimiento.—Al exigirse el cumplimiento de lo pactado mediante el ejercicio de la opción, se pide conjuntamente que se cumpla la promesa y el contrato prometido; pero, como se ha dicho, no hay dos contratos, sino el desarrollo en dos momentos de una compleja relación contractual. No hay que exigir, ni se puede exigir el hacer una nueva declaración contractual, ni el hacerla significar cumplir. Dice el artículo 1.451 que la promesa de venta o compra dará «derecho a los contratantes a exigir recíprocamente el cumplimiento del contrato», lo que ha de entenderse, en relación al artículo 1.445, que da derecho a exigir la entrega de la cosa y la del precio, respectivamente. Sentido aceptado por la práctica jurisprudencial—como después se señala—no obstante el eco que ha encontrado en alguna sentencia del Tribunal Supremo la teoría de la obligación de hacer (168). Puede considerarse, por tanto, cumplida la promesa de venta, y en función el contrato que se proyectara, cuando se entrega la cosa o se acepta el precio, aunque no haya habido—por innecesarias—declaraciones de voluntad de venta y de compra (169).

La ejecución forzosa.—El escollo constante en el que han ve-

(166) JOSSERAND, II, § 1.074, pág. 564; ROCA, *Estudios*, I, pág. 347; GIORGI, III, § 154, págs. 145-146.

(167) Se ha considerado que juega de modo especialmente agudo la cláusula «rebus sic stantibus»; el Código civil austriaco la regula en este caso solo (art. 936). EHRENZWEIG, II, § 313, pág. 140; CHEVALIER, R. trim. D. C., 1926, pág. 725.

(168) S. T. S. 15 marzo 1945, 19 octubre 1946.

(169) JUAN GUTIÉRREZ dice que la entrega «venditionem ipsam perfecisse», si se hace en virtud de la promesa, sin necesidad de nuevas declaraciones de vender («quantumvis nova verba de vendendo non intervinisse»), pues así—sin más—se produce la relación contractual, por consentimiento tácito («ex tacito consensu»). *Prac. quaest.*, VI (*De Gabellis*, 47, 12, III, pág. 123). Rodeo y ficción del consentimiento tácito para llegar al resultado exacto y que la necesidad práctica reclamaba.

nido a chocar y naufragar tantos y tan ingeniosos esfuerzos teóricos sobre el precontrato es el del modo de ejecutarlo, cuando el obligado se niega a cumplir voluntariamente; ya que creyéndose que el contenido de la obligación creada por la promesa era el hacer un nuevo contrato, no había medio para obligar a este hacer personalísimo, lo que significaba condenar al precontrato a la ineficacia práctica, pues ante la negativa del promitente sólo cabía pedir la indemnización de unos daños casi siempre imposibles de probar (170).

En España la doctrina había podido, siguiendo ejemplos extraños, acogerse al artículo 1.098 del Código civil y a los artículos 923 y 924 de la Ley rituarial, y entenderlos en el sentido de que permiten que el contrato, en tal caso, se ejecute a costa del que lo prometió. A ello habrían podido inclinarse los antecedentes remotos de nuestro Derecho, probablemente tenidos en cuenta al redactarse el Código—como hace el mismo Proyecto de 1851—que, en todo caso, se aparta del modelo francés, seguidor fiel en apariencia del viejo brocardo «*nemo praecise ad actum cogi potest*» (171). Sin embargo muchos, y de los más prestigiosos de nuestros autores, pensaron que la promesa de contrato se resolvía, a falta de cumplimiento voluntario, en obligación de indemnizar daños y perjuicios (172) por tratarse de un hacer personal (173). Y, seguramente, estos autores aciertan en que el artículo 1.098 no se refiere a un hacer que consista en declaraciones de voluntad, pues esto no se puede hacer «a costa del deudor»; en cambio, son excesivamente lógicos, poniendo de relieve el resultado

(170) OSSORIO, pág. 158.

(171) El artículo 1.144 del C. c. francés dispone que la obligación de hacer o no hacer se resuelve, en caso de inexecución por el deudor, en indemnización de daños y perjuicios; regla que BIGOT DE PRÉAMENET justifica diciendo «que nadie puede ser obligado en su persona a hacer o no hacer una cosa, y si ello fuera posible sería una violencia que no puede ser un modo de ejecución de los contratos». V. pág. 10, y FAVART dice: «¿Cuál es el efecto de las obligaciones de hacer o no hacer? Se resuelve en daños y perjuicios en caso de no ejecución por parte del deudor, porque dicen los juriscultores romanos, *nemo ad factum cogi potest*». V. pág. 114. Frente a estas manifestaciones (discursos 59 y 60) protesta GARCÍA GOYENA, diciendo que «con la venia del autor del discurso 60, diré yo que la opinión contraria era la más racional y fundada en Derecho romano», señalando además—en contra—las disposiciones de las Partidas, *Concordancias*. III, págs. 46-47. Todo ello hace que lo mismo en el artículo 1.068 del Proyecto de 1851 como en el artículo 1.098 actual no se diga que las obligaciones de hacer y no hacer se resuelven en la de indemnizar y que, directamente, se señale su obligatoriedad inmediata.

(172) DE DIEGO, *Instituciones*, II, pág. 128 (que, sin embargo, admite que el artículo 1.451 dispone que el Juez puede condenar a la ejecución del contrato definitivo); CASTÁN, III, págs. 342, 343; MORO, loc. cit., págs. 572-574; PUIG, *Tratado*, IV, 2.º, pág. 510; también parece seguir esa dirección HERNÁNDEZ GIL, nota a S. T. S. 11 noviembre 1943, R. G. L. J., 1944 (septiembre), páginas 340-342.

(173) El artículo 1.161 no puede ser utilizado por el deudor, pues es al acreedor a quien defiende y el que no puede ser compelido a recibir la prestación de un tercero, cuando la cualidad o circunstancia de la persona del deudor se hubiera tenido en cuenta al establecer la obligación.

indeseable a que se llega con la teoría de la obligación de hacer y que se ha soslayado por otros, utilizando algún procedimiento indirecto, para llegar como se debe a la obligatoriedad efectiva de la promesa (174).

Ha habido un momento en que también se creyó que la jurisprudencia seguía esta misma dirección. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940, dice de un convenio que «ni tiene otro objeto que el de vincular la voluntad a la celebración de una convención ulterior, sin posibilidad de identificación con el contrato definitivo que ha de celebrarse después, ni en él se engendra otra obligación que la de prestar el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del juez, dando así irregularmente vida a un contrato, que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer». Estas palabras habían de parecer y parecieron a los juristas seguidores de la teoría de la obligación de hacer, una confirmación de su pensamiento y de que, como personalísima, no podría ser realizada sin o contra la voluntad del obligado, quedando al arbitrio de éste el elegir entre cumplir o indemnizar (175).

Sin embargo, esta sentencia no rompe la línea ininterrumpida de nuestra jurisprudencia, siempre decidida a imponer coactivamente los efectos del contrato proyectado, desde que éste es exigido. Pues aparte de numerosas sentencias en las que se aceptan tácitamente, la sentencia de 31 de enero de 1921 decide, que dándose todos los requisitos de una promesa de venta, los generales a todo contrato y los especiales de ésta (cosa y precio cierto), exigido el cumplimiento, «es notoria la obligación en que están doña A y doña B de otorgar a favor de don C y su esposa escrituraria de venta de las fincas a que el contrato se refiere, por el precio estipulado; y al no reconocerlo así la Sala sentenciadora y absolver a aquéllas de esta petición de la demanda y de la subsidiaria de daños y perjuicios, infringe los artículos al principio citados» (1.254. 1.451).

La antes citada sentencia de 9 de julio de 1940, a pesar de las apariencias, no contradice esta doctrina, sino que la corrobora,

(174) En el Derecho austriaco, basándose en el artículo 936 del Código civil y 367 E. O.; en el alemán, en el artículo 894 de su L. P. C., y en el italiano en el artículo 2.932 C. C. Sin necesidad de este apoyo, GIORGI, III, § 154, pág. 145; MESSINEO, *Manuale*, pág. 491; *Dottrina*, pág. 207; BARASSI, II, pág. 410; JOSSERAND, II, § 1.073, pág. 564; PLANTOL, III, § 1.406, pág. 524; ESMEIN EN PLANTOL, *Traité pratique*, VI, § 154, pág. 203-204.

(175) Así, CASTÁN, PUTG en loc. cit. en N. 172; también ROCA que, ello no obstante, con certera decisión, rechaza esta doctrina aludiendo el artículo 1.451 y, sobre todo, señalando con agudeza que la S. T. S. de 9 julio de 1940 y 16 de abril de 1941 se referían a un caso de insuficiencia en la determinación del objeto del precontrato, *Estudios*, I, pág. 334-335.

porque—aun aceptando el punto de vista equivocado de la obligación de hacer en el precontrato—se basaba en que la obligación de hacer supuesta «además de personalísima está *específicamente indeterminada*» (176) o sea, que el precontrato no reunía los debidos y necesarios requisitos. Doctrina más claramente expuesta en otras sentencias de la misma época, señalándose que hay requisitos «unos que deben calificarse de esenciales y otros de complementarios, siendo los primeros los únicos en que es indispensable el previo convenio de los contratantes, por no haber precepto legal del que puedan deducirse, pues los otros, si al llegarse el momento oportuno de la redacción no se ha llegado a acuerdo sobre ellos, pueden ser *suplidos* en armonía de las prescripciones legales aplicables, ante la *necesidad de llegar al cumplimiento del convenio de formalización de escritura*» (177). Cuando la promesa de contrato contiene sus requisitos esenciales, los Tribunales habrán de obligar a su cumplimiento, y sólo cuando el «contrato preliminar no ofrece *base bastante* para llegar a esta constitución *sin nuevo convenio*» será imponible (por indeterminación del objeto de la obligación) imponer el cumplimiento forzoso (178); y sólo cabrá, en su caso, el pedir indemnización de daños y perjuicios si es que medió culpa al negarse una u otra parte a seguir o concluir los tratos (responsabilidad extracontractual).

La doctrina de que la promesa de contrato produce la obligación de tener que cumplir lo pactado, pudiéndose condenar al que prometió la venta a la entrega de la cosa y al otorgamiento de la escritura pública de venta, está admitida reiteradamente por el Tribunal Supremo. Así, ha dicho que cuando hay un verdadero «compromiso de vender», éste no da lugar sólo a una indemnización de daños y perjuicios, sino que su «*cumplimiento* puede perfectamente ser *exigido* al amparo del citado (art. 1.451 Código civil) precepto» (179); que «el convenio posterior de retransmisión de lo comprado es constitutivo de *promesa* de nueva venta, que si bien no es equiparable en absoluto al pacto de retraer, produce *igual efecto obligacional de cumplimiento de lo pactado*, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.451 del Código civil» (180):

(176) Se había pactado constituir una sociedad, sin señalar su forma, diciéndose que sería «la que se estimase más conveniente», no poniéndose de acuerdo las partes por querer los más acomodarla a la forma anónima y otros a la comanditaria.

(177) S. T. S. 5 de julio de 1940; se había pactado constituir una sociedad de responsabilidad limitada, aunque no se habían determinado todos los requisitos exigidos para su inscripción en el Registro mercantil.

(178) S. T. S. 16 de abril de 1941, sobre la misma cuestión y entre los mismos litigantes respecto a los que recayó el fallo antes citado de 9 de julio de 1940.

(179) S. T. S. 7 de febrero de 1945.

(180) S. T. S. 6 de marzo de 1947: se condena a otorgar escritura pública de venta. Respecto a la cláusula compromisaria, la S. T. S. de 24 de marzo de 1947 dice que «confería a cada uno de los contratantes acción para exigir del otro el cumplimiento de lo pactado y el otorgamiento de la correspondiente escritura de compromisos».

en fin, la sentencia de 1 de julio de 1950 consolida esta doctrina legal (181), y en ella, además, se apunta la teoría más exacta sobre la naturaleza del precontrato, al señalar que «para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar *no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad* por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato», rechazando con singular acierto el «circuitus inutilis» y, con ello, la teoría de la obligación de hacer.

De este modo, el buen sentido jurídico de nuestro más Alto Tribunal ha sabido mantener la línea tradicional de nuestro Derecho, dar la solución más justa y más conforme a las necesidades prácticas y, sin dejarse extraviar por las confusiones doctrinales, señalar la dirección que deben seguir los estudios teóricos para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la promesa de contrato.

En el caso de imposibilidad de ejecución específica, culposa o negligente, habrá de acudirse a las reglas generales sobre obligaciones y contratos (art. 1.451 Código civil).

d) *Extinción de la relación jurídica creada por la promesa de contrato.*—La relación jurídica creada por la promesa de contrato no se extingue al exigirse el cumplimiento del contrato prometido, pues—como se ha dicho—éste no es más que el desarrollo de la relación jurídica iniciada por el precontrato. La extinción se producirá cuando al irse a cumplir el contrato proyectado se cambie o altere de modo esencial su contenido, o sea, cuando haya novación (182). Además de por los modos normales de extinción de las obligaciones, las originadas por la promesa de contrato se extinguirán por no haberse ejercitado la facultad (de pedir el cumplimiento del contrato) dentro del plazo marcado para ello, o en su caso, que se le marque judicialmente; estando naturalmente sometidas a las reglas generales de la prescripción (art. 1.964 Código civil). La doctrina y la práctica judicial en algunos países utilizan también ampliamente la presunción de abandono o la renuncia tácita, en los casos en que no se ha ejercitado dicha facultad ni mostrado ninguna actividad que indique intención de ejercerla durante un período de tiempo que excede del normal en la práctica de los negocios (183).

(181) Vide el texto de esta importantísima sentencia en este ANUARIO. III, fascículo III, 1950, págs. 997-1000.

(182) En el caso de promesa de venta en que el vendedor se exima de responder por evicción y en que después, al redactarse la escritura de venta, se pacte esta obligación, «en tal caso la obligación primitiva se entiende novada y sustituida por la últimamente establecida». S. T. S. 11 de octubre de 1899: en caso de distintos documentos, de promesa uno y otro de venta. «a este último documento hay que atender para calificar la convención, así como el pacto agregado de retroventa y las condiciones de éste» (no se fijaba el plazo de diez años señalado en la promesa y, por eso, se entenderá ahora aplicable el legal de cuatro años). S. T. S. 18 de marzo de 1911.

(183) OSSORIO, pág. 101; PLANTOL, II, § 1.408, pág. 524; KAMPHUTZEN, pág. 20.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de Arrendamientos

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho Civil y Abogado del I. Colegio de Madrid

SUMARIO.—I. LA EQUIVALENCIA EN LOS CONTRATOS ONEROSOS: 1. *Contratos a título gratuito y a título oneroso*. 2. *Equivalencia objetiva y subjetiva*. 3. *Tutela de la equivalencia subjetiva*. 4. *Tutela de la equivalencia objetiva*. 5. *La cláusula rebus sic stantibus*.—II. LA EQUIVALENCIA EN LA LEGISLACIÓN DE ARRENDAMIENTOS: 1. *Consideración general*. 2. *La equivalencia inicial: fijación de la renta*. 3. *La equivalencia durante la vida del arrendamiento*.—III. LA EQUIVALENCIA Y LA PRÓRROGA FORZOSA: 1. *Continuación del contrato originario*. 2. *Régimen aplicable a los arrendamientos complejos*. 3. *Improcedencia de la prórroga en los arrendamientos ad meliorandum*.

I

LA EQUIVALENCIA EN LOS CONTRATOS ONEROSOS

1. Los contratos que comportan el enriquecimiento patrimonial de una de las partes, se divide en contratos a título oneroso y a título gratuito, según que ese enriquecimiento o ventaja patrimonial se haga o no a cambio de una contrapartida o contraprestación, de un *equivalente*, a favor del otro contratante.

Esta idea de equivalencia fué recogida con nitidez por el Código civil italiano de 1865, al decir en su art. 1.101: «Es a título oneroso el contrato en que cada uno de los contratantes pretende, *mediante equivalente*, alcanzar una ventaja: a título gratuito o de beneficencia aquél en que cada uno de los contratantes pretende conseguir del otro una ventaja *sin equivalente*» (1).

La misma idea sirve de soporte a la distinción en autores y ordenamientos, aunque no la expresen siempre con igual claridad (2).

(1) Vid. MANENTI, *Sul concetto di donazione*, en «Rivista di Diritto civile», 1911, págs. 368 y 369.

(2) Cfr. MAURY, *Essai sur la rôle de la notion d'équivalence en droit civil française*, Paris, 1920.

Mas la equivalencia, o si queremos emplear otra fórmula, el equilibrio de las prestaciones (3), con ser criterio fundamental de clasificación, no es criterio unívoco, y, por eso, precisa ser matizado para determinar—como pretendemos—su valor en orden a la trascendencia jurídica de su desconocimiento práctico.

De equivalencia puede hablarse en sentido diverso dentro del grupo de los contratos onerosos. Y de aquí la clasificación que se hace de ellos.

Además, para cada tipo de contratos onerosos cabe aún distinguir una equivalencia en sentido objetivo y otra en sentido meramente subjetivo, apreciada por las partes.

Onerosos son los contratos conmutativos y los aleatorios, porque en ambos hay ventajas equivalentes para los contratantes, pero mientras que en los conmutativos esas ventajas son ciertas y determinadas desde el principio, en los aleatorios la equivalencia queda afectada por la suerte (el *aleas* del contrato), que puede favorecer indistintamente a cualquiera de las partes. Y esto ocurre tanto si el riesgo recae, *de facto*, exclusivamente sobre uno de los contratantes (juego y apuesta, por ejemplo), o se distribuye entre ellos en cierta medida (caso del seguro, renta vitalicia, etcétera).

En el contrato de apuesta las partes crean artificialmente el riesgo para que recaiga sobre una de ellas y en beneficio exclusivo de la otra, pero el contrato es oneroso porque se da en él la nota de equivalencia: es una equivalencia de aleatoriedad, porque el riesgo amenaza por igual a ambas, que aceptan el sacrificio probable ante el estímulo de la esperada ganancia.

En el seguro se hace participe al asegurador de un riesgo que, sin el contrato, hubiera amenazado exclusivamente al asegurado, y esto mediante un equivalente (las anualidades o premios) que—como en el ejemplo anterior—es equivalente aleatorio, pues lo mismo puede beneficiar al asegurado que al asegurador (según que el riesgo se produzca o no de hecho y según el número de anualidades o premios satisfechos).

Aun dentro de los contratos conmutativos tampoco tiene siempre igual sentido la equivalencia de las ventajas y sacrificios patrimoniales. Así en un contrato de cambio (compraventa, permuta, arrendamiento, etc.), las ventajas están cuantitativamente determinadas *ab initio*: lo que no ocurre en los parciales: en éstos uno promete a otro ciertas prestaciones a cambio de una cuota en la ganancia que el otro se propone (4). La cuota de participación, aunque sea relativo, es también un medio de de-

(3) La ventaja equivalente puede ser simultánea o no: cabe que se haya realizado o que tenga que producirse en momento posterior, según el juego contractual. Vid. ADDEO, *Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi*, Torino, 1921.

(4) Cfr. ENNECERUS, *Derecho Civil. Parte general*, II, trad. esp., Barcelona, 1935, pág. 75.

terminación, que excluye el riesgo característico de los contratos aleatorios.

2. Todo esto por lo que mira a los diversos grupos de contratos onerosos (5), en los que se da siempre la nota de equivalencia. Mas para cada uno de ellos cabe todavía distinguir una equivalencia en sentido objetivo y otra en sentido meramente subjetivo.

La equivalencia objetivamente considerada se atiene a la valoración económica de las contraprestaciones e invoca en su defensa la idea de justicia conmutativa (igualdad y proporcionalidad de sacrificios y ventajas para las partes).

La equivalencia en sentido subjetivo se escuda en la idea de autonomía contractual, base del sistema secular en los ordenamientos civiles, dejando al libre juego de los estímulos individuales el logro de la idea de justicia que late en la equivalencia objetiva.

El Derecho—dice IHERING—reconoce el poder regulador y legítimo del egoísmo. Su concepción es ésta: cada una de las dos partes mira su propia ventaja y trata de aprovecharse de la menos favorable posición de la otra parte. Esta desigualdad de posición puede degenerar en un verdadero estado de coacción cuando existen de una parte el máximo de necesidad, y de otra un medio exclusivamente suyo de satisfacer aquélla. El necesitado no tiene en este caso más remedio que someterse a las condiciones impuestas por la adversa. El que se ahoga, ofrece su fortuna por el cabo de una cuerda; el que muere de sed en el desierto, da sus perlas a trueque de un sorbo de agua; Ricardo III, en Shakespeare, grita: «mi reino, por un caballo». Cuando de ello depende la vida, la cosa más infima adquiere un precio inestimable.

Pero fuera de estas circunstancias extraordinarias, IHERING encuentra la solución en la idea de equivalencia subjetiva: El egoísmo de aquel que quiere recibir lo más posible, tropieza con idéntico sentimiento de aquel que trata de dar lo menos posible. El equilibrio se produce en un punto de indiferencia, que es el *equivalente*. La experiencia establece este equilibrio entre la prestación y la contraprestación y fija una tasa del salario (de la prestación real), gracias a las cuales ambas partes adquieren su derecho, sin pérdida para ninguna de ellas. El equivalente realiza la idea de justicia en la esfera en que se mueve el comercio jurídico (6).

(5) No podemos ocuparnos—por no importar a nuestro objeto—de los contratos remuneratorios, que, para algunos, cabalgan entre los onerosos y gratuitos. Vid. LÓPEZ PALOP, *La donación remuneratoria y el art. 622 del Código civil*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», III, Madrid, 1945, pág. 9 y sigs.

(6) IHERING, *El fin en el Derecho*, trad. esp., Madrid, s. a., págs. 87-89.

Al revisar recientemente el concepto de lesión, GÓMEZ ACEBO viene a expresar el mismo pensamiento. Es evidente—nos dice—que el ideal de justicia en los contratos conmutativos exige un equilibrio en el valor de las prestaciones. Toda prestación tiene un valor, no sólo subjetivo, sino también objetivo: es la *communis aestimatio*. Ahora bien: este ideal de justicia en la vida no existe ni puede existir. Los contratos, que son el medio jurídico por el cual los humanos proveen a sus necesidades, recogen el egoísta materialismo congénito en ellos, con lo que resulta que en la mayoría de los casos constituyen verdaderos atentados a aquel ideal de justicia. El Derecho, que es, primero y antes que nada, instrumento de paz social, impone a ultranza el *pacta sunt servanda*. Con ello la voluntad jurídica legitima aquellos desequilibrios en el valor de las prestaciones y hay que estar a lo convalidado. En definitiva—concluye—el consentimiento absolutamente libre legitima el contrato por entero, aunque la lesión sea gravísima.

Por eso quiere llevar el fundamento de la lesión rescisoria a la teoría del acto ilícito: para que la lesión pueda ser omnicomprendensiva y, por tanto, fecunda, debe descansar en un concepto, como el del acto ilícito, inmutable *per se*, pero con fisonomía cambiante al unísono del opinar ético social (7).

Así se impone, como postulado central de la contratación, la idea de equivalencia meramente subjetiva, en la que lo único que importa es dejar a salvo la autonomía de las partes, nervio del principio de seguridad jurídica.

Todo lo que en vía normal puede hacer el Derecho—afirma BARASSI—es exigir que el precio sea efectivamente considerado por cada uno de los contratantes como equivalente efectivo, que se mantenga de verdad la apreciación subjetiva (8).

O como escribe GARCÍA DE ENTERRÍA: el equilibrio contractual se logra a través del mecanismo sinalagmático y no por la equivalencia material económica (9).

Posición que expresa con justeza CASTRILLO al referirse a la justicia en el ámbito contractual: de todas las valoraciones posibles fundadas en la utilidad subjetiva, en la utilidad objetiva, etc., las partes fijan la unidad de medida por sí mismas, luego de los tanteos propios del sistema, y de la lucha de intereses que el egoísmo individual hace propia del tráfico, del cual es el alma

(7) GÓMEZ ACEBO, *Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica*, en «Revista de Derecho Privado», XXXIV, 1950, págs. 404 y 509.

(8) BARASSI, *Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, en «Rivista di Diritto Commerciale», XV, 1947, I, pág. 14.

(9) *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en «Revista de Administración pública», I, 2, 1950, pág. 80.

misma. La medida es su *medida*. En principio, la medida es matemáticamente justa (10).

Es el triunfo del sistema de la autonomía que, con abandono de criterios objetivos, deja en libertad a los contratantes para la apreciación de sus intereses, siempre, claro está—como advierte FUNAIOLI—que se desenvuelvan con normalidad; su actividad debe ser tolerada mientras sea normal (11).

3. La ley toma en cuenta—de ordinario—la equivalencia subjetiva y ofrece a las partes variados remedios para mantenerles en el equilibrio de las prestaciones, tal como por ellas fué pactado (12).

Ante el desequilibrio sobrevenido o que se teme pueda sobrevenir—por causas imputables o no a uno de los contratantes—se protege la equivalencia subjetiva mediante la modificación de las prestaciones para acomodarlas al módulo contractual o con el remedio extremo de la resolución que faculta a desligarse del vínculo a la parte que resulta víctima de ese desequilibrio, o con la excepción que permite dilatar el cumplimiento de la obligación mientras la otra no cumpla debidamente o asegure su cumplimiento.

a) *Reducción de las prestaciones por un desequilibrio sobrevenido no imputable a las partes.*

El Código civil trata de restablecer—en materia de arrendamiento de cosas—la equivalencia subjetiva en dos supuestos:

— Si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra; pero si la reparación dura más de cuarenta días, debe disminuirse el precio del arriendo a proporción del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado (art. 1.558).

— El arrendatario de un predio rústico tiene derecho—salvo pacto en contrario—a rebaja de la renta en caso de pérdida de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos.

(10) CASTRILLO, *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*, en «Anuario de Derecho civil», II, 1949, pág. 591.

(11) FUNAIOLI, *La concezione individualistica del diritto e la validità dei negozi giuridici*, en «Rivista di Diritto commerciale», XXVIII, 1930, I, página 146.

(12) La regla sobre el carácter subjetivo de la equivalencia presupone—advierte BARASSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Milano, 1948, pág. 442—que pueda, en efecto, existir equivalencia entre la ventaja y el sacrificio de cada contratante. Problema distinto es el que nace de la eliminación de la ventaja o de la pérdida. En tal caso no hay cuestión ninguna de equivalencia; y por faltar entonces uno de los términos que la equivalencia exige, se deforma el tipo contractual, por dejar de ser a título oneroso. Esa es la razón de condenarse el pacto leonino (art. 1.601 de nuestro Código civil).

entendiéndose por tales el incendio, guerra, peste, inundación insólita, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever (art. 1.575).

b) *Resolución por el desequilibrio sobrevenido imputable a una parte.*

En este grupo figuran:

— La facultad resolutoria tácita del artículo 1.124 del Código civil, y su aplicación al arrendamiento, a tenor del artículo 1.556: «Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, dejando el contrato subsistente.» El término *rescisión* que emplea este precepto corresponde en rigor al concepto de *resolución*, acogido, con mejor técnica, por el artículo 1.124.

— El comiso en el censo enfiteútico (art. 1.648) y los remedios que establecen los artículos 1.659 y 1.660 para el censo consignativo y el 1.664 para el reservativo. En estos casos el desequilibrio sobreviene por el incumplimiento imputable a una de las partes.

— La regla establecida en el artículo 1.505: «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiere pactado mayor dilación.»

— Los supuestos de resolución que previenen los artículos 329, 330, 332 y 336 del Código de comercio, en materia de compraventa, y el 389 del mismo Código en caso de seguro. En todos ellos se emplea el término de rescisión impropriamente, debiendo entenderse en sentido técnico de resolución.

c) *Resolución o reducción, como garantía legal, ante un desequilibrio sobrevenido o temido.*

Con independencia de la culpabilidad de las partes—que puede no existir—, la ley establece el remedio de la resolución o de la simple reducción de las prestaciones cuando aparece una circunstancia que produce o hace temer que se produzca un desequilibrio, una quiebra, en la equivalencia subjetiva del contrato.

Son ejemplos típicos de esta garantía legal:

— El caso contemplado por el artículo 1.503 del Código civil: «Si el vendedor tuviere fundado motivo para la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta.

— La mal llamada rescisión del artículo 328, apartado. 1.º, del Código de comercio: «En las compras de géneros que no se tengan a la vista ni puedan calificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se entenderá que el comprador se reserva la facultad de examinarlas y de rescindir libremente el contrato si los géneros no le convienen.» Trátase también de resolución.

— La acción resolutoria en los casos de resultar la cabida o calidad de la finca comprada distintas de las estipuladas, si no opta el perjudicado por la modificación proporcional del precio (artículos 1.469 del C. c., que habla de «rescisión del contrato»; 1.470, que, con mayor propiedad, emplea el giro «desistir del contrato»; y 1.471, que se refiere también a la acción resolutoria, a pesar de decir «a no ser que el contrato quede anulado»).

— Las acciones por saneamiento de vicios o defectos ocultos: para pedir la resolución (acción redhibitoria, arts. 1.483, 1.486, 1.487, 1.488 y 1.498 del C. c.), o la simple reducción proporcional del precio (acción estimatoria o *quanti minoris*, arts. 1.486 y 1.499). El fundamento de estos remedios no es otro que la garantía de la equivalencia subjetiva. Trátase de vicios o defectos jurídicos de la cosa (carga o servidumbre no aparente, sin mencionarla la escritura), «de tal naturaleza que deba presumirse *no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido*» (artículo 1.483); o de defectos ocultos que hacen la cosa vendida «impropia para el uso a que se la destina», o que «disminuyen de tal modo este uso que, *de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*» (art. 1.484).

— La facultad, en casos de evicción, de resolver el contrato (artículo 1.479 del C. c.), o de exigir la indemnización correspondiente (art. 1.478), o de optar por uno u otro remedio para lograr el restablecimiento de la equivalencia pactada (art. 1.540).

d) *Suspensión del cumplimiento de la obligación mientras la parte culpable no cumpla debidamente.*

Cuando una de las partes no cumple su obligación o no la cumple en los términos debidos, puede la otra, ante el peligro de que sobrevenga un desequilibrio contractual, dilatar el cumplimiento de la suya—sin incurrir en mora—hasta que aquélla se decida a realizar su prestación.

Esta facultad se da en los casos en que las prestaciones de una y otra parte deban realizarse simultáneamente—lo que ocurre cuando no se establece otra cosa en la ley o en el contrato—y se ejercita por medio de dos excepciones dilatorias: *la exceptio non adimpleti contractus* y *la exceptio non rite adimpleti contractus*. Tienen su apoyo, a juicio de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (13), en

(13) Anotaciones a ENNECERUS. *Derecho de obligaciones*. I. Barcelona. 1933. págs. 168 y 169. En igual sentido CASTAN. *Derecho Civil español común y foral*. 5.ª ed., II. Madrid. 1941. pág. 474.

el artículo 1.100 del Código civil: «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe»; precepto que concuerda con el principio del artículo 1.124 interpretado por la jurisprudencia en el sentido de justificar el incumplimiento de la otra, que no tiene por ello derecho a exigir que la otra cumpla, pues ésta puede defenderse cuando sea demandada (Sentencias 28 junio 1893, 7 octubre 1895, 8 julio 1903, 9 julio 1904, 19 junio 1913, 6 noviembre 1923, 11 abril 1924, 10 febrero y 1 abril 1925 y 29 diciembre 1926).

Una aplicación particular de esta facultad se encuentra en el artículo 1.466 del Código civil: «El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.»

e) *Suspensión del cumplimiento de la obligación mientras no se asegure el cumplimiento improbable de la otra parte.*

Es un caso distinto del anterior, pues no exige que las prestaciones de ambas partes deban realizarse simultáneamente y porque, además, las excepciones dilatorias citadas no pueden eliminarse prestando caución.

Encontramos este caso, como garantía legal para evitar el desequilibrio de las prestaciones, en la compraventa:

— A favor del vendedor, en el artículo 1.467: «Tampoco tendrá obligación el vendedor de entregar la cosa vendida cuando se haya convenido en un aplazamiento o término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio. Se exceptúa de esta regla el caso en que el comprador afiance pagar en el plazo convenido.»

— Y a favor del comprador, en el artículo 1.502: «Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio, en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago.»

4. Mas la ley que, de ordinario, toma en cuenta la equivalencia subjetiva, evitando—como en los casos que acabamos de indicar—las consecuencias de un desequilibrio sobrevenido (14), se

(14) Generalmente—dice PUIG PEÑA—el ordenamiento jurídico se contenta con restablecer el equilibrio patrimonial perturbado por el incumplimiento, colocando el patrimonio del perjudicado en la situación que debía tener si el obligado a la prestación hubiera cumplido: pero en ocasiones llega a más, y descarga todo el peso de su reacción contra determinados incumplimientos.

cuida también de eliminar la falta de equivalencia objetiva en el momento inicial del contrato cuando se dan determinadas circunstancias.

En nuestro ordenamiento civil encontramos dos remedios del signo indicado: la rescisión por lesión económica y la represión de los contratos usurarios. La primera faculta al perjudicado para obtener la ineficacia del contrato; la segunda le permite pedir la nulidad de las prestaciones excesivamente onerosas e ilícitas.

a) *Rescisión por lesión económica.*—Nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de abril de 1943, ha fijado con precisión y claridad el carácter de este remedio, a propósito de un caso de rescisión de operaciones particionales: «las acciones de nulidad y rescisión, aun presididas por la nota común de ser medios que tienden a la ineficacia del negocio jurídico, son inconfundibles específicamente por ofrecer un contenido de sustantividad propia con caracteres bien manifiestos, entre los que, sin pretensión agotadora, cabe señalar: 1) su distinto origen, en cuanto la nulidad absoluta o relativa parte de la carencia o vicio sustancial, respectivamente, de los requisitos esenciales del acto o contrato, y la rescisión presupone que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, si bien concurren en ella determinadas circunstancias—*en general un agravio jurídico-económico*—que obstan a su eficacia, según revelan los artículos 1.290 y 1.300, en relación, por lo que a particiones se refiere, con el 1.073 y con el 1.081 del Código civil; 2) su distinta naturaleza, puesto que la nulidad es acción principal y la rescisión es subsidiaria, sólo utilizable a falta de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (arts. 1.294 y concordantes del mismo texto legal), y 3) los distintos efectos que producen, ya que la nulidad invalida siempre el acto o contrato, mientras que la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado, y sus consecuencias, o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión inferida, según proclama el artículo 1.077, entre otros, del Código civil».

b) *Los contratos usurarios.*—La Ley de 23 de julio de 1908, en su artículo 1.º, apartado 1.º, dispone: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.»

llevando los hechos a la esfera propia del Código penal (*El incumplimiento contractual como acto injusto*, en «Revista de Derecho Privado», XXIX, 1945, pág. 151). Vid. también QUINTANO RIPOLLES, *Incumplimiento de obligaciones sancionado criminalmente*, en la misma Revista, XXVIII, 1944, páginas 728 y sigs.

La jurisprudencia venía exigiendo para la apreciación del carácter usurario de un contrato la existencia conjunta de todos los requisitos del artículo citado, es decir, un interés desproporcionado y una situación del prestatario angustiosa, o de la limitación de facultades, con lo que la ley de Azcárate representaba un enérgico amparo de la equivalencia contractual en sentido subjetivo.

A partir de la sentencia de 24 de marzo de 1942 ha sentado la doctrina—reiterada por las de 12 de julio de 1943, 18 de junio de 1945 y 15 de diciembre de 1945—de que «basta se aprecie la existencia de un interés pactado notablemente superior al normal y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso para que proceda declarar la nulidad del contrato sin que se requiera ninguna otra circunstancia».

Con esta doctrina—comenta DUALDE—la usura prácticamente tiende a fundamentarse en la apreciación de las circunstancias objetivas del préstamo a base de una *falta de equivalencia*. Es decir, que la ley pone en la balanza las prestaciones de las partes, y por parecerle mal la pesada, la anula, aunque a las partes les pareciera bien el contratar (15)

El carácter objetivo de esta orientación aproxima las figuras de usura y rescisión por lesión, pues ambas representan una reacción de la ley contra «un agravio jurídico-económico» inicial, que se reprime con independencia de que existan o no en el contrato los vicios tradicionales de error, intimidación o dolo, que sirvieron de fundamento en otro tiempo a esas instituciones (16). Se impone, así, el pensamiento del precio justo tan grato a los canonistas (17), aunque limitado a los supuestos que la ley taxativamente señala al fijar el ámbito de la usura y de la rescisión.

5. Para completar el cuadro de los remedios contra el desequilibrio de las prestaciones parece obligado hacer una sumaria referencia, en estas notas, a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Cuando se invoca esta cláusula—que, siguiendo a los viejos autores, se entiende por muchos implícita en los contratos (18)—

(15) DUALDE. *Los imperativos contractuales*. en «Anuario de Derecho Civil», II, 1949, pág. 535.

(16) Vid. SALVIOLI. *La dottrina dell'usura secondo i canonisti e i civilisti dei secoli XIII e XIV*, en «Studi giuridici in onore di Fadda». Napoli, 1906, págs. 259 y sigs.; ROTONDI. *Vecchie e nuove tendenze per la repressione dell'usura*, en «Rivista di Diritto civile», III, 1911, págs. 237 y sigs.; MEYNAL. *Quelques notes sur l'histoire de la rescision pour lesion des contrats entre majeurs au moyen age*, en «Studi in onore di Vittorio Scialoja». Milano, 1905, págs. 339 y sigs.

(17) Sobre el «pretium iustum», cfr. BUSSI. *Del concetto di commercio e di commerciante nel pensiero giuridico musulmano in relazione alla storia generale del diritto*. en «Studi in memoria di Aldo Albertoni», III, Padova, 1933, pág. 9 y sigs.

(18) «Est regula—decia MANTICA—*quae ex bono etiam et aequo descendit ut contractus debeat intelligi rebus in eodem statu manentibus*» (*Vaticana Incubationis de tacitis e ambiguis conventionibus*, 1.621. Lib. II, tit. IV, página 95).

quiere someterse a examen el período que media entre perfección y consumación para determinar si las circunstancias han afectado en tal volumen los efectos contractuales que precisa modificar las consecuencias normales de los mismos, como tributo a los más altos principios de justicia (19).

No basta, en estos casos, para restablecer el equilibrio el remedio de la rescisión por lesión, porque ésta sólo examina el momento de perfección del contrato, y no le importan los cambios del estado de hecho que sirvió de base a las partes para vincularles.

Estos cambios del estado de hecho, no deben confundirse tampoco, como indica BARSANTI, con *los casos fortuitos o de fuerza mayor*. Estos, para extinguir la obligación, han de comportar la imposibilidad absoluta de la prestación, en las obligaciones de hacer, y deben afectar al objeto mismo del contrato en las de dar. Por el contrario, el cambio de circunstancias que permite el juego de la cláusula no supone la imposibilidad absoluta o relativa de la prestación, ni recae precisamente sobre el objeto del contrato: exige sólo una perturbación externa del equilibrio de las relaciones (20).

La aplicación de la cláusula se dirige a permitir que la parte perjudicada por el desequilibrio sobrevenido obtenga la resolución del contrato o la simple revisión del mismo.

Entre los autores modernos se extiende la idea de la revisión, que ya contaba con partidarios entre los antiguos (21), por lo general más inclinados a la resolución contractual.

Hay casos—nos dice CASTRILLO—en los cuales la resolución, si es conforme a la equidad en cuanto libera al deudor de un gravamen carente de conexión con la base primitiva, no lo es en cuanto priva al deudor de los beneficios que, según el contrato sinalagmático, tiene como acreedor. La resolución mira sólo a una de las facetas: evita la ruina del deudor al liberarle de una obligación imposible, pero puede arruinar al mismo deudor porque le priva de un derecho de acreedor que, a veces, alcanzará el rango de vital desde el punto de vista económico. La resolución es un remedio heroico para la mitad del problema. La otra mitad sólo puede encontrar solución adecuada en la revisión (22).

(19) CANDIL. *La cláusula «rebus sic stantibus»*. Sevilla, 1942, pág. 39.

(20) BARSANTI. *Risolubilità dei contratti a lungo termine per successivo mutamento dello stato di fatto*, en «*Archivo Giuridico*», LXIII, 1.899, pág. 10.

(21) RICHIERI afirmaba el principio de la reducibilidad de los contratos de tracto sucesivo si han llegado a ser inicuos con el tiempo. «...ita enim suadet aequalitas in omnibus contractibus servanda» (*Univ. civ. et crim. jurisprudentia*, Lande Pompeia. 1.826, Lib. II, tit. V, vol. II, pág. 77).

(22) CASTRILLO. *La guerra y los contratos*, en «*Revista de Derecho Privado*», XXIV, 1940, págs. 108 y 109. Vid. también PÉREZ SERRANO. *El amparo judicial para la revisión de contratos*, en «*Estudios jurídicos*», I, 1, julio 1941, pág. 25 y sigs., y MARTÍN BALLESTERO. *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada. Aportación al debate sobre revisión de los contratos*, sep. de la «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*», noviembre 1950.

En nuestra legislación especial acoge este doble criterio la ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja: en su artículo 6.º concede un derecho de resolución para los «contratos de prestaciones recíprocas»; y en el 7.º, un derecho de revisión que limita a los contratos de suministro o suministro y obra formalizados antes o durante la dominación marxista. El fundamento de la revisión se expresa muy claramente en el preámbulo de la ley: «una consideración de interés nacional, que afecta singularmente a la reconstrucción, impone la consecuencia de revisar por excepción y respecto solamente de algunos contratos como los de suministro y suministro y obra, las obligaciones válidamente pactadas que, circunstancias y acontecimientos imprevistos en el instante del otorgamiento, resultan desproporcionados en forma que, quebrantada la reciprocidad originaria del contrato, compromete gravemente la normalización urgente de la economía nacional».

Es el reconocimiento—aunque con carácter excepcional—de un nuevo remedio contra el quebranto del principio de la equivalencia subjetiva de las prestaciones, que constituye un principio básico de nuestro Derecho privado.

¿Pero cabe afirmar como principio general de Derecho la resolución o revisión de los contratos en obsequio de ese equilibrio de las prestaciones?

La jurisprudencia, que ha tenido ocasión de abordar el problema (en sus sentencias de 4 de junio de 1902, 25 de marzo de 1913, 12 de enero de 1923, 18 de mayo de 1929, 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de junio de 1944 y 5 de junio de 1945), se ha cuidado de advertir que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de otras fórmulas paralelas debe hacerse en todo caso con un extremado criterio de cautela. Niega, por eso, el carácter de principio general de Derecho al que pretende—en la generalidad de los casos—la resolución o revisión de los contratos en obsequio del equilibrio de las prestaciones.

La sentencia de 13 de junio de 1944 ha dejado sentado:

«Que, atenta nuestra legislación civil al principio de la autonomía de la voluntad en régimen contractual, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación—artículos 1.258 del Código civil y 57 del de comercio— y más concretamente, por razón del elemento de justicia objetiva, implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte que en algunas, aunque contadas situaciones, la ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio, confiriendo al juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió, según es de ver, por ejemplo, en los supuestos de preven los artículos 1.103, 1.124 y 1.154 del Código civil...»

»Por lo tanto, y no obstante los reparos de algún sector de la doctrina científica, *es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, lo que no quiere decir que éste se eleve a rango de principio general, pues no se ha de perder de vista que la ley establece como norma fundamentalmente rectora del negocio jurídico el axioma "pacta sunt servanda", por lo que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora...*»

Esta doctrina es reiterada en la sentencia de 5 de junio de 1945 :

«No puede negarse, sin posible estrago, la influencia de una corriente doctrinal que antepone a la antigua teoría de la voluntad la tesis de la declaración y permite frenar por diversos motivos y utilizando muy variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad, ya moderando los efectos de los contratos, ora limitando su obligatoriedad, según normas de buena fe que son connaturales de la contratación y rectoras de los términos en que lo convenido ha de cumplirse, no es menos cierto que el ejercicio de esa facultad, supuesta la posibilidad de que el juzgador se considere autorizado para hacerla valer... cualquiera que sea el concepto que de causa se tenga y aunque se identifique y conecte, según más moderna concepción, con el móvil impulsivo o determinante de la declaración de voluntad que se incorpora al acto jurídico, la inejecución de un acto por imposibilidad de cumplirlo o simplemente *por excesiva y normal onerosidad de las prestaciones*, no constituye, según traza nuestro Código, un caso de desaparición de la causa que por su sola virtud vicie lo que inicialmente fué válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento que por eso no determina la nulidad radical del contrato ni en muchos casos lleva consigo la rescisión del mismo.

»Que aunque esta Sala... no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del Derecho vigente, la cláusula «*rebus sic stantibus*» como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones, si lo demandasen imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido en otro aspecto... atisbos y aún aisladas aplicaciones... *sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse*, atenta al designio de que por falta de aplicación o por excesiva y normal generalización de la doctrina pudiera padecer la seguridad pública de las convenciones, tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes... porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida, *cuidó de subordinar su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado*, y aun así las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado, no puede decirse que en

casos como el de autos se haya producido un verdadero e imprescindible desequilibrio (23).

II

LA EQUIVALENCIA EN LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS

1. Si ahora examinamos el régimen de arrendamientos en la legislación especial, comprobaremos que la nota de equivalencia propia de los contratos a título oneroso se ha tenido muy presente para lograr el equilibrio de las prestaciones al tiempo del otorgamiento y a lo largo de la vida del negocio.

Cierto que esas leyes especiales introducen novedades que afectan hondamente al contrato de arrendamiento, pero esto no puede llevar a la conclusión de que la naturaleza e íntima esencia del contrato se haya quebrantado hasta el punto de poder incluir en esta figura jurídica supuestos que tuvieron tradicionalmente naturaleza distinta.

Es por demás atinada la observación de MORENO MOCHOLI, cuando señala la oportunidad y alcance de esta legislación especial.

La ley sale al paso del agobio que produce la escasez de viviendas y de los daños que origina a la tierra la indiferencia del propietario, y por ello protege al inquilino contra el alza abusiva de alquileres y dificultades para el cambio de habitación, y al labrador, que hace producir con su esfuerzo y gestión personal la tierra arrendada, contra el egoísmo y arbitrariedad de quien tal celo y constancia no demostró.

Pero ninguna de estas medidas, que tienen su origen en impulsos y afanes de orden más social que jurídico—continúa MORENO MOCHOLI—, alteran esencialmente el ser de las instituciones a que afectan, sino que determinan un equitativo acoplamiento del rigor de ciertas concepciones y principios a esa moderación y equidad impuestas por los propios fines del Derecho. Por tanto, la sustitución de la voluntad particular por la legal no quiere decir cambio de contenido, cuando aquella no se refiere al que es esencial y propio de la institución de que se trate. La duración del arrendamiento por el tiempo que determina la ley o la prórroga forzosa, afectan hondamente al contrato mismo; pero no puede decirse por ello quede desnaturalizado el derecho del arrendatario (24).

(23) Véase el comentario de CASTRILLO a estas sentencias en *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos*, pág. 582 y sigs.

(24) MORENO MOCHOLI. *Sobre la naturaleza jurídica del derecho del arrendatario*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», XV, 1, 1948, páginas 37-38.

El Derecho de contratación tradicional, tan influido por el principio de la autonomía de la voluntad, queda alterado en muchos puntos por la legislación especial, que quiebra en buena parte ese principio para sustituirlo por su contrario de heteronomía; pero uno y otro son fieles a los grandes postulados del Derecho objetivo, siempre al servicio de ideales de justicia.

Cambian en la estimación de los medios para alcanzar la equidad, la justicia conmutativa—que está en la entraña del Derecho privado—, pero coinciden en los fines, que son siempre los mismos.

El Derecho privado—afirma PELAYO HORE—aborrece la desigualdad que es propia del Derecho público y procura corregir las desigualdades que existen entre los hombres. A ello obedecen todas esas instituciones de Derecho necesario, como es la legislación del trabajo, arrendamientos, etc., y que tienden a colocar a los contratantes, al tiempo de la celebración del contrato, en un mismo plano de igualdad (25).

La preocupación por descubrir las novedades que siempre contiene cualquier norma especial, ha conducido a desfigurar muchas veces el régimen en ellas contenido, por lo que parece oportuno examinar también los puntos de semejanza con el Derecho común. De ese examen resultará la objetiva y ponderada apreciación de las normas nuevas y el marco exacto de su aplicación.

En las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos encontramos también la idea de equivalencia, pero con una peculiaridad propia del carácter de esas leyes: mientras que el régimen del arrendamiento en nuestro Derecho común se basa sobre una equivalencia de tipo subjetivo casi siempre, la legislación especial tiende al logro de una equivalencia objetiva, sin olvidar tampoco la de índole subjetiva conseguida por el juego de la autonomía contractual.

2. La preocupación de las leyes especiales de lograr en el arrendamiento la equivalencia de prestaciones se refleja en variadas normas relativas al equilibrio inicial, en el instante de otorgarse el contrato, y a lo largo de su vigencia.

Comenzando por las primeras, debemos referirnos a la fijación de la renta, punto en el que acogen criterios muy diferentes la ley de arrendamientos urbanos y las leyes sobre arrendamientos rústicos.

Para los urbanos sometidos al imperio de la Ley de 31 de diciembre de 1946, sin desconocer ésta el principio de autonomía contractual, lo limita al fijar un tope máximo de renta.

Con ello se impone en el arrendamiento de fincas urbanas el requisito del *precio justo*.

Como dice OGAYAR, la ley exige, reafirmando el principio sen-

(25) *Cláusulas de estabilización*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», II, Madrid, 1946, pág. 74.

tado por sus precedentes legislativos, que la renta, merced o precio, sea, no sólo cierta, como exige el Código civil, sino también justa (26).

Pero entendiendo que la injusticia sólo puede tener su origen—dada la escasez de locales para viviendas y establecimientos de negocio—en las pretensiones abusivas del arrendador, acoge el sistema de la tasa de rentas y establece el precio máximo de los arrendamientos en función del precio que rigiera en determinada fecha (arts. 118 a 122).

La tasa de rentas se orienta hacia la tutela de la equivalencia objetiva, pero no desconoce tampoco la autonomía de las partes. Pueden éstas fijar libremente la renta o merced y fijarla de modo definitivo mientras no sobrepasen el tope legal, con lo que, en último término, la legislación especial ampara el principio de la equivalencia subjetiva: se entiende *justo* el precio que acuerden las partes, mientras no sea *injusto* por desconocer la tasa establecida.

Distinto y por demás interesante es el sistema de la legislación especial de arrendamientos rústicos.

Rige en punto a la renta el artículo 7.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 (27), a cuyo tenor «la fijación de la renta anual en los contratos de arrendamientos rústicos *quedará al arbitrio de las partes contratantes*, no obstante lo cual, cualquiera de ellas, y una vez transcurrido un año de la vigencia del contrato, podrá acudir al Juez o Tribunal competente en demanda que se revise la renta pactada y se fije la que en lo sucesivo ha de ser satisfecida».

Se combinan aquí los dos sistemas: equivalencia meramente subjetiva durante el primer año de vigencia del contrato, y equivalencia de carácter objetivo para momento ulterior por la vía de la corrección judicial del precio, que puede instar tanto el arrendador como el arrendatario, aunque éste se encuentre limitado en muchas cosas—como en seguida veremos—por imponerle la ley el respeto de la renta libremente aceptada en determinadas circunstancias.

3. Las leyes especiales cuidan también de mantener la equivalencia de las prestaciones durante la vida del contrato.

La de arrendamientos urbanos previene distintos supuestos, que pasamos a examinar:

a) *Modificación circunstancial de la renta*.—Como quiera que la prestación del precio corresponde al disfrute del local, cuando

(26) *Exposición sistemática de la nueva Ley de Inquilinato*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», XIII, 1947, pág. 616.

(27) No ha sido derogado por las Leyes de 28 de junio de 1940 y 23 de julio de 1942, como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de diciembre de 1943 y 18 de octubre de 1948.

éste aumenta o disminuye, resulta equitativo modificar correlativamente la renta mientras duran las circunstancias motivadoras del cambio en el uso del inmueble.

A este criterio responden :

— El derecho del arrendador a participar en el precio del subarriendo en la cuantía que convenga con el inquilino, siempre que al autorizarlo reserve su participación y fije la cuantía o porcentaje de ésta (art. 19); y la obligación del inquilino de pagar el 10 por 100 de la renta, por cada uno de los extraños que con él convivan y que excedan de dos (art. 27).

En ambos casos el aumento de renta sólo dura mientras se dan las circunstancias que lo autorizan, es decir, mientras dura el uso del local por el arrendatario en mayor medida que la señalada en el contrato, pues no sólo disfruta de él el inquilino, sino otras personas extrañas a la relación arrendaticia.

— La llamada *suspensión del contrato* (28).

Se da en un doble supuesto :

«Cuando la autoridad competente disponga la ejecución de obras que impidan que la finca siga habitada, todos los contratos a que se refiere este capítulo (29) *se reputarán en suspenso por el tiempo que duren aquéllas, quedando, por tanto, suspendida por igual período la obligación de pago de la renta*» (art. 156).

Cuando se produzca perturbación en el uso del local arrendado, si «ésta se debiera a obras encaminadas, precisamente, a aumentar el número de las viviendas con que cuente la finca, los inquilinos o arrendatarios no tendrán derecho al abono de indemnización alguna, pero sí a *dejar en suspenso sus respectivos contratos*, con los efectos establecidos en el artículo 156». Así lo establece el artículo 151, apartado A).

b) *Aumento de la prestación del arrendatario por nuevos gastos que ocasiona la finca al arrendador.*—Incluimos en este grupo todos aquellos supuestos en que la ley autoriza al arrendador para exigir del arrendatario un aumento de la renta con el fin de que el equilibrio de las prestaciones no se quiebre en perjuicio de aquél. Lo que no comporta—en muchos casos—un be-

(28) Entendemos que no puede hablarse de «suspensión del contrato» en los casos de reedificación del inmueble, cuando el arrendatario tiene derecho para volver a él, según razonamos al comentar la sentencia de 15 de enero de 1940 (*Derecho del arrendatario para ocupar de nuevo la finca reconstruida*, en «Anuario de Derecho Civil», II, 1940, págs. 273 y sigs.).

(29) Alcanza la suspensión—como indica GARCÍA ROYO, *Tratado de arrendamientos urbanos*, vol. II, 2.ª parte, Madrid, 1948, pág. 261—a) inquilinato, arrendamiento de locales de negocio, arrendamiento de viviendas amuebladas, subarriendo total o parcial y relación de simple convivencia regulada por el artículo 27.

neficio para el arrendador, sino simplemente un remedio para evitarle perjuicios económicos.

Esta finalidad puede apreciarse en los siguientes casos que regula la Ley de Arrendamientos Urbanos:

— Las diferencias por elevación de precios en el coste de los servicios o suministros, cuando se trate de vivienda o local de negocio en edificación no acogida a precepto legal que prohíba su repercusión, pueden ser derramadas por el arrendador proporcionalmente a la utilización de aquellos servicios o suministros (y en caso de no existir aparatos contadores, en proporción a la renta), hallándose facultado para alterarlas en la medida en que cambie el precio legal de los mismos (art. 126, modificado por Ley de 21 de abril de 1949) (30).

— El mismo artículo 126 autoriza también al arrendador para derramar las diferencias por elevación de contribuciones—cuando se trate de edificación no acogida a precepto legal que prohíba su repercusión—entre los arrendatarios de vivienda y local de negocio proporcionalmente a la renta.

Se habla en estos casos impropiaemente de modificación de renta, pues no la hay verdaderamente—según indica FLORES MICHÉO—cuando el arrendatario aumenta su prestación, no por causa de su disfrute, y el propietario recibe el aumento, no para su utilidad o beneficio, sino para entregarlo al Estado, de quien se convierte en recaudador indirecto.

Las modificaciones propias pueden aumentar o disminuir la renta. Las impropias siempre incrementan la prestación del arrendatario (31).

— Si bien el artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido, serán de cargo del arrendador»—precepto que concuerda con el artículo 1.554 del Código civil—, la Ley establece varias excepciones por las cuales el inquilino tiene la obligación de contribuir, en determinadas circunstancias, a las obras que se realicen en el inmueble, *aunque fueren necesarias por el mero uso arrendaticio* (art. 137). La Ley se refiere con minuciosidad, en el capítulo X, al aumento de la prestación del arrendata-

(30) Al referirse a las derramas por concepto de servicios y suministros, comenta GALLARDO: «Innecesario es recordar aquí la doctrina denominada «*rebus sic stantibus*», que, sobreentendida en todas las relaciones jurídicas, quedaría desconocida en la Ley de Arrendamientos sin el precepto contenido en el artículo 126» (*Los problemas de la Ley de Arrendamientos*, en «Anuario de Derecho Civil», I, 1948, pág. 136).

(31) FLORES MICHÉO, *Modificación de renta urbana por motivos fiscales*, en: «Revista de Derecho Privado», XXXII, 1948, pág. 210.

rio por la sustitución de enseres, obras no de mejora ordenadas por la autoridad competente (32), obras de revoco de fachada y obras de mejora que contribuyan a la higiene, salubridad (33) o comodidad de sus ocupantes.

Todos estos preceptos que imponen al arrendatario un aumento en su prestación contractual, muchos de los cuales no le hubieran alcanzado de aplicarse al contrato el régimen común, son lógica consecuencia del afán que muestra el legislador para conciliar el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato con el sistema de la renta tasada.

Esa misma preocupación muestran las leyes de arrendamientos rústicos, pero con normas de signo diferente por desconocer la tasa legal de rentas. Examinaremos sumariamente la revisión, reducción y condonación de la renta y el régimen de mejoras.

a) *Revisión de la renta.*—La establece el artículo 7.º de la Ley de 1935, como derecho que compete al arrendador y arrendatario, una vez transcurrido un año de la vigencia del contrato.

El Juez o Tribunal competente, si no lograrse la avenencia de las partes, «dictará resolución, fijando la renta anual que corresponda a la finca o fincas de que se trate, teniendo en cuenta la producción normal de los predios, el precio medio de sus productos en el mercado, los gastos de cultivo y explotación, el líquido o riqueza imponible y los usos y costumbres locales en relación con la cuantía de las rentas en fincas de análogas condiciones» (34).

La revisión carece en todo caso de efecto retroactivo, y tiene por fin evitar—para lo sucesivo—la injusticia contractual producida originariamente o por circunstancias sobrevenidas.

Así lo declara la sentencia de 22 de septiembre de 1943: «El derecho de revisión de la renta es una medida excepcional que se concede a las partes contratantes para reparar la injusticia cometida al celebrarse el contrato, o la que pueda resultar, aun siendo justo al celebrarse, por variaciones que circunstancias fundamentales pueden producir.»

(32) «No se explica realmente—escriben Cossío y Rubio—por qué razón han de ser objeto de distinto trato jurídico las obras de conservación cuando son realizadas voluntariamente por el arrendador, que cuando, ante la desidia de éste, han tenido que ordenarse por la autoridad competente». (*Tratado de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1949, pág. 445).

(33) «Las mejoras higiénicas y de salubridad—dice OGAYAR, op. cit., página 629—no debían repercutir sobre el arrendamiento, pues la realización de las mismas es una obligación impuesta al dueño por la legislación sanitaria vigente».

(34) Distinto fin persigue el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que concede al arrendatario derecho para solicitar la reducción de la renta cuando el arrendador ha cometido defraudación fiscal, por percibir «rentas superiores a las que figuran como base de la contribución territorial». No mira este precepto a tutelar la equivalencia de prestaciones, sino a conseguir—con la colaboración interesada del arrendatario—un aumento en la recaudación de Hacienda.

Es un derecho de modificación contractual que recuerda, a un tiempo, la reacción contra los negocios leoninos y la aplicación—siempre excepcional—de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Quedan exceptuados de la revisión aquellos contratos que, previamente y en el momento de su formalización, fueren sometidos por ambas partes al conocimiento y aprobación judicial; pero puede obtenerse, a los tres años de la vigencia del contrato y con seis meses de anticipación, «la rescisión del mismo», siempre que la parte que la solicite pruebe «*qué circunstancias imprevisibles* han sido causa de un quebranto o pérdida durante su vigencia de más del 25 por 100 de la renta» (35). Nuevo reconocimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero con eficacia resolutoria.

Tampoco cabe instar segunda revisión hasta que haya transcurrido el plazo contractual del arrendamiento (36).

Si el contrato se prorroga por la sola voluntad del arrendatario, no puede éste pedir revisión de la renta durante el transcurso del mismo (37); pero «el arrendador no tiene cortapisa para producirla aun durante prórrogas obligadas o no» (Sent. 18 diciembre 1946).

Estas revisiones, que exigen declaración judicial, son un medio eficaz, pero complicado, para lograr el mantenimiento de la equivalencia de prestaciones durante la vida del contrato. De ahí que se limite, para convertir el derecho de revisión de la renta en «una medida excepcional», al decir de la sentencia de 22 de septiembre de 1943.

Por eso se buscó otro medio, más sencillo, de actuación automática, para lograr la equivalencia de las prestaciones durante la vida del arrendamiento rústico. Ese fin persigue el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942, al ordenar que «para los futuros contratos de arrendamientos de fincas rústicas la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará, necesariamente, en una determinada cantidad de trigo, que las partes señalarán libremente; pero su pago deberá efectuarse en dinero de curso legal, estableciendo la equivalencia a razón del precio de tasa vigente

(35) Declaran en vigor el § 3.º del art. 7.º de la ley de 1935, que establece esas circunstancias para la revisión, las sentencias de 3 de febrero y 11 de junio de 1947, puntualizando ésta que tales circunstancias «son meramente enunciativas y no excluyen la existencia y apreciación de otras».

(36) Pero el adquirente de una finca en virtud de procedimiento judicial tendrá derecho a pedir la revisión de la renta dentro del año siguiente a la fecha de su adquisición.

(37) RODRÍGUEZ JURADO justifica el precepto diciendo que «cuando un arrendatario tiene interés en continuar un arrendamiento y usa el derecho a estas prórrogas, que pudiéramos llamar unilaterales, es porque le va bien en el negocio, ya que en otro caso no parece lógico su deseo de continuar, y, por tanto, esa buena marcha del negocio se contradice con una justa petición de que se revise la renta». (*Comentarios a la legislación de arrendamiento de fincas rústicas*. Madrid, 1943, pág. 348).

para el trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, el día que la renta deba ser satisfecha» (38).

La sentencia de 4 de diciembre de 1945 afirma que el precepto quiso conjugar el principio de libertad respecto a la estipulación de renta con la idea de lograr la mayor y posible equidad y justicia en la participación de los productos del agro. Y la de 5 de marzo de 1946 declara que la Ley de 1942 quiso «eliminar la manifiesta injusticia que representaba el mantener estatificadas las rentas en numerario, cuando el dinero había perdido gran parte de su valor adquisitivo al par que los productos de la tierra alcanzan notoria elevación, lo cual fué corregido por tal medio».

La equivalencia se consigue, pues, con el ajuste de rentas por medio del patrón trigo, y con la revisión, que declara subsistente el artículo 5.º de la Ley de 1942 (39).

b) *Reducción y condonación de la renta.*—Contempla el artículo 8.º de la Ley de 1935 la pérdida o disminución de la cosecha por casos fortuitos, distinguiendo los casos asegurados de los que no lo son, y agrupando éstos en ordinarios y extraordinarios.

(38) El Decreto-ley de 30 de julio de 1949 puntualiza que no será causa de nulidad la circunstancia de que las partes contratantes hubieran fijado la renta en numerario o en especie distinta del trigo, y dicta reglas para la determinación de la renta en trigo.

Sobre la jurisprudencia anterior a este Decreto-ley vid. PÉREZ SERRANO, *La fijación de la renta en trigo y la nulidad de los arrendamientos rústicos*, en «Anuario de Derecho Civil», I, 1948, págs. 849 y ss.

(39) La Ley de Arrendamientos Urbanos se resiente de la falta de esas medidas u otras análogas para evitar el perjuicio progresivo del arrendador a consecuencia de la devaluación de la moneda. Por eso ha sido criticada en este punto por los autores, que reclaman un remedio para resolver un problema ciertamente grave.

FLORES MICHEO echa de menos «un sistema flexible de revisión de rentas para una y otra parte» (*La situación actual del inquilinato*, en «Revista Crítica del Derecho Inmobiliario», XIX, 1843, págs. 245 y ss.).

LACASA se inclina por una «fórmula dinámica»: señalar para cada vivienda, automáticamente, un precio máximo, y posibilidad de revisar la renta pactada (que no debería sobrepasar la tasa establecida), en el tiempo que se estimara oportuno señalar, para actualizarla y que fuera de acuerdo con las realidades económicas de cada momento (*El arrendamiento urbano*, I, Zaragoza, 1947, página 82). Se adhiere a su parecer CÁNOVAS CORTIÑO, *El arrendamiento y lo institucional*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», XXIV, 1948, página 235 y ss.

CÉSAR HUERTA defiende la aplicabilidad de la cláusula «*rebus sic stantibus*»: *El problema de los alquileres*, en «Revista General de Derecho», IV, 1948, páginas 143 y ss.

A juicio de ROCA SASTRE, el problema hubiera encontrado una solución más adecuada a base de aplicar, por disposición de la ley, y de una manera progresiva o por etapas, el principio a que responde la cláusula «*valor oro*», o sea adaptar al proceso de depreciación monetaria los precios de inquilinato mediante permitir unos aumentos graduales en los mismos, según resultase de una escala de coeficientes de incrementos, calculados con referencia a las varias fases de devaluación monetaria (*Eficacia de la cláusula "valor oro"*, en «Revista de Derecho Privado», XXIV, 1950, pág. 23).

Si la cosecha del año se pierde total o parcialmente por casos fortuitos extraordinarios, no asegurables, tales como langosta, guerra, terremoto y otros semejantes, la renta anual deberá ser reducida y aun condonada a petición del arrendatario.

Si la pérdida es total, de todas las cosechas del año, y se ha originado por casos fortuitos ordinarios, no asegurables, de sequía o helada, podrá ser reducida la renta hasta el límite máximo del 50 por 100.

Los riesgos asegurables no pueden servir de fundamento para la reducción o condonación; pero tanto el arrendatario como el propietario podrán, recíprocamente, compelerse para asegurar las cosechas contra dichos riesgos, debiendo el arrendador, en tal caso, satisfacer la prima correspondiente a la cantidad que perciba como renta y el arrendatario el resto.

c) *Régimen de mejoras*.—La Ley de 1935 distingue en su artículo 20 las mejoras en obligatorias y voluntarias (40), clasificando éstas, a su vez, en útiles y de adorno o comodidad (41).

Las mejoras obligatorias—que son de cuenta del arrendador—sólo dan derecho a elevar la renta si producen aumento en los rendimientos de la finca (art. 21).

Cuando la mejora útil se debe a iniciativa del arrendador y se realiza a expensas de éste, dando lugar a un aumento en los rendimientos de la finca, tiene derecho, al igual que en las mejoras obligatorias, a una elevación proporcional de la renta (artículo 22).

Pero si esta mejora útil produce un aumento de renta superior al 10 por 100 de ésta o si consiste la mejora en transformación total o parcial de cultivos, la tutela de la equivalencia puede lograrse también mediante la resolución del contrato a instancias del arrendatario; derecho reconocido en el artículo 22, que habla impropriadamente de rescisión.

Dicho precepto previene todavía otro medio de mantener el equilibrio de las prestaciones, al disponer que «si, como consecuencia de las mejoras útiles realizadas en la finca por el arrendatario, se elevase la contribución territorial sin que la renta haya experimentado aumento, el arrendador podrá reclamar del arrendatario, como complemento de renta, la cantidad en que dicho aumento consista».

(40) La terminología legal se presta a confusión, a juicio de RODRÍGUEZ JURADO, *op. cit.*, págs. 416 y sigs., quien aclara el concepto de «mejoras obligatorias», entendiéndolo por tales, a los efectos del artículo 21, las que puedan ser ordenadas por los poderes públicos en disposiciones de carácter general, o aun en las especiales y concretas, pero siempre ajenas al ámbito del contrato de arriendo. Son «mejoras voluntarias», todas aquellas que se realicen por voluntad de los contratantes o por iniciativa de cualquiera de ellos, aun cuando luego se impongan obligatoriamente por sentencia de un tribunal de justicia.

(41) Vid. CERRILLO, *El régimen de mejoras en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos*, en «Información Jurídica», noviembre 1950, págs. 1.207 y siguientes.

III

LA EQUIVALENCIA Y LA PRORROGA FORZOSA

1. Si los dos fundamentos cardinales que justifican la legislación especial de arrendamientos urbanos son la prórroga del contrato y la regulación del precio del mismo—según recuerda la sentencia de 29 de mayo de 1950—no puede extrañarnos que el principio de equivalencia de las prestaciones tan cuidadosamente sancionado, con variadas medidas jurídicas, por lo que mira a la renta, se observe también con escrupulosidad en lo que concierne a la prórroga forzosa para el arrendador. Consideración igualmente aplicable a la legislación de arrendamientos rústicos, de la que, sin embargo, haremos más reducida mención porque, en el juego de su ordenamiento, aparece desde luego amparada la equivalencia, después de las prórrogas, por virtud de la revisión y del patrón trigo que examinamos con anterioridad.

La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 consagra la prórroga forzosa en el artículo 70, al disponer que el contrato de arrendamiento «se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, *sin alteración de ninguna de sus cláusulas, todas las cuales se reputarán vigentes*».

Al comentar este precepto nos dicen COSSÍO y RUBIO que la prórroga legal implica una continuación del contrato originario que no sólo no se extingue, sino que se mantiene, sin alteración de sus cláusulas, y que se impone, incluso, a la voluntad contraria del arrendador, apoyándose tan sólo en la del inquilino. Ello, naturalmente, nos demuestra que esta figura jurídica carece de carácter contractual y no puede siquiera, aunque otra cosa se haya pretendido (42), considerarse como un caso de contratación forzosa (43).

No hay contratación forzosa, ni tampoco novación del contrato por imperativo legal. Lo que la Ley quiere dar a entender—según advierte GARCÍA ROYO (44)—es que la relación arrendaticia subsiste durante la prórroga con la misma intensidad, contenido y eficacia que ostente el día del vencimiento del contrato (45).

(42) Aluden al parecer de JERÓNIMO GONZÁLEZ. *Arrendamientos Urbanos*. Madrid, 1928. págs. 62 y sigs.

(43) COSSÍO y RUBIO, *Tratado de arrendamientos urbanos*, págs. 386 y 387.

(44) *Op. cit.*, II, 1. pág. 27.

(45) Tampoco constituye verdadera novación el caso de la reducción de la renta instada por el propietario en caso de defraudación fiscal, a pesar de decir el artículo 133 que se entenderá «novado el contrato en cuanto a la renta». Vid. FLORES MICHEO. *Modificación de la renta urbana por motivos fiscales*, páginas 215 y 216; y FERRER MARTÍN, *Reducción de la renta en los arrendamientos urbanos a la declarada a la Hacienda por el propietario*, en «Revista General de Derecho», V, 1949, pág. 398.

La Ley es por demás consecuente con el criterio de equivalencia que informa todo sistema: al exigir, como vimos, no sólo el requisito del precio cierto, sino el del *precio justo*, y al descargar sobre el arrendatario —con función niveladora del equilibrio contractual— ciertos gastos que debiera realizar a sus solas expensas el dueño del inmueble, no tiene reparo en imponer la prórroga al arrendador. Dispone, por ello, que se mantenga el contrato plenamente fiel al contenido que le dieron las partes, sin temor—según su criterio— de que se rompa el equilibrio de las prestaciones, eje de todo el Derecho contractual común y también de la legislación especial de arrendamientos.

La prórroga hace pervivir el vínculo contractual *sin alteración de ninguna de las cláusulas del contrato*, porque su prórroga mantiene en pie la equivalencia de prestaciones.

2. Por eso se entiende el cuidadoso análisis que realiza la jurisprudencia en la discriminación de los contratos de arrendamiento, para separar del imperio de la legislación especial todos aquellos que, por no encajar plenamente en ellos, quedarían triturados —permitásenos la expresión— al sufrir el imperio de unas normas que, por su carácter de *ius cogens*, serían para esas relaciones contractuales un mentís rotundo al principio de la equivalencia.

Numerosos fallos pueden alegarse —dictados a propósito de figuras complejas— en confirmación de cuanto acabamos de decir. Nos limitaremos a citar algunos.

La sentencia de 7 de enero de 1948 declara que no pueden aplicarse las especiales disposiciones de arrendamiento *«tratándose de contratos distintos de aquellos en cuya contemplación han sido establecidas, y el concertado en trece de diciembre de 1929 es de naturaleza compleja*, porque su contenido obligacional abarca, además del que es propio de la relación que contempla el art. 1.543 del Código civil, el que caracteriza a una promesa de venta especializada en la moderna doctrina bajo el nombre de opción de compra susceptible, como todo contrato del que nazcan obligaciones recíprocas, de ser resuelto por decisión unilateral cuando uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe...». A un caso análogo se refiere la sentencia de 11 de febrero de 1948.

Muy de intento, aborda el tema la sentencia de 27 mayo 1950, al decir: *«Que la legislación especial de arrendamientos urbanos... fué considerada desde el primer momento como una ordenación de alcance restringido y circunstancial sin que cupiera extenderla, precisamente en atención a su carácter especial, a casos y situaciones que en ella no estuvieran concreta y determinadamente regulados; por ello, durante la vigencia de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, y aún rigiendo ya la nueva Ley articulada de 3 de abril de 1917, se estimó por la Jurisprudencia que era posible admitir que existen cuestiones derivadas de la relación arrendaticia que, bien por la singularidad de los pactos es-*

tablecidos en el contrato lícitamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil y que por exigencia legal han de ser respetados, ya porque la acción que se ejercita no tenga su apoyo en los derechos reconocidos en las normas especiales —y a esto apunta el artículo 181 de la vigente Ley reformada de 21 de abril de 1949— *caen fuera del ámbito de aquellas disposiciones y deben ser resueltas con arreglo a las normas sustantivas y procesales establecidas en la legislación civil común o foral que les sea aplicable respectivamente*, criterio que se exteriorizó en varias sentencias, entre ellas las de 3 de julio de 1941, 12 de junio de 1944, 16 de mayo de 1945 y 17 de abril de 1948, *si bien ha de precaverse que la aplicación de este criterio deberá efectuarse con la máxima cautela y la más absoluta y estricta objetividad para evitar el peligro de que, por viciosas y poco medidas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la elevada finalidad social que la Ley especial persigue.»*

«Que la naturaleza y características de las convenciones consignadas en el contrato que ha dado origen a este litigio, lícitamente establecidas y libremente consentidas por ambas partes contratantes, revelan claramente que *el contrato de 28 de febrero de 1938 no es de arrendamiento simple y corriente, sino que aparece investido de una complejidad que determina que no pueda ser incluido en todos aspectos en el régimen jurídico sobre inquilinatos* vigente el tiempo de concertarse —Decreto de 29 de diciembre de 1931—, *que contempla la relación arrendaticia únicamente en cuanto no rebasa los bordes del normal y estricto contrato de arrendamiento de viviendas*, por lo cual, ejercitándose en el litigio, la acción resolutoria del contrato por incumplimiento de cláusula esencial del mismo, cual es la obligación del arrendatario de realizar las obras de conservación y reparación necesarias, que no es el supuesto del primer párrafo del apartado b) del artículo 5.º del aludido Decreto de 29 de diciembre de 1931, ni debe confundirse con la responsabilidad que resulta de los arts. 1.563 y 1.564 del Código civil, porque ésta es de carácter general en el contrato de arrendamiento, y en el que se discute *fué expresamente pactado con manifiesta influencia de su estipulación en la moderación del precio convenido del arriendo*, es indudable que, por rebasar el caso la delimitada órbita de la legislación especial vigente en aquel entonces, debieron ser aplicadas para enjuiciarlo en las normas de derecho común...»

Por su parte, la sentencia de 14 de abril de 1950 puntualiza que, «ante la concurrencia en un sólo 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 la de 5 de abril de 1949 nos advierte que «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 cumplimiento 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...*»

3. Entre las diversas clases de arrendamientos complejos—escribe PORCIOLES—ofrecen especial interés, tanto por su mayor tipicidad como por su innegable frecuencia, los llamados arrendamientos *ad meliorandum*; es decir, aquellos en que el arrendatario asume, como obligación principal, la de mejorar la finca (ya poniéndola en mejores condiciones de cultivo o construyendo en ella), y en que el precio ha sido sustituido, por tanto, total o parcialmente, por esa obligación (46).

Se comprende que, en ocasiones, pretenda el arrendatario acogerse a la legislación especial para prorrogar el arrendamiento *ad meliorandum* contra la voluntad del arrendador. La prórroga representaría para él la continuación en el disfrute en condiciones más ventajosas, en cuanto trastornaría notablemente la equivalencia de las prestaciones. Son obligaciones contractuales: para el arrendador, la cesión de la finca durante el tiempo establecido; para el arrendatario, mejorar la finca en el tiempo pactado (obligación de hacer) y pagar una renta moderada, y siempre—como es lógico—muy inferior al precio que pagaría por el disfrute de la finca de haber concertado un arrendamiento simple.

Son derechos correlativos: para el arrendador, hacer suyas las mejoras y entrar en el disfrute de la finca—ya mejorada en el tiempo pactado—, y para el arrendatario, disfrutar la finca durante el mismo tiempo.

Pues bien: la prórroga forzosa es inaplicable a este tipo de contratos, porque ofendería gravemente la equivalencia de las prestaciones al permitir que el arrendatario continuara en el disfrute de la finca por una merced que se pactó moderada en atención a que tenía sólo carácter complementario de su obligación—consistente en un *facere*, que se agota una vez cumplido—de mejorar la finca para ponerla en manos del propietario al finalizar el término convenido.

(46) PORCIOLES. *Arrendamientos complejos*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica». II. Barcelona, 1950.

Así lo ha entendido el legislador, según resulta de la Ley de 18 de diciembre de 1946, relativa a «los contratos en virtud de los cuales el dueño del suelo cede su uso por un plazo fijo menor de treinta años para establecer plantaciones necesariamente mixtas de viña con olivar o con otras especies arbóreas no forestales que requieran un tiempo análogo o mayor para lograr su plena productividad, pagando al cesionario un canon o pensión anual en frutos o en dinero». Después de declarar en su artículo 1.º que de estos contratos nacen derechos «derivados del pacto y de las disposiciones aplicables del Derecho común», concede al arrendatario «la facultad de continuar cuando finalice el término contractual en el disfrute de la tierra en calidad de arrendatario». Lo que quiere decir, sin duda alguna, que por aplicación de las leyes especiales de arrendamiento—reguladoras solamente del arrendamiento simple—no hubiera sido posible ese derecho de continuar en el disfrute.

No hubiera sido esto posible por la injusticia de mantener la renta moderada. Por eso el artículo 4.º de esta Ley establece que la nueva renta deberá ser proporcionada a la productividad de la finca transformada y a los precios normales de renta que a la sazón rijan en la localidad.

Por su parte, la jurisprudencia ha tenido ocasión de contemplar supuestos de arrendamientos *ad meliorandum* sobre fincas urbanas y ha declarado que no quedan sometidos al imperio de la legislación especial.

La sentencia de 3 de julio de 1941 se refiere a un caso que denomina de «arrendamiento superficiario», y contiene declaraciones de gran interés: «Que examinada la relación jurídica constituida en mayo de 1915, por la que se cedió el uso de un solar mediante retribución periódica—*solarium*—con permiso de edificación, se aprecia, sin duda alguna, que se trata de un arrendamiento en el que se ha injertado un derecho de superficie, con soldadura tan íntima en un solo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando los elementos componentes, de naturaleza generalmente personal por lo que se refiere al arriendo, y, a la vez, de naturaleza real, propia del derecho de superficie, y esta misma significación en derecho ha de tener el contrato de 21 de julio de 1923, trasunto casi exacto, en su aspecto objetivo, del primitivo convenio, ya que la circunstancia de que en 1923 estuviera construido en suelo ajeno el edificio no priva de su carácter peculiar a la relación arrendaticio-superficiaria durante el plazo de su vigencia, ni mientras éste no transcurra pertenece en pleno dominio lo edificado al dueño del suelo.»

«Que, en todo caso, aunque así no fuera y se pudiera contemplar aisladamente el citado convenio de 1923, nunca podría ser calificado de arrendamiento puro y simple, porque lo impedirían las cláusulas referidas sobre la adquisición del edificio contiguo y derechos de palco y de tanteo que rebasan el marco de la do-

nación genuina para entrar de lleno en la esfera propia del derecho de superficie, en el caso de autos.»

«Que este derecho, tan pobre de legislación, a pesar de su remoto origen, que nace si: sustantividad propia, al amparo del contrato de venta o del de arrendamiento, no es regulado por el Código civil, pero lo da por subsistente en el artículo 1.611, con la trascendental declaración para el caso del pleito—según se verá después—de que hay en él dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica que lo califican de figura jurídica similar a la enfiteutis, y si bien es cierto que también el Código alude en el artículo 1.655, y asigna al establecido temporalmente desde la promulgación del texto legal al concepto de arrendamiento, no se podía pensar que el legislador quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia, anulando las características y el influjo del *ius superficiei* en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho, sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico al arriendo superficuario, señalando como normas aplicables la del contrato originario, y predominante, en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas, que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano.»

«Que otra demostración de que el contrato de 21 de julio de 1923 no es de arrendamiento simple, sino complejo, se ve patente con sólo recordar que quien arrienda ha de tener la facultad dispositiva del uso o goce de toda la cosa arrendada, y la retribución que se estipule será el equivalente económico de tal goce o uso cedido; mientras que en el contrato de referencia, ni el arrendador señor L. podía disponer libremente hasta la terminación del plazo de vigencia del contrato de 1915 del uso del teatro, ya que entretanto pertenecía en dominio útil al arrendatario G. D., como cesionario del señor de la A., ni por esto mismo el precio estipulado fué contraprestación equivalente a un pleno derecho de uso que se cediese, sino el más moderado que correspondía a coparticipación en aquel momento de las dos partes contratantes en la cosa arrendada, y esto es tan evidente que los propios interesados lo reconocieron al convenir por la cláusula 9.ª del arrendamiento que, a los efectos de la legislación sobre inquilinatos, «no se podría tener como base para un nuevo arriendo la renta o canon fijado por haberse señalado un precio excepcional, en consideración a que ha sido construído un teatro por cuenta del anterior arrendatario, de quien es cesionario G. D.»

«Que como resumen de lo expuesto puede afirmarse que el contrato de 21 de julio de 1923 no es de arrendamiento simple y corriente, aunque así se ha designado por los interesados, sino que por la variedad y naturaleza de sus pactos es un arrendamiento complejo que bien pudiera ser incluido en el grupo de los contratos innominados o atípicos, como relación arrendaticia-superficie

ria, y esta sola consideración basta para excluirlo del régimen jurídico vigente sobre inquilinatos, que contempla únicamente la relación arrendaticia en cuanto no rebasa los bordes del normal y estricto contrato de arrendamiento».

La sentencia de 17 de abril de 1948, antes citada, excluye también del régimen especial un contrato de arrendamiento *ad meliorandum*, por el distinto juego que tiene en éstos el equilibrio de las prestaciones, articuladas por la voluntad de las partes. Y así dice: «... debiendo considerarse la condición consignada en el contrato de que las obras e instalaciones debidas a la actividad del arrendatario pasen a propiedad de los arrendadores, como un pacto especial que cae fuera de las relaciones arrendaticias, que *nunca son título adquisitivo del dominio y no puede regirse sino por la legislación común*, y ese pacto tenía sin duda por explicación y contrapartida la larga duración del contrato, que ha regido durante veintidós años y se prorrogó por tres años más, y la *escasa cuantía de la renta, cuya desproporción con la importancia del negocio* fué tenida en cuenta indudablemente por el que recurre, al ofrecer en acta notarial el pago de 48.000 pesetas anuales por lo que había estado pagando 7.000.»

A este tipo de contratos no cabe aplicar la prórroga forzosa, porque la prórroga exige la continuación del contrato *sin alteración de ninguna de sus cláusulas*, y esto no es posible cuando la prórroga llevaría consigo el desquiciamiento de todas ellas, armónicamente trabadas por las partes para obtener lo que constituye el fin primordial y determinante de su acuerdo.

La continuación en el disfrute de la finca no puede hacerse, en ningún caso, por la vía de la prórroga legal, sino por la conversión del contrato en otro diferente, lo que no puede pretenderse sin una norma legal expresa. Por eso fué necesaria la Ley de 18 de diciembre de 1946, que regula un caso de conversión, lo que dista grandemente de la prórroga del contrato originario.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica

I NOTICIAS

A) NACIONALES

II Congreso Internacional del Notariado Latino

En cumplimiento del acuerdo adoptado en el I Congreso reunido en Buenos Aires en octubre de 1948 (1), se ha celebrado en Madrid, del 14 al 23 de octubre de 1950, el II Congreso Internacional del Notariado Latino.

Haciendo honor a la designación de la capital de España como sede del II Congreso, la Comisión Organizadora del mismo, presidida por el Decano del Colegio Notarial de Madrid, don Alejandro Santamaría, realizó una labor intensa que permitió no sólo el hecho de la celebración, normal y sin entorpecimientos, del Congreso, sino esa sensación de acogida maravillosa, casi de ensueño, con que han partido de España los Congresistas extranjeros.

Asistieron al Congreso las Delegaciones de 26 países: Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Ciudad del Vaticano, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Haití, Holanda, Italia, Luisiana (Estados Unidos), Luxemburgo, Méjico, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, San Marino, Suiza y Uruguay; es decir, 16 americanos y 10 europeos; en total siete países más que los que asistieron al I Congreso, pues, aunque se ha producido la ausencia de Colombia, que estuvo en Buenos Aires, se han añadido, en cambio, a la lista de entonces la Ciudad del Vaticano, Guatemala, Haití, Holanda, Luisiana, Luxemburgo, Portugal y San Marino.

El número de Delegados fué de 104, y el de Congresistas superó, según declaraciones del Presidente de la Comisión Organizadora, la cifra de 1.500. La Delegación más numerosa fué la de Argentina, que envió 20 representantes. La española, presidida por don Rafael Núñez Lagos, vicepresidente del Congreso, estuvo integrada, además, por don Alejandro Bérnago Llabrés, don José González Palomino, don Angel Sanz Fernández, don Ramón Faus Esteve, don Fausto Navarro Azpeitia, don Ramón María Roca Sastre, don Vicente Flórez de Quiñones, don Enrique Taulet y Rodríguez-Lueso y don Francisco Palá Mediano.

* * *

Antes de entrar en la reseña de la labor jurídica del Congreso, es preciso aludir a los detalles de organización y desarrollo externo del mismo. La sesión inaugural se celebró en el Teatro Español, en la mañana del día 14. Fué presidida por el Ministro de Justicia, con asistencia de los de Educación Nacional y Gobernación. En ella hablaron el Presidente de la Comisión Organizadora,

(1) Puede verse una reseña del I Congreso en este ANUARIO, tomo II, fasc. 2.º, páginas 643 y sigs.

el Presidente del Congreso, don José A. Negri, Escribano de Buenos Aires, y el Director General de los Registros y del Notariado, don Eduardo López Palop. El lunes, día 16, por la mañana, comenzaron las tareas de estudio con la reunión del Primer Pleno, en el que, tras discursos de salutación y agradecimiento de la mayoría de las Delegaciones, se procedió al nombramiento de siete Comisiones, con el consiguiente reparto de trabajo entre las mismas (2). La base de las tareas del Congreso vino dada por el temario que había elaborado la amplia Comisión de temas designada por la Comisión organizadora; no obstante, también se tomaron acuerdos fuera de temario.

Sobre las distintas cuestiones planteadas en el temario, se presentaron abundantes memorias. Especialmente numerosa fué la aportación de los Notarios españoles, por lo que, al editarse las memorias, sólo se dió a la imprenta entre las españolas una sola de cada tema. Fueron en total 33 las memorias editadas (3).

Sobre la base de las ponencias formuladas por las Comisiones, el Pleno celebró nueve sesiones; tales sesiones tuvieron lugar en el Salón del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, especialmente preparado al efecto; durante ellas funcionó un sistema de traducción simultánea análogo al utilizado en la O. N. U., que permitió, en la medida de lo posible, superar las dificultades derivadas de la diversidad de lenguas de los distintos Delegados, y de la inexistencia de un idioma oficial. Salvo en puntos concretos, en que la discusión fué animada, las resoluciones llegaron al pleno lo suficientemente trabajadas para ser aprobadas sin discusión. En general, hubo en los Delegados un alto espíritu de comprensión que permitió tomar casi todos los acuerdos por unanimidad.

La organización fué excelente, como ya dijimos, destacando en cada momento el detalle oportuno y agradable, sabiamente previsto, y que, en unión de otros muchos análogos, iba formando en el ánimo de los Congresistas una sensación total de confort espiritual, de maravillosa acogida (4).

Junto a las tareas de estudio del Congreso, fué ofrecido un nutrido programa de diversiones, cuya mayor virtud fué compenetrar a los Congresistas extranjeros con muchos aspectos de nuestra espiritualidad, nuestros paisajes y nuestra Historia, y servir de marco a un contacto más íntimo entre los Notarios de los distintos países. Así, el Congreso añadió a su labor técnica una de mutuo conocimiento y comprensión, servidora en último término del mismo espíritu hacia el que la Unión del Notariado Latino se orienta.

El día 14, por la noche, se dió un concierto de gala; los días 18 y 19 se trasladaron los Congresistas a Toledo y El Escorial; el día 20 hubo una fiesta

(2) Comisión I: Notario y Notariado; Comisión II: Cooperación internacional; Comisión III: Unión y Congreso; Comisión IV: Archivos y Registros; Comisión V: Normas funcionales; Comisión VI: Notoriedad. Fórmulas; Comisión VII: Derecho Internacional Privado.

(3) Al contenido de estas Memorias esperamos poder dedicar en un fascículo ulterior una nota especial.

(4) Una mención especial merece el Boletín del Congreso que, editado diariamente, ofreció información sobre la marcha del mismo, estampas de las ciudades y paisajes de España que los congresistas habían de visitar, semblanzas de Notarios españoles ilustres, etc. También se editaron, con motivo del Congreso, varias obras de interés notarial, destacando especialmente la edición de la célebre *Summa artis Notariae* de Rolandino.

de noche; el 21, una cena de gala, y el 22, una nueva excursión a Segovia y Riofrío. Clausurado el Congreso, los Congresistas extranjeros y algunos españoles realizaron una excursión por Andalucía, seguida de otras, de carácter voluntario, por Levante y Castilla.

El día 23 se celebró la solemne sesión de clausura en el mismo marco que la inaugural, y bajo la misma presidencia. Hablaron en ella el señor Núñez Lagos, presidente de la Delegación española; el señor Collet, de la francesa, y el señor Ochoteca, de la de Puerto Rico, estos dos últimos en representación de los países europeos y americanos, respectivamente. Finalmente, el Excelentísimo Sr. D. Raimundo Fernández Cuesta, Ministro de Justicia, pronunció el discurso de clausura.

* * *

El Congreso adoptó las siguientes resoluciones, sistematizadas según las Comisiones que las estudiaron y propusieron:

Comisión I.—I. *El ingreso en el notariado:* 1) Es recomendable que, para aspirar al ejercicio del Notariado se acredite haber cursado estudios de carácter universitario u otros equivalentes, que abarquen todas las disciplinas jurídicas normalmente necesarias para la formación profesional del Notario.

2) Dado el carácter de la profesión Notarial se reputan necesarios o indispensables cursos obligatorios de especialización, lo que no excluye la exigencia del perfeccionamiento profesional severamente controlado.

3) Se recomienda que las Facultades de Derecho incorporen a sus planes de enseñanza la Cátedra de estudio o investigación notarial.

4) La legislación de cada país determinará las condiciones de nombramiento de los Notarios entre aquellos que posean los títulos y la capacidad necesarios para el ejercicio de la función, calificados por las Corporaciones Notariales (5).

II. *Carácter permanente e inamovible del cargo de Notario:* Para el buen ejercicio de la función notarial se requieren, no sólo los requisitos de capacitación técnica determinados en el punto a), sino, además, una especial vocación profesional y una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo; por lo que se declara que el Notario debe ser inamovible a no ser por condena penal impuesta por los Tribunales de Justicia en caso de delito, o por expulsión sancionada por Tribunal de honor, integrado por sus propios compañeros, en caso de comisión de faltas que afecten al decoro de la profesión, o por jubilación en los casos en que proceda con arreglo a la legislación de cada país. Todo ello sin perjuicio de los derechos privados del Notario sancionado.

III. *Organización gremial profesional del Notariado:* a) Propender a la formación de Colegios regionales en los países con Notariado de tipo latino en que aún no existieran, debiendo el Comité permanente adoptar, con la colaboración de los Escribanos de cada uno de dichos países, las medidas que en cada caso estimen más convenientes para la obtención de tal finalidad.

b) Propender a la formación de Corporaciones o Federaciones nacionales

(5) Las Delegaciones de Uruguay y Puerto Rico hicieron constar su reserva respecto de esta resolución en el sentido de ser partidarias del libre ejercicio de la profesión notarial.

de Colegios Notariales que agrupen los Colegios regionales. Dichas Corporaciones o Federaciones de Colegios tendrán como principales objetivos la representación internacional del Notariado del país y la representación de todo el Notariado en el orden interno, pero sin que esta última representación implique en los países de constitución federal la creación o existencia de una autoridad sobre los Colegios regionales, que dentro de su jurisdicción la conservan en su totalidad.

c) Propender a que los Colegios nacionales y los Colegios regionales en los países de constitución federal asuman el doble carácter de gobierno de la función notarial de sus jurisdicciones y de representantes gremiales y científico-profesionales del Notariado.

d) Propender a que, independientemente de los propósitos que se atribuyen a los Colegios en el punto anterior, éstos fomenten cada vez una mayor capacitación científica para que el Notario en la sociedad ocupe un lugar de mayor jerarquía que lo habilite para ser el colaborador técnico más destacado con que cuenten los Estados, abstracción hecha de toda distinción o clasificación política (6).

IV. (Fuera de temario).—Inclusión para el plan de trabajo del III Congreso Internacional: la existencia y límite del Derecho Notarial en formación como rama autónoma del Derecho.

V. (Fuera de temario).—1.º Que inmediatamente después de la determinación del temario de cada Congreso se redacten por cada uno de los países adherentes breves relaciones sobre sus respectivos ordenamientos jurídicos.

2.º Que tales relaciones sean enviadas a la O. N. P. I., y por ella sean transmitidas a todos los países de manera que cada Delegado pueda afrontar los diversos temas con conocimiento de dichos ordenamientos jurídicos, necesarios para el mejor éxito del Congreso.

Comisión II.—I *Organización de un sistema corporativo internacional respecto a:*

1) *Legalizaciones.*—El Congreso debería estudiar y procurar la creación de un sistema de organización profesional de cooperación en las funciones notariales, en el orden internacional, con referencia a los artículos siguientes:

a) Cada Notariado adherido propiciará de sus autoridades nacionales que sean delegadas en las instituciones notariales locales, la legalización o autenticación de la prima y del carácter funcional del signatario, el carácter auténtico del acto y el cumplimiento de las formalidades externas del mismo.

b) Las legalizaciones delegadas en el organismo local de cooperación notarial, serán reconocidas y producirán plena efectividad, como certificación de regularidad de los elementos formales del acto, siempre que ello no sea prohibido por la ley del país donde el acto se ha otorgado (7).

(6) El informante Sr. Arce (Argentina) hizo notar cómo en España ha alcanzado el Notariado esta elevada posición como colaborador técnico del Estado.

(7) Según el informe del Sr. Allende Iriarte (Argentina), autor de la única ponencia sobre el tema de legalizaciones y miembro de la Comisión II, la resolución adoptada podría contribuir en forma indirecta a la formación de Colegios Notariales en aquellos países que no los tuvieran, y a jerarquizar la función notarial recuperando para el Notariado todo lo que al Notariado puede referirse, es decir, logrando que un acto emanado de un Notario salga con pasaporte suficiente para poderse trasladar con eficacia a cualquier parte del mundo.

2) *Capacidad civil*.—El Congreso deberá estudiar y procurar la creación de un sistema de organización profesional de cooperación de las funciones notariales, en el orden internacional, con referencia a los artículos siguientes:

a) Los Notariados adheridos procurarán la creación en sus respectivos países de un medio de publicidad de incapacidades individuales.

b) El Congreso cree necesaria la organización de un sistema internacional de información acerca de las normas que regulan la capacidad de las partes contratantes.

c) La O. N. P. I. organizará, tan pronto como sus medios lo permitan, un fichero internacional de capacidad civil, en el que de modo rápido y esencial puedan hallarse soluciones inmediatas a las dudas que pudieran existir acerca de los requisitos determinantes de la capacidad civil.

3) *Vigencia y contenido de las leyes*.—El Congreso debería estudiar y procurar la creación de un sistema de organización profesional de cooperación de las funciones notariales, en el orden internacional, con referencia a los artículos siguientes:

El Congreso estima que el informe o certificado notarial, salvo en los países donde por ley o costumbre esta actuación está reservada a Abogados, otros profesionales o entidades determinadas, es, según los principios del Derecho, un medio apto de conocimiento y prueba del estado legislativo de un país, a fin de acreditar fuera del mismo:

1.—La vigencia y contenido de las leyes.

2.—La existencia y alcance de jurisprudencia.

3.—El estatuto personal de individuos o entidades.

Igual consideración tendrán los informes expedidos por los organismos de cooperación notarial internacional.

4) *Regímenes matrimoniales*.—El Congreso debería estudiar y procurar la creación de un sistema de organización profesional, con referencia a los artículos siguientes:

a) El Congreso estima que la autorización de contratos sobre bienes con ocasión de matrimonio debe corresponder a la competencia exclusiva del Notariado.

b) El Congreso recomienda a la O. N. P. I., con referencia a regímenes matrimoniales, la organización de un fichero internacional, semejante al del artículo 2 (capacidad civil), el cual estará a disposición para información de todos los Notariados y Notarios de países miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino.

c) Los informes o certificados notariales respecto a regímenes matrimoniales se registrarán por las mismas normas acordadas para los de estado legislativo en el artículo 3 (vigencia y contenido de las leyes) que precede.

5) *Justificación o prueba del título sucesorio testado o intestado*.—El Congreso estima que la regularidad y la seguridad de la prueba de los títulos sucesorios se obtiene únicamente:

a) En las sucesiones abintestato, o bien por acta de notoriedad autorizada por Notario, o bien por decisión emanada de la autoridad judicial.

b) En las sucesiones testamentarias o derivadas de otro acto de última voluntad, o bien por medio de un acto notarial en cualquiera de las formas lega-

les, o bien por medio de una confirmación por la autoridad judicial, incorporada a un acto o protocolo notarial.

c) La existencia y el orden cronológico de los títulos sucesorios testamentarios o de última voluntad no tienen posibilidades seguras de conocimiento y de prueba, sino por medio de la existencia de registros nacionales de estos actos, registros cuya creación recomienda el Congreso.

II (fuera de temario). *Creación de un Registro Notarial Mundial*.—Considerando que la relación personal de todos los Notarios, unida a la vinculación de los respectivos Colegios, puede resultar útil para la mayor compenetración de los respectivos Derechos vigentes en cada país, para la labor intelectual y la investigación, así como para el intercambio directo de sus publicaciones notariales, resuelve el Congreso:

1.º Créase el Registro Notarial Mundial, donde figurarán los nombres de todos los Notarios de tipo latino por orden alfabético y por países y regiones.

2.º El Comité permanente requerirá a todos los organismos notariales adheridos al envío inmediato de las nóminas, a los efectos de su publicación.

3.º El Comité dispondrá de los fondos necesarios para el cumplimiento de esta resolución.

Comisión III (8).—I. Emblema de los Congresos Internacionales del Notariado Latino.—Será oval, y contendrá, como símbolos, el águila latina, el protocolo profesional y la pluma de ave, en recuerdo del I Congreso de Buenos Aires. La divisa será la regla romana «Lex est quodcumque notamus».

II. *Estaduto de la Unión*.—La Unión Internacional del Notariado Latino (U. I. N. L.) representa la unidad espiritual de todos los Notarios latinos (artículo 1, párr. 1.º).

El Congreso determina la sede de la Unión: actualmente está establecida en Buenos Aires (República Argentina) (art. 1, párr. 3.º).

Son propósitos de la Unión:

- a) El estudio y sistematización de la legislación notarial.
- b) La difusión de ideas, estudios, proyectos e iniciativas encaminadas al mayor progreso, estabilidad y elevación del Notariado latino.
- c) La creación de oficinas de intercambio destinadas al cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.
- d) La publicación de una Revista que sea órgano de la Unión.
- e) La organización y celebración periódica de Congresos Internacionales del Notariado Latino.
- f) El fomento de Congresos o Asambleas de carácter nacional, regional o local (art. 2).

Son Organos de la Unión:

- a) El Congreso Internacional del Notariado Latino.
- b) El Consejo Permanente de la Unión.
- c) La Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (O. N. P. I.) (art. 3).

El Congreso Internacional del Notariado Latino es el Organó superior de:

(8) Dado el carácter preferentemente interno y orgánico de las resoluciones de este grupo, las ofrecemos en su mayor parte resumidas.

la Unión, y sus resoluciones y recomendaciones obligan a los restantes órganos de la Unión (art. 4).

El Congreso se reunirá, al menos, una vez cada dos años, en el lugar y época que el mismo Congreso determine, y se integrará con las representaciones de los miembros de la Unión (art. 5, párr. 1.º).

Son miembros de la Unión los Notariados nacionales asistentes al I o II Congreso Internacional del Notariado Latino (art. 6, párr. 1.º). El ingreso en la Unión de otros Notariados es de la competencia exclusiva del Congreso, representado a estos efectos por el Consejo Permanente, previa consulta escrita y decisión de los dos tercios de los miembros que integran la Unión (art. 6, párrafo 2.º).

El Consejo Permanente es la máxima autoridad de la Unión después del Congreso, y el ejecutor y mandatario de las resoluciones de éste (art. 14).

Se compone de un Presidente, cuatro Vicepresidentes, dos Secretarios y un Tesorero. Los nombramientos no están sujetos a ningún criterio geográfico ni de nacionalidad, y, aunque se hubiera tenido en cuenta la nación del elegido o cualquier otra consideración, el cargo es personalísimo. El Presidente del Consejo Permanente es Presidente de la Unión (arts. 15 y 16).

Además de las Delegaciones oficiales, los Notarios en ejercicio, honorarios, excedentes o jubilados de cualquier Notariado de la Unión podrán obtener, a petición propia, la condición de congresistas sin voz ni voto (art. 18).

La Unión no reconoce idioma oficial. La traducción a su respectivo idioma de todos los actos y resoluciones será de exclusiva incumbencia y responsabilidad de la Delegación de cada Notariado (art. 20).

III. *Reglamento del Congreso.*—Por referirse a cuestiones de orden interno de los Congresos, estimamos preferible no incluirlo.

IV (fuera de temario). *Aprobación de la Memoria y movimiento de Tesorería del Comité Permanente.*—Se da cuenta de la labor realizada, en la que destaca la preparación de determinadas resoluciones del II Congreso sobre reforma de los Estatutos, cambio de nombre de la Organización y adopción del emblema definitivo; la colaboración en Congresos Notariales nacionales o regionales, etc. También da cuenta de las tareas realizadas por la Revista Internacional del Notariado que se edita en Buenos Aires bajo la dirección del Dr. Carlos A. Petrachi.

V (fuera de temario). *Aprobación del informe sobre la O. N. P. I.*—Sobresalen como finalidades alcanzadas por la O. N. P. I. las siguientes:

1.ª Solicitó y obtuvo de casi todos los países el nombramiento de Delegados.
2.ª Ordenó, clasificó y preparó por orden alfabético una lista de más de 500 obras de interés general del Notariado.

3.ª Solicitó y obtuvo del Escribano D. José A. Negri el catálogo de su extraordinaria biblioteca especializada sobre Derecho Notarial.

4.ª Participó en diversas actividades de carácter internacional. Es digna de especial mención la intervención en el 49 Congreso Notarial Francés.

Finalmente, la O. N. P. I. ha iniciado la tarea de encomendar a los Delegados la recopilación de legislación notarial vigente en cada país precedida por un estudio crítico de cada uno, a los efectos de publicarlas y difundirlas.

Comisión IV.—I. Organización y funciones de los Archivos notariales.—

1.º Recomendar que en los países representados en este Congreso y en los que se adhieran al mismo sea promovida, donde no lo esté, la creación y organización, manteniendo la unidad de los protocolos y bajo la dirección de Notarios, de archivos notariales de carácter público, técnicamente clasificados, que puedan servir de fuente de información a los estudios generales de carácter histórico (9).

2.º Como consecuencia de la recomendación anterior, aconsejar la publicación de series de instrumentos notariales y estudios de instituciones jurídicas o de cualquier otra materia, siempre que estén principalmente fundados en documentación conservada en los archivos notariales de carácter público, y procurar difundirlos mediante su publicación en la Revista Internacional del Notariado, así como también la de notas bibliográficas de artículos, memorias y libros basados en documentación notarial.

II. *Medios de acreditar la vigencia de un testamento: Registro general de actos de última voluntad.*—1.º Recomendar la creación de un Registro Nacional de carácter secreto hasta la muerte del testador, donde serán anotados cronológicamente todos los datos del estado civil necesarios para establecer la existencia de todas las disposiciones de última voluntad confiadas oficial u oficiosamente a la custodia del Notario.

2.º Recomendar que en toda sucesión abierta sea exigida la aportación de un certificado negativo o positivo expedido por dicho Registro.

3.º Recomendar que en las sucesiones de extranjeros sea exigida la aportación de un certificado negativo o positivo del Registro de la nación de origen del difunto y otro certificado del Registro de la nación donde tuvo su residencia oficial.

Comisión V.—I. *La fe de conocimiento.*—1.º La autenticidad del documento notarial debe extenderse a la identificación de los otorgantes.

2.º Es función y deber del Notario cerciorarse de la identidad de los otorgantes, certificando o dando fe de conocerlos.

3.º La certificación o dación de fe de conocimiento ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el Notario formula o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela.

4.º En relación con el tema debe rechazarse la responsabilidad objetiva a base de la pura relación causal entre el hecho y el daño.

En su consecuencia: a) El Notario solamente tendrá responsabilidad penal cuando cometiere falsedad deliberada (dolo); y

b) Tendrá responsabilidad civil por dolo, culpa o negligencia.

(9) Según señaló el informe de la Comisión, la dificultad principal en este punto reside en la diversidad de criterio de las distintas legislaciones notariales, desde el sistema francés, en que el Notario es dueño del protocolo mientras viva y puede disponer de él *mortis causa*, hasta el de Costa Rica, en que el Notario sólo conserva en su poder cada tomo del protocolo el tiempo que tarda en llenarlo. A pesar del acuerdo logrado, se decidió dejar en libertad a los respectivos países: 1.º Para determinar qué antigüedad ha de tener un documento para ser considerado de interés histórico. 2.º Para decidir si los Archivos nacionales deben ser puestos bajo la custodia y administración de los Colegios Notariales o del Estado.

c) La diligencia que ha de prestar el Notario es la normalmente exigible a un funcionario escrupuloso.

d) Es una aspiración del Congreso que la calificación del dolo, culpa o negligencia sea sometida a la decisión previa de un Tribunal Notarial.

e) La declaración de una de las partes de conocer a la otra libera al Notario de toda responsabilidad frente a quien la hace.

5.º La determinación de los medios supletorios de la identificación notarial ha de ser resuelta en cada país según sus especiales circunstancias.

II. *El juicio de capacidad de los otorgantes.*—1.º Antes de autorizar cualquier acto o contrato, el Notario habrá de apreciar la capacidad legal y civil de los comparecientes y de las partes.

2.º Cuando en el documento exista afirmación por el Notario de la capacidad de los comparecientes con referencia al momento de la autorización, sólo podrá ser desvirtuada dicha afirmación por pruebas referentes a tal momento que sean plenamente cumplidas y convincentes.

III. *La unidad de acto y el otorgamiento sucesivo.*—1.º La unidad de acto en las escrituras públicas constituye un requisito de notable preponderancia para la exteriorización solemne de la fuerza probatoria y eficacia jurídica de esa forma de instrumentación.

2.º Las operaciones que integran la unidad de acto y que deben tener lugar sin que se rompa su continuidad ni se intercalen otras extrañas, salvo las interrupciones que sean debidas a un acontecimiento pasajero, se inician en el momento en que, reunidos los otorgantes, el competente número de testigos (cuando las respectivas legislaciones exigen la asistencia de éstos) y el Notario interviniente, se procede a la lectura de la escritura, siguen con la prestación del consentimiento y terminan con la firma y autorización del documento, todo ello sin perjuicio de las variaciones que resulten impuestas preceptivamente para determinados actos jurídicos y en especial para los testamentos.

3.º En la mayoría de los actos jurídicos cuya finalidad característica es la de producir efectos después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, es recomendable mantener el principio de la unidad de acto como formalidad constitutiva de validez.

En cambio, con respecto a los actos «inter vivos» no es prudente fijar de manera absoluta la obligatoriedad de dicho principio, no obstante la excepcional relevancia que le asigna la tradición jurídica universal, pues algunos textos legales admiten los otorgamientos sucesivos en el mismo instrumento o no sancionan su nulidad cuando se ha otorgado con inobservancia de tal requisito (10).

Comisión VI.—I. Valor jurídico y aplicaciones de las actas de notorie-

(10) El texto de la resolución añade: «Han votado las anteriores recomendaciones las Delegaciones de Argentina, Bélgica, Italia, España, Holanda y Portugal.»

Asimismo el representante de Ciudad del Vaticano ha manifestado a posteriori su adhesión a las mismas. El Delegado de Canadá se ha abstenido de votar, fundándose en que en su país existe una Ley que permite el otorgamiento del documento en diferentes fases de tiempo, excepto cuando se trata de testamentos. Por último, la Delegación del Uruguay ha votado en favor de los puntos 1.º y 3.º, manifestándose disconforme con la definición formulada en el punto 2.º.

dad.—1. Aplicaciones.—No es aplicable el acta de notoriedad en materia contenciosa. Es aplicable en los casos siguientes :

- A) Declaración de herederos.
- B) Existencia o inexistencia de parientes de una persona y determinación de su grado de parentesco.
- C) Identidad o existencia de una persona.
- D) Actos del estado civil cuando no existan las actas correspondientes.
- E) Hechos que no se pueden probar mediante título o respecto de los cuales no pueda producirse el título correspondiente.

Estas aplicaciones se entenderán sin perjuicio de las establecidas por la legislación de cada país.

2. Funcionario competente.—Debe ser el Notario. En las actas autorizadas por el Notario no deberá ser necesaria la intervención o aprobación judicial ni de ninguna otra autoridad.

3. Requisitos del acta de notoriedad.—Sobre este apartado se debe distinguir :

A) Cuando se trate de hechos cuya certeza no conste directamente al Notario, el acta de notoriedad se basará en declaraciones de testigos aseveradas con juramento, sin perjuicio de cumplir los demás requisitos y formalidades que en cada caso exija la legislación de cada país.

B) Cuando se trate de hechos cuya certeza conste directamente al Notario, bastará la afirmación de éste de que el hecho es cierto y le consta así de ciencia propia. En este caso el acta se llamará certificado notarial.

4. Circunstancias de los testigos.—Además de las exigidas por las legislaciones de cada país, los testigos deberán reunir las circunstancias siguientes :

- A) Ser mayores de edad.
- B) Ser de reconocida honorabilidad.
- C) Tener conocimiento real del hecho.
- D) Ser identificados por el Notario.

5. Contenido del acta.—El Notario se limitará a dar fe de que los testigos reúnen las circunstancias exigidas y de sus declaraciones, así como de que se han cumplido todas las diligencias exigidas por la Ley.

6. Responsabilidad.—A) De los testigos.—Los testigos que hicieran conscientemente manifestaciones falsas, inexactas o incompletas serán responsables penalmente por falso testimonio según la legislación de cada país. También incurrirán en responsabilidad civil según la legislación respectiva. Dicha responsabilidad le será advertida por el Notario, que lo hará constar expresamente en el acta.

B) Del Notario.—El Notario será responsable de todo aquello que deba apreciar personalmente, como es :

- 1.º Lugar, fecha y demás requisitos del instrumento público.
- 2.º Identidad de los testigos.

No será responsable en ningún caso de la inexactitud de las declaraciones de dichos testigos.

En los certificados notariales responderá de la falsedad de su afirmación.

7. Fuerza probatoria del acta de notoriedad y del certificado notarial.—

A) Extrajudicialmente: 1.º Mientras las actas de notoriedad no sean impugnadas en juicio debe reputarse exacto el hecho acreditado por aquéllas.

2.º En materia sucesoria el acta de notoriedad establecerá quiénes son los herederos, sin perjuicio de cualquier acción de petición de herencia que se ejercite en contrario (11).

B) Judicialmente: 1.º Si las actas de notoriedad son objeto de impugnación en juicio su fuerza probatoria será apreciada por el Juez según el criterio de la «Lex fori».

2.º En los certificados notariales en los cuales la certeza del hecho conste directamente al Notario, su valor probatorio será pleno, mientras no se declare su falsedad en el juicio correspondiente.

8. Responsabilidad del requirente.—Cuando en el acta de notoriedad intervenga el requirente, que afirme la certeza del hecho sometido a notoriedad, la responsabilidad en que incurre por falsedad, inexactitud o reticencia deberá serle exigida según la Ley nacional.

II. *Unificación de formularios, en especial de los poderes.*—A) Unificación de formularios de poderes.—1.º Recomendar a las naciones que forman parte de la Unión Panamericana la adhesión al protocolo número XLVIII aprobado por la 7.ª Conferencia de dicha Unión, sobre uniformidad del régimen legal de poderes.

Y para aquellas naciones de la Unión Internacional del Notariado Latino que no formen parte de la Unión Panamericana, la conclusión de una convención internacional entre ellas y con los Estados de la Unión Panamericana, adoptando los principios sancionados por la resolución número XLVIII de la 7.ª Conferencia Internacional Americana.

2.º Encargar a la O. N. P. I. el establecimiento de fórmulas sintéticas de poderes otorgados para producir efecto en países extranjeros, cumpliendo las condiciones convenidas por la resolución número XLVIII antes citada, de la 7.ª Conferencia Internacional Americana.

3.º Recomendar a los Notarios de los países miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, por medio de los organismos nacionales respectivos, la utilización exclusiva de estas fórmulas en las relaciones internacionales (12).

By Revocación de poderes.—1.º El Notario que autorice alguna escritura en virtud de la cual se revoque total o parcialmente alguna otra otorgada en país extranjero por medio de la cual se hubieren conferido poderes representacionales que queden sin efecto, la comunicará por medio de oficio al funcionario u organismo en cuyo poder se encuentre dicha matriz, quien lo hará constar al margen de la misma por medio de la oportuna nota, acusando recibo al funcionario autorizante.

(11) El informe de la Comisión manifestó que se acordó insertar este punto por la importancia que en ciertos Derechos, como el francés, tiene el acta notarial en materia sucesoria; no obstante, las Delegaciones de Uruguay y Costa Rica formularon sus reservas en contra de tal aplicación.

(12) Tiene interés la reserva formulada por Méjico en el sentido de que se deben admitir poderes generales para actos de dominio, a semejanza de lo establecido en el Código civil mejicano.

2.º La notificación se realizará directamente por el Notario autorizante de la escritura revocatoria, previas las oportunas formalidades de legalización, tanto en el país de origen como en el de notificación, como si se tratase de una escritura de concesión de poderes (13).

Comisión VII.—1. Valor internacional del documento notarial.—1.º De acuerdo con la regla «locus regit actum», el documento notarial formalizado con arreglo a la ley del lugar de su celebración será considerado *válido* en los demás países, en cuanto a su forma y autenticidad.

Las cuestiones que se susciten acerca de la validez o nulidad formal del documento notarial deberán resolverse conforme a la referida ley del lugar de su celebración.

En los documentos notariales sujetos o susceptibles de inscripción en los Registros Públicos de los países en que hayan de surtir efecto, el Notario autorizante procurará expresar en los mismos las circunstancias relativas al bien o elementos registrables que exijan las leyes respectivas para su inscripción.

2.º Respecto a la eficacia extraterritorial del documento notarial, deberán observarse las siguientes reglas:

a) En cuanto a la materia o contenido sustantivo del mismo, procurará el Notario sujetarse a las normas de la Ley reguladora de la relación jurídica o de la Ley del país en que el documento haya de producir efectos, siempre sin perjuicio del orden público territorial del país del otorgamiento.

b) Cuando la Ley reguladora de la relación jurídica prescriba la forma de la escritura pública como requisito constitutivo o esencial del acto jurídico, deberá entenderse cumplido este requisito con el otorgamiento del documento notarial conforme a la regla del lugar de su celebración.

c) Con relación al valor probatorio del documento notarial, se juzgará con arreglo a la Ley del país en que se hubiera otorgado.

II. (*Fuera de temario.*)—*Formación de un compendio de Legislación notarial en su aspecto instrumental, y otras cuestiones.—1.º* Que cada Delegación de los países que integran el Congreso Internacional del Notariado Latino haga llegar a la O. N. P. I. un compendio de Legislación notarial en su aspecto instrumental.

2.º Que el Congreso encomiende a las naciones adheridas para que constituyan comisiones especiales encargadas de estudiar y simplificar las funciones notariales en lo concerniente a la formalización de los documentos notariales.

3.º Que cada Delegación se interese ante sus respectivos Gobiernos para participar en las organizaciones oficiales internacionales de Derecho Privado

(13) El informe de la Comisión aclara que es una expedición o una copia del acta que ha de ser enviada al Notario u organismo en cuyo poder se encuentre la matriz de la escritura revocada. Se aconseja el envío por certificado con acuse de recibos.

Conviene destacar las reservas de Brasil, Bolivia y Costa Rica en el sentido de que la notificación no sea obligatoria para el Notario, sino que quede al arbitrio del poderdante que revoca; así como la formulada por Costa Rica en pro de que se adopten medidas para evitar que el poderado con poder revocado pueda hacer uso de la copia del poder que haya obtenido previamente a la citada notificación.

a fin de tratar de resolver en la forma que mejor lo consideren conveniente todas las dificultades que derivan de las distintas legislaciones.

Otros acuerdos.—1.º Elección de nuevo Consejo Permanente: **Presidente:** D. José A. Negri (Argentina); **Vicepresidentes:** Sres. Núñez Lagos (España), Betancour (Cuba), Guasti (Italia) y Carámbula (Uruguay); **Secretarios:** Señores Petrachi (Argentina) y Dechamps (Bélgica); **Tesorero:** Sr. Maigret (Francia).

2.º El III Congreso se celebrará en La Habana en 1952; el IV en París en 1954.

3.º La O. N. P. I. continuará teniendo su sede en Montevideo, y la «Revista Internacional del Notariado» en Buenos Aires, si bien el Brasil se encarga de su edición en portugués, autorizándose asimismo al Comité Permanente para que logre la publicación en francés, con la contribución financiera de Francia, Bélgica, Holanda, Suiza, Luxemburgo y Canadá.

* * *

En cuanto al significado de este Congreso, es preciso destacar en primer término el aspecto de afirmación y consolidación de la Unión de Notarios del mundo latino. Lo que era simple Congreso ha pasado a ser Unión, es decir, ha adquirido estabilidad; símbolo e instrumento de tal estabilidad son los nuevos Estatutos y Reglamento, el emblema definitivo adoptado, la amplia tarea encomendada a la O. N. P. I., la previsión de futuros Congresos.

Al consolidar la labor iniciada, se ha consagrado la vitalidad de la idea impulsora de este salir del Notariado al campo internacional; esta salida representa, como señaló el Director General de los Registros en su discurso de la sesión inaugural, una nueva fase en la evolución histórica del Notariado Latino; pero supone al mismo tiempo un alto grado de madurez de los Notariados nacionales. «Basta una ligera reflexión —dijo el Sr. López Palop— para comprender que en el momento presente de vida complicada y enormes problemas de todo orden, que afectan lo mismo a los individuos que a las Instituciones sociales, los Colegios necesariamente tienen que ser superados por otros organismos de orden más amplio. Los Colegios son como fragmentos de la Institución Notarial, pero se requiere la consideración de ésta en su unidad, se exige una entidad que encarne el espíritu notarial por encima de las organizaciones locales, y así han surgido casi de manera espontánea los llamados Consejos Superiores del Notariado en Italia y en Francia, y la Junta de Decanos en España, cuya legalidad está expresamente reconocida en el art. 319 de nuestro vigente Reglamento. Nos falta únicamente su reglamentación orgánica y fijar al detalle sus facultades, especialmente como organismo supervisor de la dignidad y el honor corporativo, y yo tengo la confianza de que no han de pasar muchos meses, quizá días u horas, sin que esa disposición se dicte, lo que constituirá una nueva deuda de gratitud de las enormes que el Notariado español tiene contraídas con el Ministro de Justicia, que, por serlo, es Notario Mayor del Reino y, además, compañero ilustre, ya que su nombre figura en el Escalafón Notarial, D. Raimundo Fernández Cuesta.

No se crea que con la creación de estos superiores Organismos nacionales ha quedado terminada nuestra labor. La celebración de este Congreso y del

de Buenos Aires, en 1948, nos pone de manifiesto el amplio camino que aun nos queda por recorrer en el orden internacional, ya que el Notariado, función de paz, no puede quedar detenido por los límites que marcan las fronteras, y si durante siglos ha facilitado el desenvolvimiento normal de la actividad jurídica, dentro de cada nación, ahora con el mismo entusiasmo laborará por facilitar la vida jurídica universal; por eso dije, en mis primeras palabras, que estos Congresos suponen la iniciación de una nueva fase en la Historia del Notariado Latino.»

Es cierto que no todos los Notariados Latinos han alcanzado el mismo grado de madurez interna; pero precisamente ellos han de ser tal vez los más beneficiados con estos Congresos, que pueden servir de marco para una más intensa influencia de los Notariados más desarrollados en los de evolución más retrasada; véase si no cómo una gran parte de las resoluciones de los dos primeros Congresos suponen, para Notariados como el español, no objetivos a conseguir, sino la ampliación de la esfera de influencia de normas ya vigentes para ellos.

En segundo lugar, hay que destacar la significación que en el agitado mundo actual tiene un Congreso de personas que representan, ante todo, una función de paz. Digámoslo con palabras del Excmo. Sr. Ministro de Justicia en su discurso de clausura: «Este Congreso tiene además el significado de hacer patente la importancia del Notariado, sobre todo en aquellos pueblos en los que con la triple función de autenticador del acto, modelador del negocio jurídico y asesor y consejero técnico de las partes contratantes, que en definitiva son las características, en general, del Notariado Latino; inmensa fuerza social que con sus medios armonizadores y de consejo facilita la aplicación del Derecho en las relaciones entre los hombres, encauza la vida por derroteros de normalidad, evitando conflictos y contribuyendo eficazmente a la paz jurídica: fuente del Derecho en cuanto el instrumento público sirve para dar expresión del sentir jurídico de la sociedad, reflejado en pactos y modalidades contractuales, que en lo civil, mercantil, hipotecario y procesal son a manera de vanguardias que van abriendo el camino que después acaba por recorrer el legislador.

Pero este Congreso es también la demostración de que en el mundo aun existen hombres que se afanan en evitar que en la vida, en lugar de imperar la disputa, la contradicción y la contienda, la voluntad humana, el egoísmo, la pasión, la ambición y, en definitiva, la vida con todas sus realidades materiales, se someta voluntariamente a unas normas jurídicas, se encierre en unos límites que garanticen una base de convivencia propia de seres civilizados y no de antagonistas en perpetua querrela.»

Entrando en el plano concreto de las realizaciones del Congreso, queremos resaltar las directrices que, a nuestro juicio, han orientado su labor: 1.º Alcanzar el más alto prestigio y calidad científica del Notariado, con la consiguiente eficiencia de su labor: Como presupuesto se trata del ingreso en el Notariado, de la preparación y formación científica a exigir al aspirante y al Notario. Como consecuencia, se quiere asegurar al Notariado la posición que le corresponde como colaborador del Estado, la inamovilidad de sus miembros, su representación en la Universidad y en la investigación histórica, etc. También como consecuencia de la solvencia científica que se busca para el Notariado,

se trata de ampliar su esfera de competencia reivindicando para él las materias que se estime le corresponden y para las que está preparado: legalizaciones, certificados de vigencia de las normas, declaración de herederos abintestato, etcétera. En relación con lo anterior, se hallan las resoluciones que tratan de obtener la mayor eficacia para el instrumento público (eficacia estrechamente relacionada con el nivel científico del Notario), con vistas a lo cual también se trata de buscar para él las mayores garantías que sean base de dicha eficacia: así en materia de fe de conocimiento, juicio de capacidad, unidad de acto, actas de notoriedad, valor extraterritorial del instrumento notarial, etc.

2.º Propender a una mayor autonomía del Notariado en la esfera interna; como presupuesto de ello, se trata de perfeccionar la organización gremial notarial, tanto en su aspecto regional como en el nacional; las organizaciones notariales de ámbito nacional han de ser el instrumento básico de esa autonomía, que, por otra parte, ha de tener por base la calidad profesional, científica y moral del Notario. Una manifestación de tal tendencia es la aspiración a la autonomía del Derecho Notarial como rama del Derecho.

3.º Finalmente, crear una amplia colaboración internacional con un doble fin: asegurar y facilitar para el futuro la recién nacida Organización, y, por tanto, sus frutos en todos los aspectos, y obtener de modo inmediato solución a los problemas que se plantean al Notario por la interferencia de lo internacional; a este último orden de cuestiones responden las resoluciones sobre sistemas de cooperación internacional sobre legalizaciones, capacidad, vigencia y contenido de las leyes, y regímenes matrimoniales, la creación del Registro Notarial Mundial, la unificación de formularios, el sistema de notificación de las revocaciones de poderes y la formación de compendios de legislación notarial.

Para España, el II Congreso ha tenido una significación especial: en primer término, por la influencia que a través de sus resoluciones ha de tener el Derecho Notarial español sobre los de otros países miembros de la Unión; como simples ejemplos cabe citar el influjo de la Ley de 18 de diciembre de 1946 (reformando el artículo 23 de la Ley Orgánica del Notariado) sobre la resolución adoptada en materia de fe de conocimiento, el de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del sentido de la exigencia de unidad de acto en los testamentos sobre el concepto que se da de dicho requisito, y el del artículo 178 del Reglamento Notarial sobre la resolución concerniente a revocación de poderes.

En segundo lugar, por el homenaje de simpatía y gratitud, a veces realmente abrumador, que España ha recibido de los Congresistas extranjeros. Finalmente, por el exacto conocimiento de nuestra patria, en todos los aspectos, que ha permitido obtener a un sector importante del mundo social de muchos países, sector que, por su profesión, habrá de dar fe de la verdad de lo visto, como resaltó el Sr. Fernández Cuesta en su referido discurso.

Como el mejor resumen del significado de este Congreso, vamos a concluir transcribiendo una parte del discurso pronunciado en la sesión de clausura por el Presidente de la Delegación española, Sr. Núñez Lagos: «El II Congreso Internacional del Notariado Latino ha terminado sus deliberaciones. Yo os lo vengo a participar. Estamos en el ocaso del segundo Congreso, en paro y tránsito para el tercero, que ha de celebrarse, Dios mediante, en La Habana

en 1952. Esta perspectiva histórica de tres Congresos internacionales es el primer fruto dorado y sabroso de nuestra obra.

El pensamiento de los Notarios latinos, sedente en su terruño entre tradiciones seculares, se ha hecho movimiento internacional, no, por suerte, para dejar de pensar, ni mucho menos para renunciar a su pasado, que sería abdicar de sí mismo, sino para dar escape a su intensidad madura. El vaso lleno se derrama y toda abundancia es generosa. La madurez sin expansión es decadencia; la plenitud sin rumbos, es camino sin horizonte. La plenitud de los pueblos, en épocas no muy remotas, los llevó al Imperio. La plenitud de una institución como la nuestra, que es símbolo de paz y de la concordia de los humanos, ha hecho menester y oficio, tenía que emprender su camino hacia la grandeza. Así lo hizo en nuestros días antes que nadie una nación hermana: la Argentina. La tierra firme de su expansión no fué colonia, sino asociación libre: la unión notarial latina.

En efecto: la organización internacional del Notariado nace en la Argentina, entre hombres de pampa, con ojos de lejanía y alma de horizonte. Gentes que comprenden el *espacio* y, por lo mismo, lo dominan. De ahí que el Congreso sea internacional. Pensadores frente al *tiempo*, con clara visión de los caminos del mañana, que si no es dominar el futuro porque el futuro sólo es de Dios, al menos se traza la ruta, se marca el rumbo, se labra el sino.

Lo cierto es que por iniciativa del Colegio Notarial de Buenos Aires, un buen día de 1948 se rompió el aislamiento. Los Notariados desbordaron sus confines patrios. Los esclavos del protocolo volaron libres por más amplios espacios. El pensamiento, antes disperso, se ha hecho unidad. Nos asomamos a la vida internacional, pero sin renunciar a una sola de nuestras tradiciones, porque la tradición es la atmósfera de nuestra secular vida profesional, y el día que un Notariado se aparte de su tradición bien por propio impulso, bien por presión arbitraria del legislador, ese día el Notariado muere.

Pero precisamente en nuestras tradiciones latinas hemos encontrado la sustancia internacional. Prescindiendo de la herencia romana de nuestro abuelito el Tabellión, que redactaba documentos y desempeñaba nuestra profesión antes de existir la fe pública, el primer momento internacional del Notariado latino lo señaló la Escuela del Notariado de la Universidad de Bolonia, en el siglo XIII, en esa Edad Media que fué calificada, por quienes no la conocían, como «noche oscura». Noche, ¡pero con cuántas estrellas! En el siglo XIII nacen las Universidades y las Ordenes mendicantes, se levantan las catedrales góticas. La piedra y la sabiduría quieren escalar el cielo: la piedra con el gótico; el pensamiento humano con Buenaventura, Alberto Magno, Tomás de Aquino, Rogerio Bacon y Raimundo Lulio; las lenguas romances, con el Dante y Alfonso el Sabio; los tronos, con Fernando III el Santo, Rey de Castilla, y Luis IX, también Santo, Rey de Francia; el Derecho, con Azón y Acursio y San Raimundo de Peñafort; y bajando un poco de tan alto cielo estrellado a nuestros humildes menesteres escribaniles, la Universidad de Bolonia, en sus primeros albores, salió al encuentro de la práctica notarial. Ya Irnerio, tenido durante mucho tiempo por fundador de la Universidad de Bolonia, se anticipó a escribir un «*Formularium Tabellionum*». Rainerus de Perugia en 1213 y Benivenni de Norcia en 1235 y Arezzo en 1240, y contemporáneamente, en la se-

gunda mitad del siglo XIII, Belluno y Martin de Fano, Salatiel y Zacarias de Bolonia, componen y explican en la naciente Universidad Sumas y Artes notariales, según los nuevos usos de los glosadores. El prestigio de la Universidad de Bolonia es universal. Nada se resiste a su influjo. Los pobres Notarios medievales, en su ingenuo vivir tradicional, bienquistos en su beatífica quietud con la cómoda rutina de cada día, se llenaron de cuitas y temores ante la inundación y estruendo de los romanistas y de la Escuela de Bolonia. Recibir casi de golpe todo el Derecho justiniano y tener que aplicarlo poco menos que de la noche a la mañana, en vez de las pocas leyes y sencillas costumbres anteriores, era para causar terror a todo el que tuviera conciencia de su responsabilidad. La Escuela de Bolonia, ya en el cenit de su prestigio, imponía su técnica y sus textos en Italia, en Francia, en los Países Bajos, en España y Portugal. En ese momento surge un Notario genial en Bolonia, Rolandino, que fué el primer Notario latino que por sus fórmulas y sus escritos traspasó los límites de espacio y tiempo, las fronteras de su patria y de la Historia. En pleno siglo XIII, sus fórmulas se extienden por el mundo latino, y sus comentarios son la base del Derecho Notarial durante siglos. Fué el tiempo de la gran teoría enfocada hacia la práctica, el enlace entre una práctica rutinaria y a veces bastarda y los dogmas científicos de los doctores. Arquitectura ideológica al nuevo estilo, conexiones jerárquicas con las nuevas formas de vida y de pensamiento.

Rolandino significó el primer momento internacional del Notariado latino. Sus fórmulas se aplican no sólo en Italia, sino en los restantes países. En Francia las recoge el «*Doctrinale artis notariae*» de Stephanus Marcellitti, introduciéndolas en la práctica común; en España, las Siete Partidas contienen un formulario casi idéntico al de Rolandino, y a través de él trasciende el sistema a América, con aportaciones francesas al Canadá y Luisiana, y portuguesas al Brasil.

Este es el arranque de nuestras tradiciones notariales latinas de carácter internacional. No fué, sin embargo, el único momento estelar de nuestra institución. El Código de Napoleón, con sus preceptos sobre documentos y actos notariales, precedidos por la Ley de 25 de Ventoso del año XI, marca la segunda etapa internacional del Notariado. Es verdad que el sistema de la Ley del Ventoso, como los mismos preceptos del Código de Napoleón, regían en otras comarcas y naciones. Pero el Código de Napoleón y la Ley del Ventoso acuñaron nuestras instituciones de manera uniforme y definitiva. Si Bolonia y su Universidad dieron carácter internacional a Rolandino, el Código de Napoleón, con su expansión universal durante todo el siglo XIX, consagraron la naturaleza y eficacia del documento público, y por consecuencia, del Notariado latino.

Por eso, el Colegio de Escribanos de Buenos Aires, al convocar el primer Congreso, y nosotros al reunirnos en el segundo, lejos de apartarnos de nuestras tradiciones, reanudamos el sentido histórico de nuestra evolución, mostrando altivos nuestros blasones latinos. Esta reunión en España, cuyas costas levantinas acaricia el «*Mare Nostrum*», marca un retorno del Notariado a su cuna mediterránea. El Notariado latino es la espuma del mar Mediterráneo, cristalizada en piedras preciosas repartidas y conservadas como herencia ancestral entre estirpes latinas.

Con este abolengo común comprenderéis que ha sido fácil la deliberación. Por otra parte, no somos legisladores. El grave paso de regir la tierra no es para nosotros. El Congreso internacional no pretende borrar, ni siquiera atenuar, lo nacional. Conocerlo, primero; completarlo, después. Un museo de conceptos notariales, una exposición de soluciones legislativas. Que cada Notariado nacional encuentre la muestra de lo que necesita. Aun elegida, debe hacer como el buen pintor: en vez de copiar servil, transforma el modelo en sinfonia de luces y colores. Subrayar lo que une, atenuar lo que separa. Fuera de las bellas artes, toda originalidad es el germen de un cisma.

Para no daros pesadumbre no es contaré por menudo los acuerdos del Congreso: silva de varia lección, será cantera notarial para el futuro. Los acuerdos se refieren a dos órdenes de cuestiones: a la organización notarial y al documento.

En cuanto a la organización, se han señalado la aspiración hacia una más enérgica selección para el ingreso en el Notariado, elevando el nivel científico del Notario y su rango en la escala de los valores sociales. Se ha recomendado de modo especial la organización gremial o corporativa de los Notarios y se ha proveído acerca de la custodia y archivo de los documentos notariales. Constante preocupación de todos los Notariados nacionales es la manera de acreditar la vigencia de testamentos, señalándose la aspiración hacia la instauración de Registros generales de actos de última voluntad. Se ha dado un paso de gigante en el camino de una unificación de formularios notariales, empezando por los de poderes, que sí a los Notarios no nos compete cambiar las leyes, sí es de nuestro ministerio la redacción, conforme a las leyes, de los instrumentos públicos. Por lo mismo, serán fecundos en lo futuro los acuerdos adoptados sobre legalizaciones, capacidad civil, vigencia y contenido de las leyes, regímenes matrimoniales y sucesorios. Finalmente, el Congreso ha perfeccionado su propia organización, configurando con carácter definitivo la Unión Internacional del Notariado Latino, con sede en Buenos Aires y un Consejo Permanente. Tendrá por «emblema el águila latina o águila de San Juan, símbolo de la latinidad, el protocolo, cifra y compendio de nuestra profesión, y la pluma de ave, que, además de invocar nuestro oficio, recuerda nuestro primer Congreso de Buenos Aires. Será su divisa: «Lex est quodcumque notamus».

El segundo aspecto de nuestras deliberaciones se refiere al documento notarial. Los Notarios hacemos documentos. Es nuestro oficio. El documento en todo instante ha de estar presente.

El hombre es un animal racional, nos ha dicho la Filosofía, aunque mi generación, con preguerras, guerras y postguerras, y algunas revoluciones de añadidura, sospecha que se trata, más que de una verdad absoluta, de una presunción que admite. ¡y con qué frecuencia! prueba en contrario. Creo más bien que el hombre se diferencia de los animales por el don divino de la palabra. El hombre es un animal que habla. La escritura—cuando se generalizó su uso—y el papel, introducido en Europa por los árabes españoles, objetivan y perpetúan lo que el hombre habla. De ser una cualidad del hombre, del sujeto, pasa a cualidad de la cosa, del objeto. Las cosas hablan: el pergamino, el papel se ha convertido en documento, esto es, en cosa que docuit, que enseña,

que habla. El documento es un objeto parlante. Pero una cosa es hablar de verdad y otra hablar con verdad. Si todo hombre habla, con la sola excepción física del mudo, no todo hombre dice la verdad, y sin verdad no es posible la vida. El documento público es, antes que nada, una cosa que habla y que dice la verdad. La misión del Notario es hacernos transparente la verdad, suprimir el tiempo o el espacio que nos separa de la verdad. Este aspecto de narración de la verdad es tan obvio que entre nosotros, los Notarios, no cabe deliberar. Pero al lado de narrar la verdad, el documento público tiene una serie de valores. El valor es un grado de perfección del ser. Para el Notario, la escala de valores la da el orden jurídico. El documento notarial, no sólo en su integridad, sino en sus singulares partes, está incluido en las escalas de valores de las distintas legislaciones. Las deliberaciones de nuestro Congreso han manejado estos valores respecto a algunos aspectos de la eficacia del documento, como fe de conocimiento, juicio de capacidad de las partes, unidad de acto y otorgamientos sucesivos, actas de notoriedad y valor extraterritorial del documento.

Las deliberaciones del Congreso se comunicarán a todos los Ministros de Justicia de las naciones presentes en el Congreso. Lo que no se traduzca en Ley, quedará en aspiración, en anhelo constante, que es impulso y es ideal. En todo caso, cada Notariado ha comprobado dónde está, y tiene nuevas alas para volar a las alturas, donde el aire es más ligero y más puro, el horizonte y las esperanzas no tienen límites, y los acuerdos de los Congresos, como los santos Patronos medievales, serán guía y faro: todo el año, jornada tras jornada, rumbo hacia la fiesta del Santo, apoyo y meta para el éxito constante y progresivo.»

MANUEL GONZALEZ ENRIQUEZ

Notario

B) EXTRANJERAS

1. Proyecto de reforma del Derecho Privado de Honduras

Por iniciativa de la Sociedad de Abogados de Tegucigalpa, se prepara un Congreso Jurídico Nacional que, bajo el epígrafe «Reformas de imperiosa urgencia requeridas por la legislación hondureña», incluye la de los Derechos Civil, Procesal, Social, Constitucional y Orgánico Judicial.

Recogemos los puntos esenciales que afectan a cada uno de ellos.

A) El Código civil vigente necesita una revisión cuidadosa. En el Libro I, es conveniente ampliar la doctrina del reconocimiento de hijos naturales. Los redactores del programa citan como ejemplo el de otorgar aquella condición a los que nacen de uniones libres, cuando éstas tienen carácter permanente, «ya que tal situación es la de la generalidad de los habitantes del país, como puede comprobarse en los últimos censos».

En el Libro II, que trata de los bienes, «es conveniente uniformar el criterio sobre la posesión».

En el Libro IV, deben completarse las disposiciones reguladoras de la inscripción y efectos de las segundas y posteriores hipotecas inscritas antes que

la primera. Igualmente deben eliminarse las relativas al contrato de servicios, que pueden pasar a ser objeto de una Ley laboral especial.

La legislación complementaria sobre Inquilinato ha de ser revisada, por cuanto, en vez de favorecer los intereses de los contratantes, ha oscurecido el contrato de arrendamiento del Código civil.

B) En la Constitución, se hace indispensable equiparar los derechos de la mujer y varón, tanto en lo relativo al sufragio como en la opción a los cargos públicos y al ejercicio profesional. Debe completarse el concepto de la propiedad con la moderna concepción de función social, y ampliarse la facultad de expropiación de inmuebles por causa de necesidad y utilidad públicas, con el de expropiación de empresas.

C) El Código de procedimientos parece necesario, a juicio de la Corporación forense, de una revisión total, especialmente en lo criminal, sin que se precisen los puntos concretos de aquélla.

El sistema judicial se estima imperfecto. Constantemente se denuncian graves irregularidades en la actuación de los Juzgados de Paz, así como en los de Instrucción y de Letras. Se propugna la retribución de los magistrados inferiores en forma de sueldo y la división de las actuaciones en sumario y plenario, atribuidos respectivamente a jueces distintos.

D) Deben, finalmente, elaborarse leyes sociales de protección a los trabajadores adultos y niños, y de creación del Seguro laboral total con base en las aportaciones del Estado y en los impuestos sobre la renta.

ARTURO GALLARDO RUEDA

Letrado del Ministerio de Justicia

2. La ley boliviana de propiedad horizontal

Después de la aceptación argentina del sistema, casi todos los países sudamericanos se inclinan en favor de la propiedad horizontal, promulgando leyes al efecto. Naturalmente, cada una suele representar progresos más o menos notables sobre las anteriores. La boliviana, de que hoy damos cuenta en este breve resumen informativo, contiene normas de importancia en materia de administración del edificio poseído por pisos, que tanto ha preocupado a los civilistas y especialmente a los europeos continentales.

La nueva Ley boliviana es de 30 de diciembre de 1949, pero tal vez poco conocida aún entre nosotros. Consta de treinta y dos artículos, divididos en cuatro Títulos, cuyo contenido exponemos sucintamente a continuación:

Título I.—Disposiciones generales (art. I-II).

Cada propietario es dueño exclusivo de su piso o departamento y copropietario de los bienes afectos al uso común. Se reputan bienes comunes los necesarios para la existencia, seguridad y conservación de edificio y los que permiten a todos y a cada uno de los propietarios el uso y goce del piso o departamento de su exclusivo dominio, tales como el terreno, los cimientos, los muros exteriores y fundamentales, la obra gruesa de los suelos, la te-

chumbre, la habitación del portero y sus dependencias, las instalaciones generales de calefacción, refrigeración, energía eléctrica, alcantarillado y agua potable, los vestíbulos, terrazas, puerta de entrada, escaleras, ascensores, patios, pozos y corredores de uso común, desagües de aguas pluviales, etcétera. El derecho de cada propietario sobre estos bienes comunes es proporcional al valor del piso o departamento de su dominio. En proporción a ese mismo valor debe contribuir a los gastos concernientes a los mismos, incluso administración y pago de servicios y primas de seguros, salvo pacto en contrario. Los derechos y obligaciones de cada propietario, respecto de los bienes comunes, son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo piso o departamento. Por consiguiente, en la transmisión, gravamen o embargo de un piso o departamento se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán realizarse esos mismos actos con relación a ellos, separadamente del piso o departamento a que pertenezcan. Cada propietario de piso usará del suyo y de los elementos comunes en forma ordenada y tranquila, según su destino ordinario y sin perturbar el uso legítimo de los demás. Queda prohibido destinarlo a actividades peligrosas, insalubres o inmorales. La contravención de estas prohibiciones se sanciona con multa, arresto hasta quince días y cesación de la perturbación, sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiere lugar. Cada piso, con sus elementos comunes del edificio, puede ser libremente hipotecado o gravado. Su inscripción en el Registro requiere la presentación del título y el plano.

Título II.—De la administración del edificio (art. 12-16).

Los comuneros pueden convenir un Reglamento normativo de la copropiedad y sistema de administración del edificio, en escritura pública inscrita necesariamente en el Registro de Derechos Reales, incluso aunque no esté totalmente construido. La falta de dicho reglamento o sus lagunas se suplen con las reglas legales siguientes: a) El administrador es designado por mayoría de los copropietarios que representen, por lo menos, dos tercios del valor total de la finca. Se entiende reelegido si, transcurrido el año a que legalmente se extienden sus funciones, no se procediera a nueva designación. Puede ser removido en cualquier momento con la misma mayoría. Caso de desacuerdo entre los comuneros, el Juez designa administrador a uno de ellos. En tanto se produce tal designación, cualquiera de los copropietarios puede ejecutar por sí solo los actos de administración y conservación. Las funciones del administrador son el cuidado y vigilancia de los bienes y servicios comunes y la ejecución de actos urgentes de administración y conservación y de los acuerdos de asamblea; recauda de los copropietarios lo que a cada uno correspondiera en los gastos comunes; vela por la observancia de la Ley y del Reglamento de comunidad, y la representa en juicio contra cualquiera de los copropietarios o contra terceros. b) Todos los asuntos no urgentes serán resueltos en asamblea de comuneros, convocada por el administrador o por alguno de los propietarios interesados, o por el Juez en defecto temporal del administrador. Actúa de presidente el mayor interesado en el edificio. La reunión válida exige la presencia, al menos, de quienes representen tres cuartas partes de su valor. Cada propietario tiene un solo voto que será proporcional

al valor de su piso o departamento». Los acuerdos se toman por mayoría de concurrentes que representen los dos tercios del valor del edificio. Sin embargo, los que se refieran a imposición de gravámenes extraordinarios, mejoras voluntarias y los que supongan alteración sensible en el goce de los bienes. Si, después de dos citaciones, no se reünere el quorum necesario, el administrador o cualquier propietario podrán solicitar del Juez que adopte las medidas que procedan.

Título III.—De la destrucción total o parcial del edificio y del seguro (17-20).

Mientras exista el edificio, ninguno de los propietarios podrá pedir la división del suelo y demás bienes comunes. Destruído el edificio en sus tres cuartas partes, al menos, podrá dividirse. Si la destrucción no fuera tan importante, los comuneros contribuirán proporcionalmente a la reparación. Todo edificio dividido horizontalmente deberá estar asegurado contra riesgo de incendio. Nada dice la Ley sobre la participación de los comuneros en el pago de las primas ni en la distribución de la indemnización, pero hay que suponer vigente el mismo régimen de proporcionalidad.

Título IV.—Disposiciones varias (21-32).

La construcción de un edificio que haya de dividirse horizontalmente exige autorización municipal, que se concede previos unos informes técnicos. Quienes proyecten construirlo podrán solicitar del Ayuntamiento la expropiación del solar que les interese.

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

3. Intervención del doctor Alberto Blanco, de la Universidad de La Habana, en la sesión del día 11 de julio de 1950, sobre el tema «Modificaciones de los efectos de los contratos» (*)

Quiero referirme a la inseguridad, a la falta de garantía, a la desconfianza que pueda llevar consigo el poner en manos del juez la facultad extraordinaria de modificar los efectos de un contrato entre partes, no obstante la tendencia favorable que se observa en los textos legales aquí citados, como el Código egipcio y el reciente Código civil de Italia.

Yo puedo ofrecer, más con carácter informativo que como labor de investigación, algunos antecedentes de la legislación ordinaria y constitucional cubana, cuyas raíces en este último aspecto pueden encontrarse en la Constitución de los Estados Unidos y en las decisiones de la Corte Suprema de aquel país, que juzgo de interés y pueden acaso servir de criterio directriz sobre la materia, aunque es necesario reconocer que el sistema entre nosotros vigente

(*) Por su especial interés y por amable autorización del autor se publica íntegro este informe, presentado por escrito por el Prof. Blanco para suplir las deficiencias de la traducción, reproduciéndose lo más exactamente posible lo que se dijo en la sesión.

requiere una elaboración técnica más completa y conclusiones seguramente más precisas.

Entre nosotros, el principio de la libertad de contratación y el respeto a las convenciones entre partes, tiene rango constitucional; aunque no se le formule de manera concreta, los derechos subjetivos para las partes contratantes, derivados de los contratos que libremente otorguen, tienen el respaldo de la Constitución y a su tenor pueden ser defendidos y conservados.

Dos preceptos del texto fundamental resumen esta defensa de los derechos del individuo; uno, que declara nulas o sin valor las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo en cuanto alteren o modifiquen las obligaciones civiles que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan; y el otro, que declara la no retroactividad de la ley, como principio obligatorio para el legislador, no sólo para el juez. Sin que sea menester hacer la exégesis de estos artículos, puedo afirmar que el límite señalado por la propia Constitución a los referidos preceptos es el de la utilidad general o el del orden público, los que, en definitiva, apreciará el Tribunal Supremo, mejor dicho, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, al decidir las cuestiones que sobre el particular se le planteen. Esto significa que aún el Poder Legislativo, como el Ejecutivo, vienen obligados, por mandato de la Constitución, a respetar los derechos que para las partes se derivan de un contrato legalmente celebrado; y que el individuo puede reaccionar contra el acto legislativo o administrativo, en defensa de sus derechos, utilizando la vía o el recurso de inconstitucionalidad, a fin de que se declaren sin valor alguno aquellas disposiciones desconocedoras de sus derechos voluntariamente establecidos.

Hay un control, por la Corte Suprema, o Tribunal de Garantías, de los actos de los otros poderes, como medio de asegurar la existencia de un estado consustancial al régimen democrático.

Si tal control existe para los señalados actos, en relación a los poderes legislativo y ejecutivo, es lógico entender que deba igualmente existir para los actos o para las decisiones de los funcionarios, jueces y tribunales, que ejercen el poder jurisdiccional. Si este control se estableciera debidamente para evitar los posibles excesos de los jueces y magistrados en el uso de esa facultad excepcional de modificar los efectos de los contratos, creemos que sería la mejor medida limitativa que se pudiera adoptar, y el sistema, más o menos, podría asentarse sobre estas bases:

Es claro que las decisiones de los jueces están sujetas a los recursos que las leyes ordinarias otorgan para invalidarlas o modificarlas por vía de apelación, casación, etc.; pero como todos sabemos, gran número de resoluciones de los tribunales de instancia escapan al control de la Corte de Casación, aun en materia del mayor interés general y, particular. En Cuba, desde fecha reciente, la vía extraordinaria de la inconstitucionalidad se otorga aun en aquellos procedimientos en los que, por la ley ordinaria, no se concede a la parte el recurso de casación contra el fallo definitivo; pero—y aquí es preciso utilizar un poco la exposición—esa vía de inconstitucionalidad no se concede contra el fallo del Juez o de una Sala de Audiencia, en sí mismo considerado, sino contra las leyes, decretos u otras disposiciones, de los poderes legislativo

o ejecutivo, que hayan sido objeto de aplicación en el fallo que se impugna, en cuanto se estime que ellos infringen algún precepto de la Constitución.

Como se ve, tal parece que el individuo se encuentra mejor protegido contra los actos de los poderes legislativo o ejecutivo que contra las decisiones de los jueces, pues éstas, *en sí mismas*, no pueden ser impugnadas por inconstitucionales, aun cuando en efecto pudieran desconocer en el caso concreto que se examine, algunos de los derechos de carácter individual que la Constitución protege en los términos ya expuestos.

Hay que advertir, sin embargo, que este sistema, en el punto que ahora se considera, no se encuentra establecido en la ley y que la imposibilidad, por tanto de impugnar las decisiones de los jueces en vía de inconstitucionalidad, cuando efectivamente violen preceptos de la carta fundamental, es sólo relativa, por tener un mero carácter jurisprudencial, acorde con repetidas sentencias del tribunal pleno del Supremo (que hasta hace poco conocía de los Recursos de Inconstitucionalidad), sin que a estas horas sepamos si tal ha de ser el criterio del Tribunal de Garantías Constitucionales recientemente organizado.

Bastaría, por tanto, abrir la puerta, por decirlo así, a la impugnación de las sentencias de los jueces y tribunales de instancia, por vía de inconstitucionalidad, cuando efectivamente desconozcan esos derechos civiles nacidos de los contratos u otros actos u omisiones que los produzcan, o cuando dieren carácter retroactivo a una ley, con desconocimiento de esos mismos derechos, para completar el sistema sintéticamente expuesto y para asegurar la defensa de las partes en un contrato frente a los posibles excesos de los jueces que, en uso de la facultad que se les concediera, alterasen o modificasen sus efectos.

La conclusión nos parece enteramente lógica e indiscutible. Si una ley o un decreto del Poder Ejecutivo no pueden desconocer los repetidos derechos del individuo, no es dable admitir que pueda hacerlo un juez o un tribunal. Cuando las decisiones de éstos pueden ser sometidas al control de la Corte Suprema, por la casación ordinaria, ésta sería suficiente defensa de los derechos conculcados o desconocidos en la sentencia que se impugna; mas cuando esa vía de casación no se concede y el juez precisamente se pronuncia sobre derechos que se derivan de contratos entre partes o aplica a éstos disposiciones con violación del principio constitucional de la no-retroactividad, parece evidente que el fallo dictado, acto jurisdiccional, debe estar sometido a idéntico control que el que corresponde a los que dimanen de los poderes legislativo y ejecutivo. Este es un pequeño vacío en nuestro sistema, en cuanto, según se ha dicho, las decisiones de los jueces sólo pueden ser impugnadas ante el Tribunal de Garantías Constitucionales en lo que se contrae a la aplicación que hagan de leyes, decretos u otras disposiciones que se estimen contrarias a la Constitución. Ampliando la posibilidad de impugnación a la de las resoluciones judiciales, consideradas en sí mismas, en cuanto contradigan los preceptos constitucionales mencionados, lograríamos una adecuada y sólida defensa del individuo y, más propiamente, de las partes contratantes, en aquellos casos, no pocos seguramente, en los que el juez, al hacer uso de la facultad extraordinaria de que se trata traspasara los límites justos, morales y equitativos de la razón y del derecho.

Esto dicho, señores, podéis fácilmente deducir que no soy contrario al criterio de la modificación de los efectos de los contratos, por el legislador o

por el juez, siempre que medien esas razones de orden público, utilidad social, etcétera, que le sirven de fundamento, o siempre que se produzcan una alteración importante de las circunstancias dentro de las cuales el contrato hubo de otorgarse aplicándose la doctrina de la imprevisión o cualquier otra de las que aquí han sido tan brillantemente expuestas; ya estableciendo una regla general, ya dictando disposiciones especiales cuando las circunstancias lo exijan, según preconizaba el eminente Profesor Monsieur Rouast; pero me atemoriza mucho el poner en manos de los jueces la facultad arbitraria de pronunciar esa modificación y pretendo, claro está, fijar un límite o establecer un control efectivo a sus posibles excesos.

Si los que el poder legislativo pueda cometer se hallan sujetos al control del Tribunal de Garantías, en los términos ligeramente expuestos, no obstante residir en este poder, o representar la soberanía popular, no existen razones lógicas para que igual freno no se establezca en relación a las decisiones judiciales desconocedoras de los derechos de las partes contratantes, dentro de los contornos ya señalados.

Recordemos, señores, que el Derecho Civil, y más propiamente el Derecho Contractual, es el último refugio de las libertades individuales; el ya muy pequeño campo dentro del cual el hombre puede desenvolverse en su vida de relación y en el seno de la sociedad, sin que la ingerencia estatal absorba por completo sus actividades; es un coto cerrado, cada día más limitado, que debemos defender; de donde la necesidad de que sus posibles invasiones encuentre en el ordenamiento legal los medios propicios de su justa represión y, acaso también, de su justo castigo.

4. La nueva ley italiana sobre arrendamientos urbanos de 23 de mayo de 1950

Esta reciente ley orgánica de arrendamientos urbanos, cuyo proceso de elaboración parlamentaria ha durado más de año y medio, regula en seis capítulos todo lo referente a prórroga de contratos (arts. 1-11); aumento y regulación de rentas (arts. 12-19); subarriendos (arts. 20-26); algunas disposiciones comunes a los capítulos precedentes (arts. 27-32); desahucios (arts. 33-38), y disposiciones finales y transitorias (arts. 39-48).

1.º *Derecho de prórroga.*—La Ley establece, en su primer artículo, una nueva prórroga que viene a sumarse a las ya concedidas ininterrumpidamente desde 1940 por disposiciones legales anteriores (1). En la redacción definitiva del proyecto de ley, las Cámaras se apartaron del criterio propuesto por el Gobierno para fijación de la prórroga, consistente en la concesión de un plazo muy superior durante el cual se entendían prorrogados los contratos, junto a la solemne declaración de que, agotado éste, se volvía al régimen de libertad de contratación. Las Cámaras consideraron más oportuno el sistema de la

(1) Esto representa un aspecto del régimen vinculado o vinculativo de los arrendamientos. El otro aspecto, bloqueo de rentas, tiene inicio en Italia, anteriormente, con el Real Decreto-ley de 5 de octubre de 1936.

prórroga breve, que no impide el otorgamiento posterior de nuevos y sucesivos plazos de prórroga, encaminado todo ello al régimen de libertad contractual, pero sin asumir el legislador el compromiso de un término fijo para llegar al mismo. En consecuencia, el plazo de prórroga de los contratos de arrendamientos y subarrendamientos de inmuebles urbanos, abarca hasta el 31 de diciembre de 1951, excepción hecha de aquellos contratos de arrendamiento que tienen decadencia consuetudinaria, en los cuáles la fecha mencionada se sustituye por la de decadencia consuetudinaria sucesiva (párr. 1 y 2, artículo 1).

Objeto del derecho de prórroga son todos los contratos de arrendamiento y subarriendo ya prorrogados, a tenor de la ley de 30 de diciembre de 1948 (párrafo 1). La jurisprudencia (2), a este respecto, tiene declarado que sólo son prorrogables aquellos contratos cuyo objeto directo y principal es un inmueble, amueblado o sin amueblar, vacío o con pertinencias, pero siempre en función de cosa principal, y no gozarán del beneficio legal de prórroga los contratos que, refiriéndose a inmuebles, tal referencia tenga lugar en modo indirecto, es decir, en cuanto estos bienes forman parte de una «universitas iuris», que es lo que constituye, verdaderamente, objeto del acuerdo contractual. Así sucede con las denominadas «aziende» (3), excluidas por la jurisprudencia del régimen vinculado o de vinculación de los arrendamientos urbanos.

Respecto a la eficacia del derecho de prórroga concedido por la Ley, que supone exclusivamente una limitación a la libertad contractual en cuanto al elemento duración del contrato, vemos, en primer lugar, que produce efecto automáticamente y de pleno derecho, sin que sea necesaria ninguna declaración de voluntad por parte del sujeto beneficiario (4); que será nulo cualquier pacto, incluso el de resolución del contrato en caso de venta, establecido en contrario, y, finalmente, como la Ley le atribuye valor absoluto al disponer que el derecho de prórroga puede hacerse valer, en todo caso, no sólo frente al arrendador, sino también respecto a los causahabientes de éste (párr. 1 y 3).

Los criterios propuestos para regular la sucesión en el derecho de prórroga por muerte del arrendatario eran el de la sucesión «mortis causa» ordinaria y el de la convivencia. Efectivamente, en la Cámara de Diputados se adoptó este último para los casos en que se tratase de inmuebles dedicados a uso de habitación, y, al contrario, se consideró que no podía prescindirse del concepto y principios de la sucesión a causa de muerte cuando el inmueble estuviese destinado a uso diverso. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia pusieron de manifiesto la posibilidad de conflicto entre el derecho del heredero, que no convive, a subentrar en la relación contractual a título de sucesión hereditaria y el derecho a la prórroga de aquel que convivía con el arrendatario y no es sucesor hereditario del mismo. En vista de esto, el Senado dió, modificando.

(2) Casos, 18 junio y 7 octubre 1949, en «Giur. compl. cass. civ.», 1949, III, 2.399.

(3) Como traducción más exacta de «azienda» indicamos el término «el negocio» (ver Programa Derecho Mercantil de GIBÓN TENA, Valladolid, 1946).

(4) Con anterioridad a la presente Ley la jurisprudencia se mantenía incierta (Caso, 22 enero, 5 mayo y 11 agosto 1947, en «Foro it.», 1947). En estas mismas sentencias se establece que la renuncia a la prórroga será válida si es posterior a la disposición que la concede.

el siguiente contenido al precepto: «In caso di morte del conduttore, se trattasi di immobile adibito ad uso di abitazione, la proroga opera soltanto a favore del coniuge, degli eredi, dei parenti e degli affini del defunto con lui abitualmente conviventi. Se trattasi di immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione, la proroga opera a favore di coloro che, per sucsessione o per precedente rapporto, risultante da atto di data certa anteriore all'apertura della sucsessione, continuino l'attività del defunto» (párr. 4). A primera vista esta fórmula (5) parece exigir solamente que concorra en el sujeto beneficiario de la prórroga la circunstancia de la convivencia con el arrendatario difunto, ya que el mencionar la categoría de herederos y junto a ésta la de cónyuge, parientes y afines, pudiera interpretarse en el sentido de no exigir para estos últimos el título de herederos. No obstante que el artículo está mal redactado, la doctrina (6) sostiene como el legislador da por supuesto que el cónyuge, parientes y afines del arrendatario muerto, son sucesores hereditarios de éste, y con la fórmula legal ha querido comprender entre los beneficiarios de la prórroga aquellos herederos del arrendatario que no se encuentran ligados al mismo por tales vínculos de familia. En definitiva, habrá que atender, en primer lugar, a los principios reguladores de las sucesiones «mortis causa» para saber si, conforme a los mismos, el que pretende continuar en el contrato de arrendamiento es sucesor del arrendatario, y, en un segundo momento, considerar después si se trata de uno de los determinados taxativamente por la presente Ley de arrendamientos, en la que se sanciona, además el requisito de la convivencia, concepto de gran elasticidad y que deberá ser adaptado por el intérprete a cada uno de los casos concretos.

En el artículo más arriba transcrito vemos que, respecto a los contratos de arrendamiento de inmuebles dedicados a uso distinto de la habitación, la sucesión en el derecho de prórroga puede tener lugar tratándose de sucesor hereditario que continúa la actividad en virtud de relación, resultante de acto de fecha cierta y anterior a la apertura de la sucesión, con el arrendatario difunto (por ejemplo, una relación de sociedad), sin que sea necesario, como parece opinar algún comentarista de la Ley, que tal continuación venga prevista en la relación misma, sino que bastará que pueda lógicamente deducirse de su misma naturaleza y circunstancias (7).

En el art. 2.º de la Ley se mencionan los contratos de arrendamiento y subarrendamiento, a los cuales no alcanza el beneficio de la prórroga: Aquellos estipulados después del 1 de marzo de 1947, salvo que sean considerados como renovación, sustitución o novación de contratos precedentes, y los que tienen por objeto inmuebles construidos o reconstruidos después de la entrada en vigor del «decreto legislativo luogotenenziale» de 24 de abril de 1946; así como inmuebles destruidos o dañados en más de la mitad como consecuencia

(5) «Tecnicamente detta formula, è quarto di più infelice si possa pensare» (*La nuova legge sulle locazioni degli immobili urbani*, Milano, Giuffrè, 1950, pág. 14).

(6) Principalmente DE MARTINI en varios artículos; ver «*Foro civ.*», 1949, págs. 208, 307, 344; «*Foro civ.*», 1948, pág. 10; *La nuova legge...*, págs. 14-15.

(7) Se interpreta no como continuación de actividad genéricamente igual a la del difunto, sino, en sentido subjetivo, continuación de esa misma actividad (no el médico que continúa en el inmueble del difunto su propia consulta, sino el médico que, precisamente, ocupa el inmueble para atender y continuar la consulta de aquél).

de acontecimientos bélicos y reconstruidos después de la fecha misma a cargo del propietario. Al contrario, se consideran incluidos y sujetos al vínculo de la prórroga los estipulados por varios años, anteriormente al 1 de marzo de 1947, y cuya decadencia es anterior al 31 de diciembre de 1951. El arrendatario, en este caso, deberá satisfacer una renta aumentada en el modo establecido por la Ley durante el período que media entre la decadencia convencional y la terminación de la prórroga legal. Respecto de estos inmuebles excluidos de la prórroga, se debate la cuestión, que solamente mencionamos, de si el régimen de libertad respecto a los mismos se extenderá también a las rentas. Podemos indicar que así como en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se sancionaba la liberación de cualquier vínculo, más tarde el Senado, dando redacción definitiva, los declaró solamente no sujetos a prórroga.

El legislador italiano considera infundado el vínculo que la prórroga supone y niega el derecho a la misma o prescribe su decadencia, en aquellos casos en que el arrendatario no tiene ya «necesidad» de ocupar el inmueble arrendado, o, como dice concretando el art. 3, párr. 1.º, núm. 1, cuando tiene la disponibilidad de otra habitación idónea a las propias exigencias familiares, en el mismo municipio o en otro donde habitualmente demora, concepto este último que habrá de interpretarse en el sentido de residencia habitual. La disponibilidad de otra habitación y la idoneidad de ésta para las exigencias familiares, son nociones esencialmente relativas que plantean numerosas e importantes cuestiones a la jurisprudencia. Recientemente (8) se trató del caso de un empresario cuya actividad como tal consistía en la construcción y venta de pisos, a fin de saber si podía considerarse que tal empresario disponía de otra habitación, y el Tribunal de Roma, si bien admitiendo excepciones en casos extraordinarios, se pronunció en sentido afirmativo. Otro problema plantea el supuesto de escisión de la familia y cambio de residencia del arrendatario y una de las partes de la familia que se escinde, ¿tienen los otros parientes derecho a la prórroga? Indudablemente, habrá que atenerse al concepto de «núcleo familiar» (ver De Martini, loc. cit.), y, según el mismo, la jurisprudencia ha resuelto que si sólo el arrendatario cambia de residencia, permaneciendo en el inmueble el resto de la familia, la prórroga no decae, y la solución contraria en el caso de que el inquilino y su «núcleo familiar» cambian de residencia, aunque en el inmueble permanezcan «stretti congiunti dell'inquilino stesso, non facenti però parte del suo nucleo familiare» (9).

El mismo efecto de decadencia de la prórroga produce, tratándose de inmuebles destinados a uso diverso de habitación, el cesar de la actividad a la cual estaba dedicado, entendida esta cesación en sentido subjetivo, es decir, el finalizar la actividad propia del arrendatario. Como excepción a esta causa de decadencia se señala en el mismo núm. 2, párr. 1, art. 3, que por las presentes dificultades el arrendatario se vea obligado a dedicarlo a habitación propia.

La última causa de decadencia en la prórroga por falta de verdadera nece-

(8) «Giur. compl. cass. civ.», 1949, I, pág. 375.

(9) Cass. 29 abril 1949, en «Giur. civ.», 1949, I, pág. 615; Cass. 14 junio 1949, en «Foro italiano mass.», pág. 306.

sidad del inmueble por parte del arrendatario, consiste en el subarriendo total o parcial del inmueble, siempre que el arrendatario no lo ocupe, ni siquiera en parte, con continuidad. Esta última circunstancia, y no el subarriendo, es lo que constituye motivo de decadencia en el derecho de prórroga. Se establece la importante innovación de que, en estos últimos casos, si el subarriendo tuvo lugar antes del 30 de abril de 1949, el subarrendatario tiene derecho a sustituir al arrendatario en la relación arrendaticia y el arrendador no puede oponerse, a menos que tratándose de subarriendo estipulado con posterioridad a la entrada en vigor del «decreto legislativo lugotenenziale» de 12 de octubre de 1945, no se haya servido, anteriormente al 30 de abril de 1949, de la facultad de resolver la relación a tenor del art. 15 del mencionado decreto. De todas formas, existe el derecho de oponerse a tal sustitución por razones de moralidad u otros graves motivos. Finalmente, si la sustitución tiene lugar, es indudable que el subarrendatario está obligado a satisfacer la renta que pagaría el arrendatario según la presente Ley y todos los aumentos que en la misma se señalan (núm. 3, art. 3).

Así como en el art. 3 se prescriben las causas de decadencia en el derecho de prórroga que tienen base en la situación del arrendatario, en el art. 4 se contiene otro grupo de causas fundadas en las especiales circunstancias en que se encuentra el arrendador. En primer lugar, cuando el arrendador entienda valerse de algunas de las causas que se mencionaran, se le impone, en vista de una cierta protección al arrendatario, la obligación del aviso a éste al menos con cuatro meses de anticipación (art. 3, párr. 1.º). La primera causa de las de este grupo es un estado de necesidad «urgente ed improrogabile», que la jurisprudencia interpreta ampliamente en el sentido de estado de disgusto, incomodidad, que por su intensidad y duración llega más allá de lo soportable, todo en relación con las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. El legislador establece (en el mismo núm. 1) que tal estado de necesidad haya tenido origen después de la constitución de la relación de arrendamiento, y la jurisprudencia añade el carácter de que tal estado se produzca de una manera involuntaria (10). Pues bien, esta situación urgente, improrogable, involuntaria y debidamente probada por el arrendador, debe referirse a la necesidad en que se encuentra de destinar el inmueble mismo, cualquiera que sea el uso al que se destine y no sólo tratándose de inmueble dedicado a uso de habitación, para habitación propia o de los propios hijos o también de los padres propios; tratándose de inmueble no destinado a uso de habitación, la necesidad puede referirse al ejercicio en éste de la propia y normal actividad de profesional, de artesano o de comerciante. Prevee la ley una compensación equitativa a favor del arrendatario y de parte del arrendador, cuando éste pretenda ejercer en el inmueble la misma actividad que venía desarrollando el arrendatario y siempre que éste pruebe el «avviamento» del cual el arrendador se beneficia, habiendo sido obra suya. Estos casos de cesación de la prórroga están sujetos, a su vez, a la excepción contenida en el art. 7, el cual prescribe que esta facultad no puede hacerse valer por quien haya adquirido el inmueble en acto entre vivos si no han pasado dos años de la adquisición; si se trata

(10) Ver jurisprudencia en «Foro civ.», 1949, págs. 104 y sigs.

de siniestrados, desahuciados, prófugos de guerra, etc., el término se reduce a dieciocho meses.

El arrendador dispone de otro medio para hacer cesar la prórroga, cuyos requisitos están regulados en el núm. 2 del art. 4. Se trata de que el arrendador ofrezca al arrendatario otro inmueble concurriendo las siguientes circunstancias: en primer lugar, que el arrendador pretenda servirse del inmueble para habitación propia de sus hijos o parientes en línea recta, no exigiéndose que se demuestre una justificada necesidad, o que tratándose de un ente público o en general con finalidad pública, social, mutualista, cooperativista, asistencial o de culto, se quiera disponer del inmueble para el ejercicio de sus propias funciones. Este último supuesto ha sido criticado por la doctrina en cuanto supone una violación del principio que venía sosteniéndose de no consentir la cesación de la prórroga tratándose de inmuebles destinados a la habitación, al fin de dedicarles a un uso diverso (11), dada la gravedad actual del problema de la vivienda; en segundo lugar, que medie el ofrecimiento al arrendatario de otro inmueble idóneo, calidad que será apreciada por el tribunal, cuya renta sea proporcionada a las circunstancias económicas del arrendatario y, en todo caso, no superior en un 20 por 100 sobre la renta anterior; finalmente, que los gastos de traslados sean de cuenta del arrendador, excepto el caso en que el arrendatario se haya opuesto infundadamente a la acción, lo que podrá dar lugar a que el arrendador se vea dispensado de esta carga. El nuevo contrato estará sujeto al vínculo de la prórroga, a menos que pueda incluirse en el ámbito del art. 2.

Idéntico fundamento que los casos anteriores tiene la excepción del último párrafo del artículo 4. Según éste, resulta posible al arrendador que a su vez sea arrendatario, el ceder su contrato de arrendamiento a su propio arrendatario, y éste no podrá oponerse a la cesión de contrato si no existen justos motivos. Para evitar todo perjuicio al sujeto que se ve obligado al abandono, se prescribe que el inmueble que se cede sea de los destinados a habitación y que el contrato esté sujeto a prórroga; al contrario, no es preciso el consentimiento del arrendador del inmueble cedido.

Una nueva e importante facultad se concede al arrendador en el artículo 6, cuyo fundamento está en que el vínculo de la prórroga corresponde, rigurosamente, a las necesidades del arrendatario. A tenor de esto, si el inmueble arrendado para uso de habitación y sujeto a prórroga es por el número de habitaciones (12) habitables, excedente a las necesidades del arrendatario y del subarrendatario, el arrendador puede entrar en posesión de la parte excedente. Para valerse de tal facultad es preciso que los gastos de la división sean sufragados por el arrendador, y que resulte garantizado en la habitación que queda para el inquilino el acceso independiente y los accesorios autónomos. La Ley presume que el inmueble excede de las necesidades del arrendatario, cuando el número de habitaciones es superior al número de personas componentes de la familia aumentado en dos unidades, a más del ingreso, accesorios y habitaciones dedicadas a actividad profesional, teniendo en cuenta que las

(11) Ver *Nouza legge*, etc... pág. 52.

(12) El término «vanis», utilizado por la Ley, se traduce exactamente por «huecos», «habitaciones vacías».

habitaciones cuya superficie sea superior a los treinta y cuatro metros cuadrados se calculan por dos.

Tratándose de inmuebles destinados a uso diverso de la habitación, la facultad del arrendador de dividir el mismo puede tener lugar, pero su ejercicio está condicionado a la justificación de la exigencia por parte del arrendador de disponer parcialmente del inmueble para habitación propia o de sus hijos, o para el ejercicio de la propia actividad artesana o profesional, siempre que el disponer del inmueble sea una necesidad o exigencia del arrendador sentida o de origen posterior a la constitución de la relación de arrendamiento. Para tutela del arrendatario se prescribe que una parte del inmueble, suficiente al ejercicio de la actividad a la cual el inmueble venía dedicándose, le será reservada en todo caso y como requisito imprescindible. Finalmente, en el párrafo último, se impone al arrendador la obligación de aviso al arrendatario con cuatro meses, al menos, de anticipación a la fecha en que pretende tener la disponibilidad parcial del inmueble.

La facultad de que venimos tratando corresponde a los entes públicos, o con finalidad pública, social, mutualista, cooperativista, asistencial o de culto, si se da justificada exigencia para habitación de su personal o para el ejercicio de sus funciones, posterior a la fecha de constitución de la relación arrendaticia. En este y en todos los casos de división mencionados, tiene lugar el reducirse del objeto del contrato, lo que acarrea una disminución en la renta.

Siempre que el arrendador, en vista de causa legal y según procedimiento establecido (art. 4, párr. 1.º, núms. 1.º y 2.º; art. 6, párr. 3.º y 4.º), haya obtenido la disponibilidad total o parcial del inmueble, el hecho de darlo nuevamente en arrendamiento o, en general, el no dedicarlo al uso en vista del cual se obtuvo, produce la ineficacia de la decisión en la que se disponía el abandono del inmueble por parte del arrendatario, y éste tiene derecho, incluso de frente a los causahabientes del arrendador, a continuar en el contrato. Sin embargo, cuando el tercero ha tomado posesión del inmueble, la Ley exige la concurrencia de la mala fe en éste para que el arrendatario pueda subentrar en el inmueble; es decir, que el tercero tenga conocimiento de la situación precedente. En todo caso, procede la indemnización de daños y perjuicios, e, incluso, a tenor del artículo 9, el aplicar al arrendador las sanciones penales de reclusión de tres meses a un año o una determinada multa (desde 50.000 a 500.000 libras), si la necesidad de disponer del inmueble ha sido justificada mediante declaraciones, documentos o hechos falsos, y, en general, siempre que hayan sido empleados artificios o engaños.

Otro grupo de causas de cesación del derecho de prórroga, las previstas en el artículo 10, se fundan en las especiales circunstancias en que se encuentra el inmueble, y, como afirma De Martini (13), finalidad de las mismas es el favorecer la construcción, reconstrucción y reparación de nuevas habitaciones en vista del problema de la edificación. Se puede hacer cesar la prórroga cuando el propietario quiera demoler o transformar notablemente el inmueble para realizar en él nuevas construcciones que, al menos, tengan doble número de habitaciones, o, tratándose del último piso, quiera dar más elevación al

(13) «Foro civ.», 1949, pág. 216.

edificio, dentro de lo regulado y siempre que razones técnicas impongan el abandono de tal planta (núm. 2.^o). La misma facultad se da en el caso de edificio gravemente dañado o del cual deba asegurarse la estabilidad y la permanencia del inquilino sea incompatible (14), o se trate de inmueble de interés artístico o histórico en el que concurren las mismas circunstancias (núm. 3). Hay que tener en cuenta que el desalojamiento del inquilino podrá ser parcial, gradual y, de todas formas, temporal, ya que terminados los trabajos el inquilino tendrá derecho a una habitación con el mismo número de habitaciones e idénticas condiciones; el arrendador tiene facultad, mediante oportuna invitación al arrendatario, a conocer con cierta antelación si éste piensa valerse de su derecho (párr. 4.^o, art. 10). De todas maneras, al arrendatario que abandona el inmueble por las causas citadas, se le debe proporcionar otro alojamiento idóneo y cuya renta no sea superior en más del 20 por 100 a la precedente (párr. 2.^o).

Fundándose en los mismos principios, prescribe la Ley que tratándose de terrenos incluidos en el área de edificación, si en ellos existen barracas o construcciones no estables, y el propietario demuestra que trata de edificar en los mismos, puede oponerse a la continuación del contrato siempre que entre él y la pública Administración se provea de alojamiento a los refugiados con una renta para ellos soportable. La consecuencia de no efectuar los trabajos proyectados es la ya mencionada anteriormente para casos similares (15).

2.^o *Aumento de rentas.*—En el artículo 11 se establece el aumento de renta, únicamente, respecto de los contratos de arrendamiento prorrogados a tenor de la presente Ley (16), y, aunque de la letra del precepto pudiera deducirse que se trata de una elevación de renta de carácter legal y automático, es indudable que constituye, tan sólo, una facultad atribuida al arrendador. El aumento autorizado, que puede imponerse desde el día primero del mes sucesivo a la entrada en vigor de esta Ley, se gradúa en varios tipos según las circunstancias del inmueble; en los supuestos normales se fija un aumento del 50 por 100 sobre la renta anterior a la entrada en vigor de la Ley; esto para inmuebles dedicados a uso de habitación o al ejercicio de actividad artesana o profesional, casos estos últimos que equivalen a los de habitación si no constituyen elemento de una gran empresa. Para los inmuebles que reúnen las circunstancias en vista de las cuales la Ley les atribuye la categoría de lujo (17), el aumento puede ser el 100 por 100 ó, en algunos casos, del 200 por 100. A la inversa, se fija tan sólo el aumento del 200 por 100 en supuestos en que el arrendatario, sea cualquiera el tipo de inmueble que habita, se encuentra en desgraciada situación económica (18). Si el contrato tiene por objeto un inmue-

(14) Lo referente a «necesidad» o a las condiciones técnicas, puede consultarse «al genio civile sentite le parti» (núms. 1.^o y 2.^o, art. 10).

(15) En alguno de estos casos, por su naturaleza y circunstancias, puede faltar la relación arrendaticia; de todas maneras, el propietario podrá obtener la disponibilidad del inmueble ocupado en vista de requisas o de otro título distinto del arrendamiento dependiente o no de contingencias de guerra, «sfollamenti», etc.

(16) Para otros contratos regirán las normas de revisión por excesiva onerosidad del contrato.

(17) Decreto ministerial de 7 enero 1950.

(18) «... se trazga i mezz di vita soltanto del proprio lavoro o da trattamento di pensione o di quicquenza ovvero se abbia notevole carico di famiglia» (párr. 3.^o, art. 12 de la

ble arrendado por vez primera después del 18 de junio de 1945, la elevación de la renta se ve reducida a un 10 por 100 tan sólo. Finalmente, si la habitación ocupada por el arrendatario es de un orden infimo, tal como barracas, habitaciones semienterradas, sin accesorios, etc., establece la Ley que no será debido ningún aumento. Las rentas que en los supuestos anteriores hemos visto cómo resultan aumentadas, sufrirán, a partir del día primero del año 1951, otro aumento en la misma entidad señalada, y computándose siempre sobre la renta pagada con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley (art. 12, párrafo 5.º).

Respecto a la otra categoría de bienes inmuebles arrendados, aquellos que no están dedicados a uso de habitación ni destinados a una actividad artesana o profesional, la Ley fija, además de los requisitos comunes de tratarse de contrato efectivamente prorrogado y de computación hecha sobre la renta anterior, el aumento normal del 100 por 100; del 50 por 100 cuando se trata de locales ocupados por cooperativas o cualesquiera otra organización mutualista asistencial; del 25 por 100 si el inmueble objeto de contrato ha sido arrendado por primera vez después del 18 de junio de 1945. También, respecto a los arrendamientos que tienen por objeto inmuebles no dedicados a uso de habitación ni de actividad artesana, ni profesional, se prevé la ulterior subida de renta que tendrá lugar el año próximo; de todas formas, se fija para estos inmuebles un límite máximo de aumento, ya que en el año 1950 la renta no podrá ser superior en más de veinticinco veces a la pagada con anterioridad al Decreto-ley de 12 de octubre de 1945, y en el 1951 a treinta veces esta misma renta; se exceptúan los casos en que hayan tenido lugar por parte del propietario mejoras de notable importancia en relación al uso al que se dedica el inmueble (párr. último, art. 13).

Existe un supuesto en el cual las partes, aun tratándose de inmuebles cuyo régimen cae dentro del ámbito de esta Ley, pueden establecer libremente la renta; cuando se convenga una prórroga superior a la establecida en el artículo 1 de la Ley, los contratantes gozan de libertad para fijar la renta correspondiente por el tiempo en que la prórroga convencional excede de la legal y siempre que la duración pactada sea superior a los cuatro años (art. 15, párrafo 2.º). Esta disposición ha sido, justamente, criticada por De Martini (19), que la califica de «trappola per gli inquilini ingenui», desde el momento en que éstos pueden acceder al aumento de la renta determinado en modo libre en vista de la prórroga al menos de cuatro años, siendo muy probable que el legislador vaya concediendo nuevas y sucesivas prórrogas y de otra parte mantenga el bloqueo de las rentas.

Regulada la forma de petición de aumento, aceptación y controversia sobre los mismos (20), la Ley establece todavía la posibilidad de una mayor subida de renta. A fin de impedir un lucro excesivo por parte del arrendatario que subarrienda, mientras el arrendador ve seriamente limitadas sus posibilidades

Ley); «assistiti dagli Enti Comunali Assistenziali o iscritti negli elenchi di disoccupati o siano pensionati dell'Istituto di Previdenza Sociale, sempre che nè essi nè alcuno dei familiari conviventi abbiano altra fonte di reddito» (art. 2, párr. 2.º y 3.º, Ley 30 dicembre 1948; «... tubercolotici ricoverati o in attesa di ricovero...» (párr. 3.º, ídem).

(19) «Foro civ.», 1949, pág. 230.

(20) Ver art. 16, y en casos de subarriendo, art. 17 de la Ley.

de aumento de beneficios, el artículo 17 autoriza una subida suplementaria, ya prevista en disposiciones precedentes, en los casos de subarriendo de inmuebles dedicados a uso de habitación, cuya entidad varía según las circunstancias que se fijan (21), y que vendrá computada sobre la renta que resulta a tenor de la presente Ley, y por excepción, sobre la renta pagada por el subarrendatario cuando el arrendador así lo pida y pueda probar la entidad de tal renta (cuando se sigue este sistema de computación, el aumento es el 30 por 100 y no el 75 por 100 que resulta el normal; ver nota 21). La finalidad de este aumento, consistente en impedir excesivas especulaciones por parte del arrendatario, resulta implícitamente confirmada por lo que dispone el mismo artículo respecto a que tal aumento suplementario cesara en el mismo día en que el arrendatario notifica al arrendador la cesación del subarriendo.

En el párrafo 8.º del artículo 17 se recoge lo ya anteriormente legislado, si bien con alguna variante, respecto a los habituales subarriendos por temporada o estacionales, que se practican por razones de clima, cura, turismo, etcétera, en algunas localidades. Esta clase de subarriendo da lugar al aumento suplementario computado sobre el canon o renta debido al arrendador por un año entero, siempre que concurra indispensablemente el requisito establecido de nuevo por esta Ley, de que el subarriendo tenga duración mínima de un mes.

Otros aumentos de renta tienen base distinta del subarriendo: tal el debido por obras realizadas en el inmueble de carácter necesario e improrrogable para conservar el destino del inmueble, o, en general, que de no realizarlas pudiera derivarse un comprometer la eficiencia de éste en relación al uso a que se dedica; en el caso de que el arrendador se vea sujeto a contribuciones por mejoras debidas a transformaciones urbanas de la zona en la cual se encuentra situado el inmueble.

En consonancia con los principios de carácter general básicos en la relación de arrendamiento, el arrendador está obligado a mantener en estado de eficiencia los servicios del inmueble arrendado que funcionaban al inicio del contrato (se exceptúa el daño o destrucción por acontecimientos bélicos), pero respecto a gastos de limpieza, portería, ascensor (22), limpieza de pozos, aguas y electricidad, puede dirigirse a los inquilinos, deducido el 20 por 100 que corre de su propia cuenta (art. 19).

3.º *Normas particulares sobre subarriendos.*—Al arrendatario se le concede la facultad de subarrendar en conformidad o, incluso, en derogación de lo pactado (art. 20. párr. 1.º), y la Ley establece la presunción *iuris tantum*, por lo que no se excluye la prueba en contrario de existencia de subarriendo cuando el inmueble resulta ocupado por personas que no están al servicio del arrendatario ni son parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado.

(21) En supuestos normales, un 75 por 100; el 150 por 100 si el subarriendo tiene base en el D. L. de 25 enero 1943, o se hace habitualmente por días no siendo en derogación de pactos contractuales; en caso de derogación, el 200 por 100 si el arrendador no pidió la resolución: 20 por 100 si es parcial y si fin de especulación. No hay aumento si el arriendo es posterior a 15 septiembre 1943.

(22) Firmes los principios de condominio, respecto al ascensor se tendrá en cuenta el uso que de él pueda hacer cada inquilino, o seguir un criterio de proporcionalidad con la renta (párr. 2.º, art. 14).

salvo que se trate de invitados con carácter transitorio; la mencionada presunción no se aplica tampoco al caso de personas que se hayan transferido al inmueble junto al arrendatario (art. 21). En interés de los profesionales, no se presume la existencia del subarriendo en el supuesto de inmueble usado por varios de éstos para el ejercicio de su profesión, incluso si sólo uno de ellos figura como arrendatario; en consecuencia, si este único muriese, el beneficio de prórroga acordado por el artículo 1 de la Ley tendrá lugar respecto de los demás sujetos que desarrollan su actividad profesional en el inmueble (art. 22).

En caso de subarriendo, el arrendatario está sujeto a la obligación de dar aviso al arrendador de que tal relación se ha constituido expresando todas las circunstancias que en la Ley se indican (23), y el no comunicarlo o el falsear el contenido de la comunicación, se sanciona con la resolución del contrato de arrendamiento (art. 23, núms. 1.º y 2.º). El subarrendatario puede sustituirse al arrendatario en el aviso que la Ley prescribe se haga al arrendador, facultad ésta concedida para tutela del interés del titular del subarriendo, lo mismo que la establecida en el párrafo último del art. 20, por la cual, siempre que el arrendador actúe para obtener la disponibilidad del inmueble arrendado, debe poner en conocimiento del subarrendatario la existencia del juicio.

El contrato de arrendamiento se resuelve, además de los casos de resolución ya mencionados y de los supuestos contenidos en el «Código civil», cuando el arrendatario practique el subarriendo por días, habitualmente, y en derogación de los pactos contractuales (art. 23, núm. 3). La solución legal ha sido criticada desde un punto de vista práctico, ya que es contradictoria con la suspensión de la eficacia de las cláusulas prohibitivas del subarriendo contenidas en los contratos de arrendamiento de pisos dedicados a uso de habitación y limitadamente al subarriendo de una parte del piso, suspensión que se prorroga a tenor del artículo 24 de la Ley hasta el 31 de diciembre de 1951. Todo lo dicho sobre las normas reguladoras de los subarriendos y lo indicado respecto al aumento de rentas, es aplicable a los arriendos y subarriendos de habitaciones amuebladas por parte de *affittacamere*, y de habitaciones con pensión familiar, según el artículo 26, que prescribe para estos últimos supuestos la separación del precio estipulado por servicios accesorios y eventualmente por la pensión.

4.º) *Disposiciones comunes a los tres primeros capítulos.*—Siempre con referencia a los contratos de arrendamiento sujetos a prórroga, se establece la nulidad de la obligación impuesta al arrendatario o subarrendatario por el arrendador o saliente arrendatario, consistente en cumplir, además del pago de la renta, cualquiera otra prestación de las llamadas en Italia de *buona uscita* o de *buon ingresso*, sea quien sea el beneficiario de la misma y el sistema empleado para su disimulación. La Ley hace mención expresa del caso en que se pacta la adquisición de muebles con carácter de requisito indispensable para la cesación del contrato de arrendamiento en curso. Si por alguno de estos conceptos se pagasen ciertas sumas, éstas podrán ser repetidas en todo caso o serán computadas en cuenta a los alquileres sucesivos (ver art. 28), y quien

(23) Aviso hecho dentro de los diez primeros días siguientes a la conclusión del contrato, mediante carta certificada, indicando duración del contrato, número de locales o habitaciones útiles subarrendadas y persona del subarrendatario (art. 20, párr. 1.º).

obtiene o, simplemente, concurre a hacer obtener estas sumas, puede venir sancionado con multa de entidad graduable (de 50.000 a 200.000 liras).

En los artículos 29, 30, 31 y 32, aplicables tanto a los contratos de arrendamiento como a los de subarrendamiento, contienen normas de competencia del *pretore* para entender de las cuestiones referentes a los artículos que anteceden y establecen el simple procedimiento a seguir.

5.º *Desahucios*.—En materia de desahucios, los artículos 33, 34, 35, 36 y 37 importan una serie de modificaciones al procedimiento ordinario de ejecución. En efecto, el *pretore*, que en estas materias goza de una gran libertad, puede tener en cuenta la dificultad en que se encuentra el arrendatario para proveerse de otro alojamiento, comparar la situación de éste con la de aquel que ocupará posteriormente el inmueble, podrá apreciar la justificada exigencia y necesidad del arrendatario de continuar habitando en el mismo barrio o zona, así como todo el conjunto de circunstancias, para a la vista de ello señalar una fecha de abandono del inmueble, que no podrá implicar un plazo superior a los tres meses; además, la facultad concedida al *pretore* de graduar los desahucios, implica una posibilidad de otorgamiento de prórroga (ver art. 33). Siempre que no se trate del caso anteriormente mencionado en el cual el arrendador necesita el inmueble para habitación propia y ofrece al arrendatario otro alojamiento, etc., el *pretore*, supuesta la concurrencia de graves motivos o circunstancias y que en el caso de incumplimiento, si de éste se tratase, el mismo haya cesado, puede conceder una prórroga no excedente de los tres meses para el desahucio, incluso si el inmueble era ocupado en virtud de título diverso del arrendamiento. La presente Ley queda a salvo la prórroga excepcional regulada en la Ley de 9 de agosto de 1948, y concede una especial para la ciudad de Roma en vista del Año Santo y hasta el final del mismo, que será discrecionalmente aplicada por el *pretore* (art. 34).

Una norma sin precedente es la contenida en el artículo 35, a tenor de la cual no puede ser dispuesta la ejecución del desahucio en los locales dedicados a ejercicio de una farmacia, sin la previa autorización del *prefetto*. Constituye el fundamento de esta disposición los particulares requisitos de emplazamiento o situación de la farmacia, por los cuales el abandono del local podría dar lugar a la extinción del negocio, con daño no sólo del titular, sino también de la comunidad. Este artículo plantea el delicado problema, todavía sin posible solución, de si una decisión de la autoridad administrativa podría impedir la ejecución de una sentencia de la autoridad judicial; además, en caso de negativa por parte del *prefetto*, el derecho del arrendador a obtener el abandono del inmueble, afirmado en una sentencia ejecutiva, podría quedar sin contenido (24). Naturalmente, en todos estos casos de prórroga para el desahucio autorizada por el *pretore*, el arrendatario continúa sujeto a todas las obligaciones que le incumban como si la relación arrendaticia continuara en vigor (art. 36).

6.º *Disposiciones finales y transitorias*.—La Ley dedica su último capítulo a disposiciones finales y transitorias, las cuales hacen referencia y regulan el destino de los inmuebles ocupados por entes públicos, que una vez libres

(24) DE MARTINI, etc.: *La nuova legge sulle locazioni*... pág. 181.

volverán a su anterior servicio; el excluir de la cesación de la prórroga y de la resolución contractual, salvo los casos de incumplimiento previstos en el *Codice civile*, los inmuebles arrendados por institutos de instrucción o educación hasta que se presente para los mismos la posibilidad de disponer de otro alojamiento idóneo; la facultad del arrendatario para reparar el inmueble y su regulación; el aplicar a los procedimientos en curso las normas concernientes a prórroga, facultad de división y desahucios; competencia del *pretore* y de las comisiones arbitrales; indemnizaciones correspondientes a representantes de arrendadores y arrendatarios que intervienen en el procedimiento ante el *pretore*. La Ley deja intacto el anterior régimen establecido respecto a inmuebles dedicados a hoteles, pensiones y posadas (art. 46); de otra parte, en ella se anuncia la próxima ley que regulará las relaciones entre el *Istituto nazionale per le case degli impiegati dello Stato*, los *istituti* autónomos para las casas populares, el *Ente edilizio di Reggio Calabria* y sus propios inquilinos, así como lo referente a gestión y asignación de alojamientos en las zonas siniestradas por terremotos, y, mientras tanto, se declaran aplicables a tales relaciones las normas sobre desahucios contenidas en la Ley actual (art. 47).

Preceptuado que *La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, finaliza el contenido de la Ley de 23 de mayo de 1950, que aporta como consecuencia la continuación en Italia del régimen de vinculación de los arrendamientos urbanos, impuesta por el perdurar de la gravedad del problema de la edificación, si bien en algunos puntos concretos (sobre todo en materia de exclusión de la prórroga por exigencias del arrendador) pueda verse un aligeramiento de vínculos y limitaciones que pesan sobre el propietario, y resulte ser expreso y decidido propósito del legislador italiano la vuelta a la ya lejana libertad contractual en materia de arrendamientos urbanos.

JAVIER ALONSO MARTIN

Doctor por la Universidad de Bolonia

II. NOTAS CRITICAS

Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario (*)

JUAN-BAUTISTA JORDANO

Hace algún tiempo que nuestra literatura jurídica comenzó a familiarizarse con el tema—tan caro a la doctrina extranjera—de los negocios fiduciarios, hasta el punto de que puede decirse que hoy está en boga.

Mucho se ha escrito en lengua española acerca de la fiducia en numerosos artículos de revistas, notas, comentarios de Jurisprudencia, Tratados o Manuales de carácter general, etc. (1). Pero se hacía sentir la falta de un libro que, en serio, abordase de forma completa asunto de tan alto interés teórico y práctico. En este sentido, el estudio del doctor Navarro Martorell señala un camino—hasta ahora poco luminoso—por donde pueden circular los negocios fiduciarios de nuestro Derecho, en tanto que su tesis no sea superada.

La obra consta de tres partes claramente definidas: en la primera se estudia, brevemente y sin pruritos de novedad, la fiducia histórica en el Derecho romano, en el germánico y en el español; en la segunda, los modernos negocios fiduciarios, como obligada premisa de lo que constituye el nudo central de la tesis y fin del estudio: la propiedad fiduciaria, objeto de la tercera y última parte, a nuestro juicio, la más lograda.

(*) NAVARRO MARTORELL, Mariano: "La propiedad fiduciaria". Barcelona, editorial Bosch, 1950 (347 págs.).

(1) Además de la extensa lista que figura al fin de la obra comentada deben tenerse en cuenta, por lo que afecta a la bibliografía nacional, los recientes estudios de BONET, *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1948, págs. 633 y sigs.; LACAL: "El tema del negocio fiduciario", en "Revista de Derecho Privado", octubre de 1950, págs. 777 y s. s.; ORTEGA, *Donaciones indirectas*, en este ANUARIO, t. II, fasc. III (Julio-septiembre, 1949), págs. 918 y sigs., especialmente págs. 926-928; VERDERA, *Algunos aspectos de la simulación*, en este ANUARIO t. III, fasc. I (Enero-marzo, 1950), págs. 22 y sigs., esp. págs. 34-38; JORDANO, *Sobre el negocio fiduciario*, en este ANUARIO, t. III, fasc. I, págs. 129-145. La "Revista de Derecho Canónico" tiene en prensa un trabajo del profesor FUENMAYOR, *Problemas que plantean los cánones 1.499, § 1 y 1.513. desde el punto de vista civil*, donde a propósito de las donaciones y disposiciones fiduciarias para causas pías estudia los negocios y donaciones indirectas, así como los negocios fiduciarios *inter vivos* y la fiducia *mortis causa*.

I

El concepto, naturaleza, causas y efectos de la propiedad fiduciaria en las diversas perspectivas jurídicas de su titular, así como en qué medida y de qué manera puede ser considerada diferente del derecho de propiedad, son las cuestiones generales tratadas por el autor en esta parte de su trabajo, llegando a definir el instituto como "una propiedad peculiar, caracterizada por una limitación obligatoria, que afecta personalmente a su titular, sobre el uso de sus facultades y, generalmente, sobre el tiempo de duración de su titularidad" (página 108).

La idea básica es que la titularidad recibida por el fiduciario es plena, o sea, que es un propietario normal *erga omnes*, incluso frente al mismo fiduciante, porque el negocio traslativo y el derecho real objeto de él no son afectados por la obligación meramente personal contraída en el *pactum fiduciæ*, que sólo vincula al fiduciario sin afectar realmente su derecho, puesto que para el orden jurídico un compromiso personal no puede prevalecer contra una titularidad real en perjuicio de terceros adquirentes.

Contrasta la postura asumida por el A. con la de muchos de nuestros más prestigiosos tratadistas que, como ROCA SASTRE (2) y HERNÁNDEZ-GIL (3), hablan de "titularidad formal" del fiduciario o bien de propiedad frente a todos menos el fiduciante. Como advierte el profesor BONET, podrá parecer la tesis excesiva, pero es indudable que se halla sólidamente fundada y llevada con toda rigidez a sus últimas consecuencias, transcendentalísimas desde el punto de vista hipotecario, y que, de ser admitidas, simplificarían en grado sumo la regulación de la propiedad fiduciaria, hallándose los terceros a salvo de las veleidades de los contratantes, bajo el amparo seguro de la sombra bienhechora proyectada por el principio de la fe pública registral (Prólogo del libro página 16).

Por nuestra parte siempre hemos creído que la titularidad del fiduciario es una propiedad normal *erga omnes* (incluido, por tanto, el fiduciante), sin más límite que la obligación personal de retransmitir la *res fiduciaria* y comportarse de acuerdo con el fin propuesto: sólo impropriadamente cabe hablar de "propiedad fiduciaria" en ese sentido y no en el de una *proprietà di scopo* (forma atípica de propiedad limitada realmente en el tiempo y en sus facultades de ejercicio) o de una propiedad relativa o formal, porque, prescindiendo de la admisibilidad de la primera y de la posibilidad de una distinción neta entre la titularidad meramente formal y la material en los ordenamientos continentales, que con razón generalmente son rechazadas (4), el negocio fiduciario, concebido al

(2) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona, 1946, t. II, páginas 106-115.

(3) *Comentario a la sentencia del T. S. de 10 de marzo de 1944*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", junio de 1945, págs. 695, 696 y 697.

(4) Por todos, CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padua, 1933, págs. 30-31, el cual afirma que dichas formas de propiedad no existen en el derecho positivo, que sólo conoce "el derecho de propiedad" (Vid. arts. 348 y sigs. del C. c. esp.). Con relación a nuestro sistema véase NÚÑEZ LAGOS, *Realidad y Registro*, Madrid, 1945 (*separatu*), páginas 11-12.

modo latino, se caracteriza por operar una transmisión *plena* de la titularidad, seriamente querida por las partes, que para conseguir su propósito *tal como es previsto*, no pueden en la mayoría de las ocasiones limitar realmente sus efectos, ni en el tiempo ni en la suma de los poderes atribuidos al fiduciario (5). De otra suerte, además, no habría genuino negocio fiduciario, porque desaparecería la posibilidad de abuso propia del mismo. En efecto, si la esencia de aquél, según la concepción romanista (que debe prevalecer entre otras razones por una, clarísima, de abolengo), estriba en que es un vínculo simplemente obligatorio el que limita los efectos del negocio real, y si es verdad que su característica está en que, no a través de rigurosos medios de coacción legal, sino por el comportamiento leal del fiduciario se puede llegar al pleno logro del fin práctico perseguido, es preciso reconocer que la fiducia que, estando tutelada por la ley, no permite un abuso, deja de ser fiducia en sentido técnico (6). Por otro lado, no hay que olvidar que la teoría de la propiedad relativa o formal suprime una de las facetas del abuso del fiduciario: cuando viola las obligaciones asumidas sin enajenar a otros el bien recibido. Entonces, siguiendo esa construcción, el fiduciante podría reivindicar la *res fiduciaria*, puesto que *inter partes* continúa siendo propietario, cuando la verdad es que aun en esas circunstancias sólo procede una acción personal dirigida al resarcimiento de daños. A lo sumo, el fiduciante podría obtener la ejecución específica del *pactum fiduciae* (como obligación consistente en un *dare*), lo cual dista mucho de ser una limitación real o directa del derecho del fiduciario (7).

Es mérito del doctor Navarro el haber aclarado definitivamente a lo largo de un concienzudo análisis la verdadera esencia de la propiedad del fiduciario, disipando no pocas dudas y vacilaciones de nuestra doctrina y jurisprudencia (8).

I I

La parte consagrada a la teoría general de los negocios fiduciarios, sin dejar de constituir un mero presupuesto lógico para el estudio de la llamada propiedad fiduciaria, es objeto de un detenido examen (117 págs., más los ca-

(5) En los casos de *fiducia cum amico* resulta claro que las partes no pueden querer una limitación real de tiempo ni de uso, porque, de lo contrario, al hacerse patente frente a todos el propósito perseguido, se frustraría el logro de la finalidad propuesta. En la *fiducia cum creditore*, especiales consideraciones de orden social pueden mover al deudor y al acreedor a no poner de manifiesto la operación de garantía, que generalmente aparece como una transmisión normal de propiedad, con todas sus ventajas de tipo práctico. Cfr. nuestro estudio *Origen y vicisitud de la fiducia romana (Notas introductivas para la problemática actual de la causa fiduciae)*, Coimbra, 1948, página 41 n. 1 y 42 n. 1.

(6) GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1936, I, págs. 552 y sig.

(7) Sobre todo esto vid. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Milán, 1948, pág. 246, nota 6.

(8) La Resolución de 14 de junio de 1922 consideraba al adjudicatario para pago de deudas como un *propietario formal*, reconociendo al mismo tiempo finalidad fiduciaria a la operación. GONZÁLEZ PALOMINO fué el primero que sentó conceptos claros sobre la materia (*La adjudicación para pago de deudas*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", t. I, 1944, págs. 213 y sigs.)

pítulos de la segunda parte donde el autor trata de los efectos del negocio fiduciario, particularmente en caso de quiebra del fiduciante o del fiduciario, y de las figuras concretas de fiducia).

Para N. M. son negocios fiduciarios "aquellos en que una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que *confía* en ella, una plena titularidad de derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés suyo ya también en el del transmitente o de un tercero" (págs. 67-68).

Están lógicamente concatenadas las posiciones asumidas por el autor en cuanto a la estructura interna de estos negocios: el acogimiento de la construcción romanista como base de los modernos negocios fiduciarios; la defensa de la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin propuesto; el propugnar la existencia de una particular *causa fiduciac* y su asentamiento en el pacto obligatorio; la afirmación de que entre el negocio real o dispositivo y el obligatorio, personal y reservado no existe una mera relación negativa de limitación, sino una más importante, positiva, de causalidad; el no contraponer ambos elementos negociales, sino aunarlos—en forma de interdependencia de sus efectos—en pro del fin propuesto, excepto cuando falle la lealtad del fiduciario, pues entonces entiende que habrá que separar los efectos de uno y otro elemento en los planos real y personal; la concepción del negocio fiduciario como acto jurídico complejo y las consecuencias que de ella se derivan; y, en fin, la manera de aislar los negocios fiduciarios de otras figuras jurídicas afines.

Aunque las conclusiones del autor a propósito de cada uno de los asuntos versados no siempre convengan, a menudo persuaden y, a veces, obligan a pensar con profundidad.

Así, por sólo tocar uno de los puntos más debatidos de la teoría fiduciaria, merece algún comentario la postura adoptada en cuanto al problema de la excedencia, tanto más que de él depende toda la construcción.

El doctor Navarro Martorell se muestra decidido partidario de la desproporción o excedencia del medio jurídico empleado con relación al fin económico-social perseguido por las partes, últimamente afirmada con particular vigor por CARIOTA-FERRARA (9) y negada por GRASSETTI (10). A su juicio, la cuestión es plenamente clara. "No hay por qué negar el exceso entre medio y fin en estos negocios, y creemos—añade—que flaquea la tesis negativa aun al querer su autor atemperarla admitiéndola *en el sentido de que existe potestad de abuso por parte del fiduciario*, pues ésta, que es la que origina la situación de peligro y el temor del fiduciante y la que hace necesaria la confianza,

(9) *I negozi fiduciari* cit. págs. 25-26, y ahora recientemente, en *Il negozio giuridico* cit. pág. 245.

(10) *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità ne' nostro ordinamento giuridico*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1936, I, págs. 348 y sigs. esp. págs. 355 y 364. Con posterioridad CARIOTA-FERRARA volvió a insistir en sus anteriores puntos de vista en su nota *Azioni sociali e negozio fiduciario*, in "Giurisprudenza italiana", 1937, y en su libro ult. cit. págs. 244 y sigs.

sólo deriva del repetido exceso, y, como producto suyo que es, demuestra que existe" (pág. 67) (11). Por otro lado aduce que "la necesidad de usar de un medio desproporcionado al fin, puede justificar dicho empleo, pero no porque anule la desproporción, que subsiste" (pág. 65) (12).

En otro lugar hemos mantenido que el principio o axioma fundamental de la excedencia, corriente en la doctrina fiduciaria, está en crisis, después de los duros ataques de MESSINA, ASCARELLI y GRASSETTI, llegando a afirmar que la característica de la categoría no es la pretendida desproporción entre medio y fin, sino más bien la inadecuación o falta de homogeneidad perfecta entre los efectos reales y los efectos obligatorios del negocio, que da lugar *inter partes* a un amplio juego de la *fides* en todo el espacio que media del *ius in re* (propiedad plena y definitiva *erga omnes*) al *ius obligationis* (obligación de retransmitir y de comportarse en armonía con el fin tenido en vista). Decíamos también que el principio fiduciario de la incongruencia se desplazaría así de la relación final medio-*scopus* a la estructura jurídica del negocio (13). Y todo ello por la simple razón de que, a nuestro juicio, la *causa fiduciae*, o mejor el *scopus fiduciae* no se identifica con el mandato, depósito, comodato, etcétera, o con cualquiera de las formas típicas de garantía real (prenda o hipoteca), sino que implica una finalidad de gestión (*fiducia cum amico*) o garantía (*fiducia cum creditore*) atípicas, reforzadas con la plena titularidad de un derecho o cosa, absolutamente imprescindible para la consecución del especial propósito perseguido por los interesados en el negocio (14).

Es ésta una verdad que en el actual estado de la teoría fiduciaria parece incontestable (15). Ella viene a demostrar la inexactitud de la afirmación, usual

(11) La misma consideración aduce CARRARO cuando criticando a GRASSETTI escribía: "No se llega a entender cómo es conciliable la afirmación de que la forma jurídica escogida por las partes no excede el fin por ellas perseguido, con la otra según la cual la característica de la posición del fiduciario es la potestad de abuso. En la posibilidad de abuso parece implícita la excedencia del medio sobre el fin, es decir, de la atribución hecha al fiduciario respecto al fin de la misma" (*Il negozio in frode alla legge*, Padua, 1943, página 128, nota 48). También ya CARIOTA-FERRARA expresaba la misma idea al refutar a ASCARELLI: "Está precisamente en la disonancia entre el efecto real y el propósito económico la nota característica de los negocios fiduciarios... que se fundan sobre la confianza de una parte hacia la otra; si, en verdad, el efecto real fuese además económicamente querido, ningún peligro habría para el fiduciante y ninguna posibilidad de abuso de confianza habría para el fiduciario, el cual dispondría, en todo caso, de un bien también económicamente suyo" (*I negozi fiduciari* cit. pág. 27, nota).

(12) En el fondo, igual pensamiento se encuentra en CARIOTA-FERRARA, cuando al criticar la asimilación de los negocios fiduciarios a los simulados, realizada por PESTALOZZA, observa que el menos no puede obtenerse, *tal como se quiere*, sino por la vía excedente al resultado final tenido en cuenta (op. ult. cit. pág. 49). "El negocio—añade en otro lugar—es sin duda querido en todos sus efectos jurídicos, pero sólo en cuanto medio al fin: los efectos reales tomados en sí no coinciden con el resultado final contemplado, tanto es así que se yuxtapone el vínculo obligatorio" (*ibidem*, pág. 27, nota). Cfr. además del mismo autor, *Il negozio giuridico* cit. pág. 245, nota 3.

(13) *Sobre el negocio fiduciario* cit. págs. 141-143.

(14) A este respecto consúltese mi estudio ult. cit., págs. 139-140 y *Origen y tipicidad de la fiducia*, *passim*.

(15) Vid. nuestro trabajo sobre el negocio fiduciario, págs. 130-136, 139-140 y 143-145, donde se recogen las opiniones, concordes en este punto, de GRASSETTI, BERTINI (*I negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milán, 1940, págs. 19-20) y Ru-

en la doctrina, de que el fin del negocio fiduciario es limitado, en el sentido de que por sí mismo no exigiría la transmisión del bien, visto que ésta hace las veces de la hipoteca, de la prenda (*fiducia cum creditore*) o del mandato (*fiducia cum amico*).

Los mismos defensores más calificados de la excedencia no dejan de admitir implícitamente la atipicidad del fin, desde el momento que reconocen la *imprescindibilidad* o *necesidad* de la transmisión, según el querer de los contratantes, determinante del empleo del procedimiento fiduciario (16).

Resta saber si a pesar de todo subsiste alguna incongruencia que explique suficientemente la potestad de abuso del fiduciario.

La contraposición entre los efectos reales y los obligacionales del negocio, que siempre se da en la fiducia, hace posible el abuso por la plena prevalencia de los primeros, y tiene un claro origen causal, porque resulta del mismo propósito concreto de las partes que, no encontrando en el ordenamiento el medio jurídico estrictamente adecuado a su satisfacción—una propiedad-fin (propiedad-garantía o propiedad-administración) limitada realmente en cuanto a su duración y a las facultades concedidas—, o bien, rehusándolo en atención a ciertas circunstancias o consideraciones especiales, se ven forzadas a adoptar el derecho normal de propiedad con los límites meramente obligacionales de aquel otro tipo de dominio.

Hay, pues, excedencia—lo reconocemos completando y rectificando nuestro anterior pensamiento—, no en el sentido tradicionalmente admitido, sino en el de que el fiduciario adquiere la propiedad o titularidad de un bien para un fin determinado (que como hemos visto la requiere) y no para todos los fines posibles, de modo que la posición que viene a crearse en el fiduciario con la transmisión del derecho es de tal naturaleza y está munida de tales efectos que no puede compaginarse absolutamente con el fin tenido en vista.

Con otras palabras, hay una cierta desproporción, porque no se transmite *por* un fin, como sucede en la compraventa, permuta, donación y cesión, sino *para* un fin, que no agota totalmente el medio. De ahí la necesidad de imponer los límites obligacionales, que—a su vez—originan la posibilidad de abuso y dan pie al juego de la confianza (*fides*), como factor decisivo en la conclusión del negocio.

Así entendido, el texto clásico con que REGELSBERGER describía los negocios fiduciarios (17) aún puede seguir teniendo actualidad.

Con estas precisiones, que eran necesarias para evitar equívocos a la hora

RUBINO (*Il negozio giuridico indiretto*, Milán, 1937, págs. 25-26). La afirmación del texto se halla confirmada, no sólo por la configuración práctica que en la actualidad revisten los propósitos de cada uno de los negocios fiduciarios más importantes, sino también por la perspectiva histórica de la fiducia.

(16) Cfr. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari* cit. pág. 49; PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Padua, 1938, pág. 31, nota 1; MARTORELL, pág. 114, párrafo 4.º; RUBINO, op. cit. pág. 26, donde expresamente dice que "la transmisión es querida en sí misma; precisamente esto torna atípico el fin (de mandato o de garantía) perseguido".

(17) *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, en "Archiv für die civ. Pr.", LXIII (1880), págs. 172-173.

de tratar del trascendental problema de la *causa fiduciae*, aceptamos—si bien de forma atenuada—la desproporción entre medio y fin considerada por el autor como una de las notas características de los negocios fiduciarios, junto a la decisiva de la confianza y a la de la contraposición entre el lado real y el obligatorio del negocio.

Estamos de acuerdo con N. M. cuando, en contra de CARIOTA F., afirma que la *causa fiduciae* no sólo debe ser *justificativa* (es decir, apta para eludir la *condictio indebiti* en el ámbito del negocio abstracto), sino además *generatriz, determinante o constitutiva* del negocio real de transferencia (págs. 118-119). Pero no comprendemos cómo puede atribuirle este último carácter, refiriéndola como la refiere a un fin *restringido o limitado*, aun cuando actúe unida al derecho de crédito del fiduciante a la restitución, porque a ello obstaría una razón decisiva de orden general, proyectada sobre el terreno lógico-jurídico: y es que *no hay efecto sin causa proporcionada*. En verdad, entre el efecto (traspaso del derecho de propiedad) y la causa determinante (un *scopus* limitado de garantía o mandato) habría una disonancia manifiesta.

Bien entendido, el pasaje de GRASSETTI (18) cuya finalidad es demostrar la inestabilidad en el Derecho italiano de las atribuciones fiduciarias construídas según la tesis de CARIOTA FERRARA y que el autor cita en apoyo de su opinión, conduciría a negar virtualidad a esa *causa fiduciae* aun para servir de razón justificativa o conservadora de los efectos del negocio traslativo en aquellos ordenamientos en los que—a diferencia del alemán—no rige de forma exclusiva la transmisión abstracta, pues como GRASSETTI observa, una vez admitido (como reconoce CARIOTA F. y tiene que aceptar NAVARRO M. si no quiere ser ilógico en su razonamiento) que la *causa fiduciae* no es—por su debilidad—idónea para transferir el dominio, es forzoso admitir coherentemente que aquella misma causa no puede justificar la eficacia de una transmisión actuada mediante negocio relativamente abstracto. En cambio si, con GRASSETTI, se sostiene que dicho fin es—por su intensidad—idóneo para provocar el traspaso, lógicamente lo será también para justificar su permanencia.

El hecho de que la *causa fiduciae* sea auto-suficiente tiene la máxima trascendencia en nuestro ordenamiento—donde, según la opinión más autorizada, para los negocios traslativos, rige el sistema de la *causa habilitante*—, porque si no el negocio fiduciario resultaría inadmisibles, en faz del Derecho positivo español, ya que la abstracción procesal de la causa—única que permite el artículo 1.277 del C. c.—requiere, en definitiva, su existencia y aptitud para el efecto pretendido (en este caso la transmisión de la propiedad) (20).

(18) *Del negocio fiduciario* cit. págs. 373-374. Vid. nuestra transcripción en este ANUARIO, t. III, fasc. I, pág. 145, nota.

(19) NÚÑEZ LAGOS, *Pago de lo indebido sin error*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1946, pág. 133, A), a); URCISINO ALVAREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, págs. 104 y sigs. y 102 y sigs. Sobre los sistemas de la causa habilitante y de la causa justificante Vid. BERTINI, op. cit. págs. 13 y 14, y NÚÑEZ LAGOS, op. ult. cit. págs. 132-134, donde señala sus diferentes campos de acción en nuestro Derecho, en el que, en realidad existe un sistema mixto.

(20) Como observa CARIOTA-FERRARA, nada tiene que ver con la abstracción verdadera y propia la llamada abstracción procesal: por medio de ésta, en efecto, el negocio no se separa de la causa, que sigue constituyendo su elemento esencial; sola-

De acuerdo con nuestra tesis el negocio fiduciario sería admisible por estar basado en una causa atípica, vecina de la *causa credendi* ("do ut reddas tantundem eiusdem generis"), consistente en el juego de una prestación o atribución patrimonial frente a la promesa—obligacional—del fiduciario de restituir, al fiduciante o a un tercero, la misma cosa recibida con todos sus aumentos ("do ut reddas idem"); causa que es hábil para transmitir el dominio por exigirlo así el especial propósito económico-social que ambas partes pretenden (21).

Otras consecuencias de no menor importancia serían: la unidad del negocio fiduciario, puesto que la misma causa produciría los efectos reales y los obligatorios; la posibilidad de que la *causa fiduciae* sea disimulada bajo la apariencia de otra causa traslativa cualquiera (*causa vendendi* o *donandi*); la distinción neta entre los negocios fiduciarios y los abstractos (22), etc. Pero como la discusión de cada uno de estos extremos nos llevaría muy lejos, preferimos poner punto final a este comentario.

Sólo nos resta felicitar al doctor Navarro por la feliz elección del tema de su tesis y por el digno nivel científico con que la ha llevado a cabo, a pesar de las dificultades bibliográficas encontradas, que hacen disculpable la cita indirecta de algunos autores.

Si en algunas ocasiones manifestamos puntos de vista personales o incluso divergencias con el pensamiento del autor, fué más con el deseo de dialogar amistosamente que con el propósito de censurar su oportunitísima obra.

mente se produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que se presume la existencia y la licitud de la causa; es decir, que quien aduce la inexistencia o la ilicitud de la misma debe demostrarla. Siendo así, se requiere una *causa adecuada e idónea* al negocio de que se trate para que lo pueda producir y sea válido (*Il negozio giuridico cit.* págs. 204 y 205).

Así pues, aun admitiendo, con CARIOTA-FERRARA, que para los negocios relativamente abstractos debe considerarse suficiente una *causa cualquiera* que justifique el mantenimiento de sus efectos, en nuestro Derecho, esto—referido a los negocios reales *quoad effectum*—sería inadmisibles.

(21) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *op. ult. cit.* pág. 139; GRASSETI, *Del negozio fiduciario*, *cit.* pág. 375, relacionado con lo que el primero dice en la pág. 138, § últ. Véase también lo que dispone el art. 1.274 y la interpretación que le da NÚÑEZ LAGOS (págs. 134-135).

(22) Que de todas formas parece imponerse. Vid. a este propósito lo que dejamos escrito en una nota (Sociedad de favor y negocio fiduciario) que publicó este ANUARIO, tomo II, fasc. IV (Octubre-diciembre 1949), pág. 1558, n. 3.

BIBLIOGRAFIA

Libros

BRAGA DA CRUZ: "O direito de superficie no Direito romano". Coimbra, 1949.

Siendo sobradamente conocidos en España el valor intelectual de Braga da Cruz y la extraordinaria trascendencia de sus aportaciones en el campo de la historia jurídica peninsular, nos creemos relevados de escribir algunas palabras de presentación sobre el autor.

En este trabajo el ilustre profesor de la Universidad de Coimbra intenta simplemente—como él mismo lo confiesa en la primera de las notas—elaborar una lección para sus alumnos. Con este sentido debe ser apreciado de modo principal, pues que su principal mérito es el didáctico. Esa lección constituyó el objeto de uno de los ejercicios en sus oposiciones a la Cátedra.

Vamos a hacer un resumen del trabajo para que el lector pueda juzgar por sí mismo y ponderar con conocimiento de causa las críticas que en una recensión española se le hicieron.

En primer lugar, Braga da Cruz pretende establecer un concepto de derecho de superficie que le sirva de punto de partida. Con ese propósito, nos dice que la superficie es un derecho real que tiene por objeto el goce de aquello que se levanta sobre el plano horizontal del suelo estando en él cimentado, con independencia del derecho de propiedad de dicho suelo.

Es un "ius in re aliena" que no se confunde con otras figuras del mismo género.

Difiere de las servidumbres prediales, porque la servidumbre presupone la existencia de dos fundos, mientras que en la superficie sólo existe el predio sobre el que recae el derecho. Además, la servidumbre sólo puede enajenarse juntamente con el fundo sobre el que incide, en tanto que la superficie puede transmitirse con independencia del suelo. La servidumbre es indivisible, al paso que la superficie es por naturaleza susceptible de división. En cuanto a la servidumbre no puede ser gravada con otra servidumbre, nada impide que el superficiario constituya servidumbres nuevas sobre su derecho.

Se distingue del usufructo y del uso, porque esos derechos se constituyen en favor de una persona determinada y cesan con su muerte, siendo, por el contrario, la superficie transmisible "mortis causa".

Tampoco puede confundirse con la enfiteusis. El enfiteuta tiene un "dominio útil" sobre el suelo y, como consecuencia, tiene también el "dominio" sobre todas las cosas que en ese suelo se encuentran; en cambio, el superficiario posee apenas un derecho real de goce sobre la construcción o plantación, sin cualquier derecho inmediato respecto al terreno que les sirve de base.

Hechas estas consideraciones previas entra ya en el estudio de la formación histórica del derecho de superficie.

Su origen pretorio viene demostrado por la protección jurídica que a favor de quien construye en suelo ajeno con consentimiento del "dominus" concedía el Pretor.

En el "ius civile" romano, el carácter absoluto de la propiedad imponía el principio de la "accessio". El "ius civile" no concibe un derecho real de superficie, admitiendo, a lo sumo, una superficie dentro del campo de los derechos de crédito, a través del contrato de arrendamiento, que dejaba a quien plantó o edificó en terreno ajeno sujeto a todos los riesgos propios de su condición de arrendatario. Por ello no tenía el "ius fruenti" ni el "utendi", sino tan sólo un "re frui licere" para utilizar en su provecho aquellas facultades, que en titularidad pertenecían al dueño del suelo. No era poseedor de la cosa, sino detentador en nombre ajeno, teniendo tan sólo una acción personal contra el dueño—"actio conducti"—para que éste le defendiese de los ataques intentados por tercero. Y como la "locatio" sólo produce efectos entre las partes, podía el dueño enajenar su propiedad sin que el arrendatario tuviese a su disposición cualquier medio para exigir que continuase el arrendamiento; sólo podía solicitar del propietario que enajenaba una indemnización.

Los enormes riesgos que este sistema trae consigo hacen pensar que prácticamente no fué usado. No obstante, los textos romanos son unánimes en afirmar que el derecho de superficie tuvo su punto de partida en el contrato de arrendamiento del "ius civile".

Esta aparente incongruencia se explica teniendo en cuenta que el arrendatario del "ager publicus, ad aedificandum" evita el principal de los inconvenientes que aquel sistema presuponía. Porque las enormes extensiones de "ager publicus", cada día más numerosas, no eran enajenables; por otra parte, la única forma de utilizarlas para la construcción era la del arrendamiento a largo plazo.

Y es precisamente esa "locatio" del "ager publicus, ad aedificandum" el precedente directo del derecho de superficie en Roma. Pero ese antecedente histórico no reúne las características que la superficie asumirá más tarde.

Cabe pensar que fué el Pretor quien en su Edicto transformó el simple derecho de crédito a edificar en un derecho real de goce.

Contra esa naturaleza aparecía el obstáculo del principio de la "accessio". El Pretor había de ladear la dificultad, no otorgando a quien edificaba en suelo ajeno la cualidad de "dominus ex iure quiritium" porque a ello se oponía el "ius civile", pero sí concediéndole una protección de carácter real que transforma su derecho en un "ius in re aliena".

A juicio de Braga da Cruz, la "locatio ad aedificandum" sólo comienza a usarse, respecto a terrenos privados, después de transformada por el Pretor en fuente de derechos reales. En primer lugar, porque el conceder una protección real para tutelar a quien edificó en terreno arrendado se comprende mejor respecto al arrendamiento de terrenos públicos que al de los privados, pues si bien el propietario privado puede perfectamente

venir en defensa del arrendatario cuando los terceros perturba en su derecho, el Estado no podía asumir directamente el encargo de defender a sus arrendatarios contra los posibles ataques de terceros. Además, el arrendamiento de terrenos privados para edificar implicaba para el arrendatario el grave inconveniente de que al enajenar el dueño el suelo desaparecía su derecho; el uso de arrendar terrenos privados para la edificación sólo se concibe, por tanto, después de haberse reconocido al superficiario la titularidad de un derecho real de goce.

Después de estudiar el origen del derecho de superficie, en un segundo apartado el autor analiza la construcción dogmática del mismo atendiendo a las fuentes.

El derecho de superficie nunca llegó a ser en Roma objeto de un negocio jurídico específico; era un instituto de Derecho pretorio, una situación de compromiso tutelada exclusivamente en el Edicto. Como consecuencia, en principio era un derecho independiente del negocio que lo originaba.

No deja, sin embargo, de tener interés indicar cuáles eran los negocios que se utilizaron para su constitución. En primer lugar aparece la "locatio conductio", a partir de la cual se originó históricamente la superficie y que siempre continuó a utilizarse como fuente primordial; pero el autor advierte que no era ese medio el único que podía emplearse, admitiendo junto a él la ocupación y la compraventa.

En referencia al objeto del derecho piensa que podían serlo: las construcciones urbanas—el más típico—, las plantaciones permanentes e incluso el plano superior de una casa.

La principal obligación del superficiario era la del pago anual del "solarium", a no ser que hubiese adquirido el derecho por compra estipulando un precio único que se pagaba en una sola prestación; el pago del "solarium" revestía carácter real ambulatorio. A ese deber principal había que añadir el de conservar la cosa—que pertenecía en propiedad al dueño del terreno—y el de pagar todas las cargas que sobre el suelo pesasen.

Frente a estos deberes, como derecho le correspondía el gozar y disfrutar de la cosa. La más importante de sus regalías era la protección interdictal y la "actio utilis in rem" que se le concedía.

El "interdictum de superficiebus" fué creado por el Pretor a semejanza del "uti possidetis", si bien la analogía entre ambos no era tanta que impidiese diferenciarlos. El "uti possidetis" abarca la construcción en su totalidad, mientras que el "de superficiebus" sólo se refiere al edificio con exclusión del suelo en que está cimentado. Además, el primero tiene por fundamento la posesión de la cosa; en cambio, el segundo se funda en el hecho de alguien estar gozando y disfrutando una superficie en los terrenos y en las condiciones determinados por un contrato.

Para la concesión del "interdictum de superficiebus" se exigía: Que el superficiario tuviese facultad para gozar y disfrutar la superficie (frui), que esa facultad fuera "nec vi, nec clan, nec precario", y que se ejercitase en los términos exigidos por el contrato creador.

Para la concesión de la "actio utilis in rem" las exigencias eran mayores, otorgándose sólo a quien tuviera la facultad de gozar y disfrutar la superficie "ad non modicum tempus", debiendo además existir una "causa cognitio" que permitiera ver en los términos del contrato creador de aquella facultad la intención de establecer un verdadero derecho real.

La acción real atribuida era la "reivindicatio", pero concedida como simple "actio utilis", dejando, por tanto, de ser acción civil para utilizarse tan sólo como pretoria. Y claro está que pudiendo el superficiario beneficiarse de la "reivindicatio" también se podía beneficiar "útilmente" de todas las demás protecciones judiciales que el "ius civile" y el "praetorium" concedían al propietario.

El dueño del suelo, en virtud del rígido principio de la accesión, podía ejercitar la reivindicatoria tanto en referencia a los terceros como al superficiario, y lo mismo respecto al suelo que a la superficie. Como deber tenía el fundamental de consentir en el libre uso de la cosa por el titular del derecho, en los términos establecidos por el contrato creador; era obligado a indemnizar al superficiario por pérdidas y daños cuando la superficie se extinguiese y le fuera restituida definitivamente la cosa; por último, había de prestar a extraños—juntamente con el superficiario—la "cautio indamni infecti" cuando la superficie amenazase ruina o existiera riesgo inminente de daño para los predios vecinos.

Se extinguía la superficie, en primer lugar, por destrucción del objeto sobre el que recayese, pudiendo o no reconstruirse según los términos del contrato creador. También se extinguía por confusión y por falta prolongada de pago del "solarium". En cambio, no parece que se perdiera por el abandono de la cosa o el no uso durante cierto tiempo.

Tal es, en síntesis, el contenido del trabajo.

* * *

En el fascículo de la Revista *Información Jurídica* correspondiente al mes de noviembre de 1949 apareció una crítica del mismo debida al profesor Manuel Iglesias Cubria, que, con todos los respetos para su autor, nos parece excesiva e injusta.

En ella se afirma que Braga da Cruz no ha usado en su investigación el método interpolacionístico, sin dejar por ello de aludir algunas veces a interpolaciones, con lo cual comete verdaderos anacronismos.

Iglesias parece convencido de que sólo se puede operar dogmáticamente con el Derecho romano empleando ese método; y su opinión puede ser defendible desde el punto de vista de la investigación pura. Pero al enjuiciar el trabajo de Braga da Cruz no se puede perder de vista la finalidad por él mismo perseguida. Es una lección dirigida a alumnos del primer año de una Facultad jurídica; de este modo—como el propio autor hace notar—está privada de las notas eruditas propias de los trabajos de investigación. Es de todos conocido que no se suele usar el método interpolacionístico por los romanistas, cuando explican el Derecho romano a sus alumnos; para comprobarlo basta leer las Instituciones y Manuales de la especialidad.

Claro está que Braga da Cruz no usó ese método en su lección, y no vemos que por ello merezca ningún reproche. En cuanto a los pretendidos anacronismos, cualificativo que el crítico aplica a alguna referencia esporádica que el autor hace a interpolaciones, no los vemos por ninguna parte. En la exposición de la materia tiene, a veces, el autor que tomar partido respecto a un punto determinado sobre el cual no existe unanimidad en la doctrina; y justifica su preferencia aduciendo que el descubrimiento de una interpolación vino a reforzar el criterio que comparte. Si esto es anacronismo hemos de reconocer que todos los Manuales de Derecho romano se encuentran llenos de ellos, sin que hasta la fecha semejante hecho haya constituido desdoro para sus autores.

Afirma también Iglesias que Braga da Cruz parte del concepto de superficie como derecho real, propio del Derecho justiniano, sin advertir la naturaleza de derecho personal, nacido "ex lege locationis", que la doctrina le atribuye en el Derecho clásico. De ello deduce que el estudio hubiera sido más apropiado si constituyese una introducción para el desenvolvimiento del tema en el Derecho común o de pandectas.

El lector ha podido comprobar en el resumen que del trabajo hemos hecho, cómo semejante afirmación resulta gratuita.

Braga da Cruz no parte del concepto de superficie como derecho real. Sienta, como concepto que sirve de punto de partida, que la superficie fué un derecho real; es decir, comienza afirmando lo que la secuencia del trabajo ha de venir a probar: que a través de una evolución jurídica la superficie llegó a ser un derecho real. Y es perfectamente lógico ese sistema, porque al autor le interesa—según afirma en el primer número de su estudio—es sacar del derecho de superficie romano las enseñanzas que puedan aprovechar para su elaboración dogmática por los actuales civilistas del país vecino, en donde la consagración legislativa del instituto hace más necesario el conocimiento de sus antecedentes históricos. Por ello, es natural que al definir la figura nos la presente en el último estario de su evolución, consagrada ya como derecho real, es decir con la misma naturaleza con que hoy aparece.

Pero es injusto decir que Braga da Cruz desconoce el carácter de derecho personal, nacido del contrato de arrendamiento, que la doctrina le atribuye en el Derecho clásico. Las páginas 10 a 15 de su trabajo están dedicadas a explicar la naturaleza de derecho de crédito nacido del arrendamiento, específicamente de la "locatio" del "ager publicus", "ad aedificandum", con que la superficie apareció y se mantuvo. El autor expone ampliamente los graves inconvenientes de tal sistema, y hace notar que las propias necesidades de la vida compelieron a transformar la superficie en un derecho real, carácter con el que aparece plenamente configurada en el último período de su evolución.

Por tanto, bien se puede afirmar que la conclusión a que llega Iglesias de ser éste un trabajo más apropiado para figurar como introducción en un estudio del tema dentro del Derecho común, es inexacta. Aparte de que, aunque así fuera, ello no le restaría valor.

Iglesias sigue afirmando que si bien puede admitirse el conocimiento

del "interdictum de superficiebus" en la época clásica, no se puede negar que la "actio in rem utilis" es medida justineana.

Es esta una opinión muy respetable por cierto. Braga da Cruz no se pronuncia sobre el problema, ni tenía porqué hacerlo. Apenas expone una serie de razones (sintetizadas en nuestro resumen), las cuales hacen pensar que el Pretor llegó a conceder al superficiario una protección real. Y en la página 18 concentra esa protección en el interdicto "de superficiebus", cuyo conocimiento en la época clásica el propio Iglesias admite. En esa misma página, reconstituyendo la evolución de la figura, el autor señala tres fases: 1) superficie derivada de la "locatio", con carácter de mero derecho de crédito; 2) protección real concedida por el Pretor, a través del interdicto, al arrendatario del "ager publicus, ad aedificandum"; 3) último grado, en que la superficie llega a alcanzar su configuración definitiva como derecho real, tanto respecto a los terrenos públicos como a los privados que se arrendaban para edificar. Partiendo de estos supuestos, Braga da Cruz piensa que el origen pretorio de la "utilis actio in rem" puede descubrirse en la fórmula lacónica del Edicto y en el escaramiento que de ella hace Ulpiano, recogidos en dos textos del Digesto (D. 43, 18, 1, pr., y D. 43, 18, 1, 3, respectivamente), cuya posible interpolación no vendría en último análisis a afectar de modo esencial la tesis del autor.

Por último, Iglesias advierte que Braga da Cruz no cita la acción publiciana entre las medidas protectoras del derecho de superficie, la cual, sin duda, tuvo este carácter en el Derecho justineano, como se desprende de la interpolación del D. 50, 16, 12, 2.

Contra esta afirmación nos sorprende leer en la página 29, cuando el autor enumera los medios protectores que al superficiario corresponden cuando su derecho se había convertido en un verdadero "ius in re aliena", que el titular de la superficie podía servirse también de la "actio publiciana".

De toda su labor crítica Iglesias concluye que el estudio de Braga da Cruz es ambicioso y cojo. Impugnados los defectos que le atribuye hemos de rechazar también esos impropios calificativos.

Por el contrario, bien podemos señalar una serie de virtudes, que tal vez Iglesias hubiera podido descubrir realizando una crítica más objetiva y reposada.

La claridad, el orden riguroso de exposición, no perdiendo nunca de vista el fin perseguido, el estilo sugestivo y atrayente con que está desenvuelto, y ese deseo plenamente realizado de recoger del estudio histórico cuanto contiene de vital para el jurista moderno, hacen del mismo modelo entre los de su clase.

Por ello, invitamos a Braga da Cruz a que siga brindándonos nuevos trabajos referentes a otras figuras jurídicas (sobre todo de aquellas que como la superficie están llamadas a desempeñar un papel de tan grande relieve en los Ordenamientos futuros), hasta conseguir forjar un cuadro de instituciones de inapreciable valor para la doctrina civil actual. De esta forma, sin duda, ha de alcanzar, dentro de la dogmática romanista, el

renombre internacional que dentro de la Historia del Derecho le es reconocido.

Para acabar, recomendamos la lectura del trabajo a quienes se interesen por descubrir un esquema claro de la superficie en el Derecho romano, conociendo sus principales tramos de evolución hasta plasmar en el último aspecto de derecho real que de modo preponderante interesa al jurista moderno, y no sienta una angustiosa necesidad de dedicarse a ese interesante deporte—de la mayor utilidad, no lo negamos—que es conocido por el nombre de “caza de las interpolaciones”.

Gregorio J. ORTEGA PARDO

CASTAN TOBENA, José: “La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines”. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1950. Instituto Editorial Reus, Madrid, año 1950. 192 páginas.

Es necesario comenzar poniendo de relieve la necesidad, sentida en los últimos tiempos, de aquilatar con la precisión requerida determinados temas que por su generalidad inducen frecuentemente a ser tratados con vaguedad y, lo que es más pernicioso, a ser aplicados, por los encargados de interpretar y aplicar la norma jurídica, sin haberse formado previamente una serie de directrices e ideas básicas sobre los mismos. Tal sucede con todo lo relativo a la interpretación, corrección y aplicación de la norma jurídica, en la que se entremezclan frecuentemente los conceptos de equidad, justicia equitativa, lógica interpretativa, etcétera, etcétera en cuyo camino el jurista debe marchar poniendo especial cuidado si no quiere incurrir en excesos, siempre peligrosos, en la función interpretativa y correctora de la norma.

Siguiendo esta orientación, el maestro Castán, desde la cumbre de la Magistratura española, nos lleva ya ofrecidas varias lecciones magistrales acerca de estas materias, acusando una especial predilección por las mismas cuando se dirige, en las ocasiones solemnes, en la apertura de los Tribunales, de modo particularísimo, a los Jueces y Magistrados, encargados, por excelencia, de aplicar la norma.

En este curso ha tratado de materia tan sugestiva e importante como la equidad, de la que, por otra parte, tan necesitada de estudio estaba por parte de nuestra doctrina.

Ya el maestro Castán, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, al igual que con otros temas, había tratado el de la equidad a través de la Literatura española, tan rica en conceptos de esta índole. Ahora nos ofrece una preciosa monografía sobre la misma, en donde, después de poner de relieve el concepto de la equidad desde una perspectiva puramente lexicográfica, aborda, en toda la plenitud de directrices, la visión doctrinal, tanto desde un punto de vista subjetivo como desde el objetivo (justicia extralegal o de aplicación discrecio-

nal, justicia intuitiva, justicia igualitaria, justicia natural, justicia ideal de cada pueblo y momento histórico, justicia corregida o singularizada, justicia benévola, regla moral que tra-pasa la propia justicia), sintetizando, con esa maravillosa y clarísima capacidad de síntesis, tan peculiar del Profesor Castán, todas las directrices que desde el punto de vista puramente doctrinal ha expuesto el pensamiento jurídico, nacional y extranjero, sobre la equidad.

En idéntico sentido actúa respecto de las concepciones mixtas o complejas, pasando, después, a presentarnos un cuadro idéntico, respecto de la perspectiva racional, para llegar a sostener que la "equidad es el criterio de determinación y de valoración del Derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida con sentido flexible y humano (no rígido y formalista) el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias".

Trata, después, en logradísima sinopsis, de las clasificaciones de la equidad, por la relación que ésta tiene con el Derecho estatuido (constituyente y constituido); por su naturaleza y forma de inspiración y revelación (subjctiva y objetiva, subdividida a su vez en ideal y social); por el órgano o sujeto que la aplica (judicial y legislativa) y por su finalidad y función en relación con las normas (individualizadora, moderadora, según ley, contra ley, fuera de ley, interpretativa y correctiva).

Respecto a la naturaleza de la equidad, sostiene el maestro Castán, que aunque no sea una fuente directa, parcial o autónoma del derecho, sí es una fuente en sentido material, que contribuye a fijar el contenido de las normas jurídicas y un método para la aplicación de las normas existentes a los casos de la vida.

Después de analizar el contenido de la equidad, pasa a la delimitación del concepto con respecto a otros fines (Derecho, Derecho natural, Justicia, principios generales del Derecho, normas indeterminadas o conceptos válvulas, naturaleza de los hechos, epiqueya, interpretación, arbitrio judicial, clemencia o misericordia y derecho de gracia), llegando a las siguientes conclusiones:

1.^a Que el manejo de la equidad, debido a la vaguedad del concepto, aunque puede realizar una justicia bastante perfecta, resulta muy delicado.

2.^a Que es posible llegar a una noción unitaria de la equidad.

3.^a Que la debida aplicación de la equidad requiere tener en cuenta los diversos elementos que entran en juego en el juicio de esta clase.

4.^a Que, sobre todo, hay un punto central que no debe olvidarse: el de que la noción de la equidad se nos muestra siempre, en su génesis histórica y en su elaboración doctrinal, ligada a la noción de la justicia, base moral e ideal del Derecho.

En vista de todo lo cual, acaba el ilustre civilista diciendo: "¡Equidad, sí, pero aplicada dentro de los límites que el ordenamiento legal imponga, y no arbitrariamente, sino conforme a métodos racionales!".

De este modo nuestros litigantes no podrán repetir la frase de aquellos

que en Francia, siglos atrás, exclamaban: "¡Librenos Dios de la equidad!"

¡Magnífica y bella lección la del maestro Castán, a quien los juristas españoles, desde el investigador al Magistrado y desde el estudiante al profesional del Derecho, en sus más diversas facetas, debemos el homenaje perenne a quien cada día se supera más y más en beneficio de la Ciencia jurídica española...!

Pascual MARIN PEREZ,
Catedrático de Derecho civil.

CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo: "Seguros marítimos en la carrera de Indias". Del Anuario de Historia del Derecho. XIX-1948-1949.

El último volumen del Anuario presenta algunas interesantes aportaciones para la historia del Derecho privado. Aparte de la nutrida sección romanística, contiene un breve artículo de Ricardo Levene sobre Antecedentes para la Historia de las leyes de trabajo en la Argentina, otro sobre el Contrato de obra—reseñado aquí aparte—y el que es objeto de esta nota, sobre el Derecho marítimo. Se estudian en él primeramente las circunstancias a que obedece la difusión del Seguro en el comercio indiano: por una parte, la frecuencia de averías, y, por otra, la modestia nunca superada de los capitales empeñados en él, generalmente con la forma de empresa individual. Formado en la Edad Media con perfecta autonomía, la figura del contrato alcanza su madurez a lo largo del siglo XVI. Como singularidad histórica, se da en España la mayor frecuencia de aseguradores extranjeros a los que tardíamente (fines del XVIII) se opone el apoyo oficial a las Compañías españolas. Inicialmente se ha practicado como un contrato de confianza verbal y con la simple anotación de los libros de contabilidad. Con ello parece relacionar el autor la peculiaridad del proceso "breve y sumario, sin figura de juicio", lo que a nuestro juicio es por completo independiente de la forma contractual empleada. En la práctica se produjo una variada serie de aplicaciones que desnaturalizan la específica finalidad del seguro, con modalidades de especulación. A evitarlo responde la reglamentación oficial, cuyo primer monumento se encuentra en las Ordenanzas del Consulado de Sevilla de 1556; a los dos siglos siguientes experimentan sólo algunas reformas y adiciones exigidas por la realidad de los negocios: Como acierto debe señalarse haber separado el estudio de las fuentes (historia externa del Derecho relativo al contrato) del estudio dogmático de su contenido. Este aborda en primer término el concepto del contrato por virtud del cual "el asegurador se obliga a indemnizar hasta el límite de la suma asegurada los daños que el asegurado pueda sufrir en su navío o mercaderías, a causa de un siniestro de navegación; y el asegurado se obliga a pagar una determinada cantidad". En el elemento personal de taca la habitual presencia de varios aseguradores que en la última época se ven sustituidos por compañías anónimas. El asegurado puede actuar: en nombre y por cuenta propios, en nombre y por cuenta ajenos y en nombre propio y por cuenta ajena. La indeterminación del asegurado permite

trasladar el seguro a quien pertenezcan las cosas cuando se produzca el siniestro. El asegurador tiene un derecho principal al "premio" y otros secundarios (información, aminoración del daño, subrogación en las acciones del asegurado). Este tiene derecho al cobro de los daños, que ejercita por uno de estos dos procedimientos: acción de avería para exigir el valor de los daños concretos, y acción de abandono, para exigir el valor total de la cosa asegurada, transfiriendo al asegurador todos los derechos sobre ella. Entre los elementos reales, la cosa ha de estar efectivamente sometida al riesgo. El objeto puede ser determinado o no (póliza flotante). La noción de riesgo aparece cuidadosamente perfilada. La suma asegurada puede, legalmente, ser sólo igual o inferior al valor de la cosa. Tasadas legalmente las primas, en la práctica oscilaron en razón de varias causas. El contrato adquiere ahora un neto carácter formal: la póliza, con distintos modelos, y sometida a la intervención del corredor, y registro público que afecta también, previamente, a las cosas objeto del seguro. Finalmente, se describen los supuestos de nulidad y rescisión.

Debidamente emplazado en las circunstancias sociales y económicas, entre las que surge el estudio de este contrato, en su desarrollo histórico y en su estructura teórica, está realizado con notable sentido jurídico. Ha extraído con justeza las expresiones realmente significativas del pesado lenguaje de las fuentes legales modernas, escollo siempre difícil de evitar.

R. GIBERT
Catedrático.

"Diccionario de Derecho Privado". Directores: Excmo. Sr. D. Ignacio de Casso; Ilmo. Sr. D. Francisco Cervera. Tomo II. G-Z. Editorial Labor.

Felizmente, ha terminado la publicación de esta importante obra, cuya utilidad se ve aumentada con el índice bibliográfico e índice sistemático; por lo que es grato poder felicitar a sus directores y editores.

El segundo tomo tiene las mismas características del primero; grande esmero en su presentación y alguna que otra laguna lamentable. Entre las voces cuyas ausencias se advierten están: *guarantigo*, *mandato irrevocable*, *matrimonio putativo*, *montés* (sólo se menciona a *montes de piedad*), *obra pía*, *pacto* (y faltan varios pactos, como los "*adjectitia pacta*", *antierético*. de "*cuota litis*", etc.), *prescripción inmemorial*, *subrogatoria* (acción), pues no se trata más que de la subrogación real. Los artículos referentes a las distintas voces son muy desiguales, en general; se destacan por su solidez los firmados con las siglas A. O. C.; en cambio, otros carecen de referencias fundamentales, p. ej., en el de *precario* no se recoge la doctrina legal.

En una próxima edición sería muy útil para el lector el que se añadiese un índice legislativo y de su articulado y un índice de todas las voces con mutuas referencias.

R.

"Dizionario Pratico del Diritto Privato". Direttore Prof. Fulvio Maroi. Vol. V. Parte II. Fasc. 105 (págs. 193-448). F. Vallardi. Milano, 1950.

Es una buena noticia para los estudiosos del Derecho la reanudación de esta importante obra. Comprende desde la continuación del término "possesso" hasta el comienzo de "prescrizione (estintive)". Los artículos son de desigual extensión y contenido, y, excepto la voz "possessorio", redactados teniendo en cuenta el Código de 1942. Se destaca la colaboración de Butera, en las voces posesión y juicio posesorio, la primera acompañada de una extensísima bibliografía, en la que por cierto se cita dos veces al Marqués de Olivart, una vez en De Olivart y otra como Olivart; también es notable la abundante de la D'Avanzo, en posesión de estado, posesión vale título y póstumo.

R.

GARRIGUES, Joaquín: "Reforma, contrarreforma y ultrarreforma de la sociedad anónima". Edición separada de la "Revista de Derecho mercantil", número 26, marzo-abril, 1950, págs. 157-201.

La reforma de la sociedad anónima española sigue siendo el tema del día. La llamada de la información pública y el sentido hipercrítico del país han inundado revistas profesionales y prensa diaria, y aun monopolizado por algún tiempo la tribuna del conferenciante.

Hoy el ardor polémico continúa incontinido y resulta difícil abrirse paso entre la maraña tejida por tirios y troyanos. En trance de elegir entre las aportaciones de estos últimos meses, no hemos dudado, sin embargo, en traer aquí esta vuelta sobre el tema, para mirarlo de nuevo en perspectivas de lejanía y con la objetividad que se miran las cosas que han dejado de ser nuestras para pasar al dominio público, que sólo podía ofrecernos la pluma maestra, ponderada y aguda a la vez, de quien ha consagrado las mejores energías de una vida de trabajo intenso a la causa de la necesaria estructuración de nuestras sociedades anónimas.

Con crítica áspera, negativa y paralizante—dice el Profesor Garrigues—los paladines de la contrarreforma han montado la guardia del viejo Código de comercio, adoptando una actitud crítica que por principio se resiste al diálogo y a la comprensión. Y esta es la postura que mueve al maestro, por última vez, a coger la pluma, no para defender el Anteproyecto ni sus soluciones concretas, sino para defender el principio de la reforma en sí.

Iniciase el estudio con una introducción histórica de la idea de la reforma de la sociedad anónima en España, y que le sirve para comprobar la existencia de un estado de opinión amplio, profundo y sostenido a lo largo de cerca de medio siglo.

Dura y elegante a la vez, es la referencia a los que denomina reformistas reformados y exacto el planteamiento del movimiento antirreformador en España. asentado sobre las dos bases antagónicas del capitalismo liberal, que se siente cómodo en el estado actual y que repudia la reforma por

embarazosa y la de quienes entienden que la proyectada reforma peca de excesivamente liberal y contemporizadora con un régimen capitalista injusto, caduco y llamado a desaparecer. Puesto que el primero de dichos movimientos pugna por conservar el "statu quo" y se opone en bloque a su reforma, es denominado por el autor "contrarreforma" y, al segundo, que considera insuficiente la reforma proyectada, por limitarse al aspecto técnico-mercantil de la sociedad anónima y por haber remitido otras soluciones más radicales al terreno de lo social y lo político, "ultrarreforma".

Una vez planteada así la cuestión, el autor somete, en primer lugar, a crítica los argumentos de la contrarreforma, reduciéndolos a tres órdenes de tachas. Los que denomina "casticistas de la sociedad anónima" han reprochado al Anteproyecto el haberse inspirado en leyes extranjeras. Pero la verdad es, dice el autor, que ni la sociedad anónima es invención española, ni entre nosotros existe ninguna aportación de doctrina original sobre este tipo de sociedades, recordando la importancia cada día mayor del derecho comparado, singularmente en el campo del Derecho mercantil, llamado a regular instituciones que, con inapreciables variantes, son las mismas en todos los países y bajo los regímenes políticos más dispares. Y cabría preguntar, además—añade—, cuáles son las peculiaridades de nuestra economía que hacen aquí inadecuado aquello que se practica fuera y con el buen éxito que acredita un estado de la industria y del comercio mucho más floreciente que el nuestro.

Un sector de nuestros economistas han tachado al Anteproyecto de haberse olvidado de los problemas económicos fundamentales a que da lugar el funcionamiento de la sociedad anónima y los fines económico-sociales de esta clase de empresas. Lo fundamental, en suma, es lo económico, lo jurídico sólo se considera como la forma y el instrumento para la consecución de un fin esencialmente económico. Se trata, pues, de una vuelta al viejo y superado error del liberalismo económico, que proclamó la primacía de lo económico sobre lo jurídico, reduciendo al Derecho y a los juristas al papel de meros servidores de la economía. Salvadas estas cuestiones de principio, es lo cierto que los economistas no han expuesto cuáles sean los objetivos económicos que la reforma de la sociedad anónima no ha tenido en cuenta. La sociedad anónima como institución permanente debe estar dotada también de una ordenación permanente. Esta ordenación y sólo ella es la que constituye la materia propia de una ley mercantil de sociedades anónimas. Pueden darse una serie de normas de coyuntura, pero la sociedad anónima puede ser instrumento de una determinada política económica, sin que por ello sea menester alterar lo más mínimo sus rasgos tradicionales, que han tenido universal asentimiento.

El autor hace especial hincapié en los ataques procedentes del sector liberal. En nombre de la libertad no ha faltado quien tache la reforma de socialista, o al menos de nuevo brote de del intervencionismo estatal. Pero quien se haya tomado el trabajo de leer algún libro sobre la historia de la sociedad anónima, dice el autor, sabe que por libertad de este tipo social se entiende no la falta de su regulación legal, sino justamente lo contrario. Hasta ahora nadie había pensado que la libertad quisiera decir no sólo

liberación del Poder Ejecutivo, sino, además, exención de todo ordenamiento legal normativo, como si la sociedad anónima fuese un asunto de interés exclusivamente privado que, al nivel de una compraventa cualquiera, debiese quedar enteramente remitido a libre autonomía de los contratantes. Aun suponiendo que sea realmente un contrato es evidente que desde sus orígenes en el siglo XVII hasta nuestros días, jamás ha estado este contrato sometido al principio de la autonomía de la voluntad privada. Partiendo del hecho indiscutible de que la limitación de responsabilidad representa un privilegio concedido por el Estado a la sociedad anónima, se llega fácilmente a la conclusión de que debe ser la ley y no la libre voluntad de los interesados la que dicte las normas reguladoras de la sociedad por acciones.

Pasando a refutar los argumentos de la ultrarreforma, dice el Profesor Garrigues que los argumentos que esgrimen sus partidarios parten de un doble error inicial: primero, creer que la sociedad anónima es una institución creada por el capitalismo e inseparable de él y, segundo, identificar la sociedad anónima con la empresa. Pero la única verdad, arguye, es que el capitalismo, en su última etapa de capitalismo financiero, se ha apoderado de la sociedad anónima para el logro de sus fines. La sociedad anónima, además, añade, no es una empresa, sino la persona jurídica titular de una empresa. La regulación legal de la sociedad se puede producir, y de hecho se ha producido siempre, en terreno distinto del de la ordenación legal de la empresa: la primera es Derecho privado (mercantil), la segunda, es Derecho público (social o laboral). Cualesquiera que sean las soluciones que se adopten para los problemas de la empresa serán compatibles con la estructura clásica de la sociedad anónima. Cuando se ha querido llevar alguno de estos temas al Derecho puro de la sociedad por acciones, el fracaso ha sido aleccionador y la causa de él está en no haber visto clara la distinción entre sociedad y empresa y en haber pretendido resolver los problemas de la empresa dentro del marco jurídico de la sociedad por acciones.

Del choque de estas dos tendencias extremas, concluye el Profesor Garrigues, ha salido con renovado vigor la idea de la pura reforma de la legislación mercantil de la sociedad por acciones. El vacío siempre nos produce vértigo. Quiérase o no se quiera, la sociedad anónima es una creación privilegiada de la ley y a ella debe estar sometida y no a la voluntad de los particulares.

Evelio VERDERA Y TUELLS
Catedrático de Derecho Mercantil.

GSOVSKI, Vladimir: "Soviet Civil Law Private Rights and their background under the soviet regime". I. Comparative Survey, 909 páginas. II. Translation, 907 págs. University of Michigan Law School, 1949.

El interés extraordinario y apasionado que despertara el Derecho privado soviético, al aparecer en 1922 su Código civil, no ha disminuido con el tiempo, aunque haya cambiado su causa; pues si hoy en todos los

países se le dedican estudios (1), no es por la perfección de sus formas técnicas, en realidad primitivas y de importación, ni tampoco siquiera por sus soluciones prácticas, carentes de novedad, lo que atrae e intriga es averiguar la verdad del ordenamiento jurídico ruso, oculto tras el doble telón de acero de la incomunicación de sus fronteras y la desconexión entre la ley escrita y la aplicación administrativa. A ello se debe la expectación con que fuera acogido el libro de Gsovski. Estudio sólido, extenso y nuevo, ha merecido ya la aprobación de los especialistas. En verdad parece que se le debe y ampliamente. Redactado sobre fuentes directas y recientes, escrito con estilo claro y discreto, da al lector una idea tan completa como viva del Derecho privado soviético; por lo que no parece ningún atrevimiento ni exageración calificarlo como el libro reciente mejor sobre la materia.

El primer volumen va precedido de un intencionado prólogo del profesor H. E. Yntema señalando el interés que para los americanos puede tener el conocimiento del Derecho ruso, y consta de dos partes, general y especial. En la primera se trata de: etapas previas del régimen soviético; la organización política, económica y social actual; concepto del Derecho, de las fuentes jurídicas y papel de la judicatura. En la parte especial se ocupa de la discontinuidad del Derecho prerrevolucionario y los derechos adquiridos, la protección condicional de los derechos privados, la declaración de derechos privados en el Código civil, personas jurídicas, contratos en general y especial, daños y perjuicios, propiedad, herencia, cultivo agrario privado, Derecho laboral, tribunales y procedimiento civil. El volumen segundo contiene la traducción del Código civil y leyes civiles complementarias.

Este resumen del índice bastará para que se advierta lo interesante del contenido de esta obra y la imposibilidad de resumirlo.

El sentido de la obra toda—y ello conviene subrayarlo—está contenido en la pregunta que el autor hace, después de enumerar los cambios de la doctrina soviética sobre la familia y antes de señalar los ocurridos sobre patriotismo, rangos y decoraciones, escuelas, iglesia, concepto del derecho y de la ley; la interrogante planteada es: ¿Estos cambios son tan esenciales como para significar una gran retirada del comunismo o son sólo un nuevo cambio de decoración en la política comunista, una gran maniobra? (pág. 136); la contestación es: "Los recientes cambios no significan una retirada de los objetivos fundamentales, sino sólo el abandono de métodos que se mostraron ineficaces." "El presente programa se propone hacer que el socialismo se adapte mejor a las necesidades de la naturaleza humana y a reconciliar la tradición histórica con los propósitos comunistas" (pág. 150).

R.

(1) Ultimamente, GALLARDO, *El pasado inmediato del Derecho civil*, A. D. C. 1950, página 657; QUINTANO, *Derecho ruso-soviético de familia en la transguerra*, R. D. Pr. 1950, página 957; POGGESCHI, SANTINI, SALVI, MÓNACO, "Cose di Russia", Ri. trim. D. e proc. civ. 1950, p. 850; HAZARD, *Quelques aspects du Droit soviétique tel qu'il apparait a un juriste anglo-saxon*, Re. I. D. comp. 1950, pág. 237.

LOPEZ AMO Y MARIN, Angel: "Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI". Del Anuario de Historia del Derecho, XIX-1948-1949; 118 páginas.

Las fuentes utilizadas para este trabajo son los documentos relativos a la ejecución de determinadas obras artísticas en la Catedral de Toledo durante el siglo XVI. Conocida es la importancia de esta clase de fuentes para la que se denomina "edad diplomática", en que la ausencia de textos normativos hace necesario recurrir a los textos de aplicación. Pero no es menor para una época como la Edad Moderna, en la que si bien sobreabundan las leyes, conviene todavía, para adquirir un conocimiento profundo del desenvolvimiento histórico-jurídico, atender a los resultados procedentes de estas masas documentales, reflejo de la práctica. Aparte de la facilidad ofrecida al autor por el hecho de hallarse publicados los contratos de Toledo con destino a la "Historia del arte español", me parece un acierto el elegir para estos estudios monográficos precisamente aquellas manifestaciones concretas de las instituciones que pueden por su importancia considerarse arquetipos.

El estudio está dividido en dos secciones. En la primera se hace una descripción de dos ejemplos de contrato de obra artística. Uno es el de las rejas para los coros de la Catedral, y otro el de unas pinturas en el patio del claustro. Sin entrar todavía en el análisis dogmático de la institución, se relata el modo real como se preparó, perfeccionó y ejecutó cada uno de los contratos. En esta descripción se pone de relieve el especial significado que tiene en el contrato la finalidad puramente artística; hay un "interés espiritual" que configura un cierto derecho del artista, como tal, a dar a su obra un desarrollo conforme a las exigencias de su arte, aunque con ello se rocen las de la mecánica ordinaria del contrato.

La segunda sección tiene por objeto el estudio dogmático de los contratos. En cuanto a su naturaleza jurídica, el tipo central corresponde al contrato de obra, aunque a veces, para la ejecución de ciertas partes secundarias, se ha utilizado el contrato de servicios, bajo la dirección del artífice principal. Obligación de *hacer* y obligación de *dar hecho* son los dos caracteres que delimitan el contrato tipo de la compraventa y del arrendamiento de servicios, respectivamente. En virtud de la primera obligación, no sólo tiene significado jurídico el término y entrega de la obra, sino la ejecución misma. El *dar hecho* plantea algunas cuestiones, cuando no se entiende por tal la obra artística completa, como normalmente, sino en general la producción de un efecto (por ej., el boceto, la obra parcial, etc.). A la unidad en la prestación de la obra corresponde la unidad en la prestación del precio, lo que no resulta contradictorio por el fraccionamiento de una u otro. Alguna vez, la primera prestación da lugar, sobre la base del empleo de trabajo ajeno y una cierta especulación económica del artista, a un contrato de empresa; pero esto no ocurre en los contratos aquí estudiados, en los que, en todo caso, la función de empresa es asumida por la Catedral. En ellos destaca un carácter que les es común y que les singulariza respecto al concepto general del arrendamiento de obra; y es la

subordinación y dependencia en que se encuentra el artista respecto a la Catedral, a quien compete un derecho de dirección análogo al que domina en el contrato de servicios. La especial naturaleza de uno de los contratantes—la Iglesia—da un matiz especial a la desigual posición de las partes propia de los contratos de trabajo. Hay en todo contrato de obra un posible elemento aleatorio, que en éstos, quizá por influencia canónica, es totalmente eliminado: la tasación final de la obra determina el "justo precio" (problema aparte es el de la demasía antes indicado). Dos principios, uno romano (la buena fe) y otro canónico (la honestas cristiana), regulan el desenvolvimiento del contrato: el mecanismo que hace posible conjugar esos dos principios es objeto de un fino análisis, así como la insinuación de motivos éticos en el cuadro de las normas jurídicas.

La constitución del contrato tiene una primera fase preparatoria que cristaliza en una oferta hecha por la Fábrica de la Catedral y aceptada por el artista. Es normal la escritura pública, y la misma forma adoptan otros actos preparatorios o declarativos. El cumplimiento se asegura con una responsabilidad real y personal del artista, sólo real de la Iglesia, más la especial garantía de la fianza (cuestión ésta del mayor interés y a la que aquí se aporta un dato). En el elemento personal se distingue, por una parte, la Obra o Fábrica y su natural representante, el Canónigo obrero, pero además no deja de hallarse presente en ciertos momentos de la vida del contrato la propia Iglesia, en la persona del Arzobispo o del Cabildo, e igualmente un funcionario de su servicio: el Maestro mayor de las obras; y por otra el artífice, que puede ser plural, con obligación mancomunada o solidaria (problema hasta hoy insuficientemente estudiado, y al que también se aporta un dato). La sucesión es admitida, en el supuesto de la continuidad familiar de ciertos oficios. El objeto de la prestación artística lo es en primer término la obra completa y acabada, pero puede serlo también el proyecto o diseño, con independencia de su ejecución; en cuanto a lo primero, suele precisarse con detalle su naturaleza y calidad, si bien en el curso de la obra pueden introducirse algunas modificaciones dejadas al arbitrio del artista, las que en cierto caso adoptan la forma de un contrato accesorio. La aportación de materiales e instrumentos, según quede atribuida a una u otra parte, determina modalidades del contrato. Lugar y tiempo, con profusión de términos, sitúan la prestación artística, si bien la práctica revela una gran distensión del elemento cronológico, sin efectos apreciables. La entrega y aprobación de la obra ponen fin a aquélla; a causa de la especial destinación y del estrecho vínculo entre el artista y la Fábrica (derecho de dirección de ésta), estos actos se verifican con fácil continuidad; aceptándose la obra insuficiente para darle otro destino sin que se presente en la práctica el supuesto de mora en la aceptación. El precio aparece frecuentemente indeterminado; se remite en algunos casos a la conciencia del Canónigo obrero. Cuando se fija un precio alzado, el posible elemento aleatorio que esto introduce en el contrato se ve compensado por una minuciosa descripción de la obra. El modo más general de retribuir es la tasación pericial a posteriori. No obstante la segu-

ridad del precio, la equidad añade el concepto de "mejorías" para remunerar los excesos discretos del artista en el valor de la obra.

Desarrollado con cierta morosa delectación, propia del tema, este trabajo viene a llenar un hueco en la historia de nuestro Derecho privado. Aunque es necesario todavía proceder a una visión más general, el valor típico de esta serie de contratos—aparte del interés histórico general que lleva consigo—proporciona una buena base para una consideración de conjunto de tan importante esfera de la vida jurídica.

R. GIBERT
Catedrático.

MARIN PEREZ, Pascual: "El Derecho privado y la Revolución". Departamento Provincial de Seminarios de FET y de las JONS. Segovia, 1950.

Los Seminarios de formación política cumplen una misión de capacitación en uno de los aspectos más complejos e importantes del hombre, planteándole los problemas y dando las premisas para resolver todo aquello que sea su misión histórica y social. Para ello es necesario centrar a la persona en su ambiente político y jurídico. Y en este último ningún rasgo más importante que el que al Derecho civil se refiere. Pero no sólo al hombre como tal interesa conocer el perfil jurídico de su época, sino que "el jurista de la hora actual no puede permanecer al margen de los acontecimientos políticos, puesto que, quiera o no, tiene que vivirlos, ya que el Derecho es vida".

Así situada la circunstancia del tema, su autor aparece en su doble dimensión vocacional de político y jurista, del que siente la responsabilidad del mando y la inquietud científica, componiendo este tema que demuestra erudición sin notas bibliográficas y energía sin signos de admiración. En su misma persona se advierte lo que en su obra da como norma general en esta hora del mundo: "cambia la figura del *científico*, que ya no es la del *científico puro* restringido al objeto del puro conocimiento aislado en su torre de marfil, sino la del hombre de ciencia que comparte directamente y en la dirección de sus estudios la vida nacional".

Asistimos a una crisis de todos los órdenes, y no deja de manifestarse también en el jurídico. Una nueva Revolución, en el mejor y más amplio sentido de la palabra, conmueve los cimientos del Derecho, como ocurrió en 1789, aunque ahora, en sus líneas jurídicas fundamentales, va contra los principios de la Revolución francesa que contaba como base única la política, ya que nació desvitalizada. La esencia del Derecho postula su dinámica. Pero el fenómeno actual es más profundo y no afecta sólo a "aspectos legislativos concretos", sino a "conceptos fundamentales", a la misma "esencia" y "fin" del Derecho. Para sorprender una realidad en la que estamos metidos hay que proporcionarse la perspectiva, y ello sólo es posible con la visión de conjunto de las transformaciones que agitan al mundo jurídico o a un determinado aspecto de él: tal el Derecho privado. Y este es el mérito grande de Marín Pérez: señalar con rasgos generalizadores el movimiento conjunto de las transformaciones del Derecho. Necesita agilidad y rapidez y se desentiende del boato bibliográfico y del estudio particularista de las instituciones. Los conceptos aparecen sin desbastar porque

interesan tan sólo las pinceladas maestras que den el cuadro de conjunto. Quizá lo que más pierde en esta acuarela es la necesaria reducción del alcance del Derecho español y la aportación española a esta transformación radicada en los caracteres tradicionales de nuestra cultura y nuestro sentido jurídico.

La obra, que comienza con una rápida introducción, presenta en su primera parte la directriz básica del Derecho nuevo en el que se advierte la conversión de un "Derecho de cuerpos en un Derecho de funciones", que adquiere una "dinamicidad" nueva.

La segunda parte estudia el problema de la Parte General del Derecho civil en tres aspectos: su significado, su crisis y el estudio de los nuevos ordenamientos jurídicos acerca de la persona.

La parte final, y más extensa por la complejidad de la materia que abarca, estudia las Partes especiales. Comienza con el Derecho de las obligaciones y contratos, el examen de la crisis del principio de autonomía de la voluntad privada y las doctrinas que lo socavan: la concepción francesa de la institución, la alemana de la comunidad, la italiana de la cooperación y la orientación del problema por el propio autor hacia las luces que proporciona la idea del bien común. Los Derechos reales en los que se plantea el problema de la propiedad: su concepción tradicional con relación al Código civil, la concepción moderna desdoblada en dos partes: su función social—"se admite una titularidad personal, pero no un ejercicio personal del Derecho"—y las limitaciones de la propiedad, su carácter interno o externo y su dinamicidad; terminando con el examen de la concepción de la propiedad en el actual pensamiento jurídico español y en la legislación del nuevo Estado. En otro apartado, el Derecho de familia, su encuadramiento en el Derecho civil, su carácter público o privado y la consideración de la familia como institución jurídica y social. El Derecho de sucesiones, los principios fundamentales del Derecho hereditario con referencia al Código civil, su ordenación antigua más con respecto al individuo que a la familia y, por contraste, la preeminencia actual de la vocación legítima, inspirada en la tutela del interés familiar.

José María DESANTES GUANTER
Profesor A. de la Universidad de Madrid.

MITTEIS, Heinrich: "Deutsches Privatrecht". C. H. Beck'sche. Munich y Berlín, 1950; 166 páginas.

Todo ensayo de exposición de historia del Derecho privado ha de tener interés para España, donde todavía los juristas del Derecho vigente carecen de un libro que les presente una visión del conjunto de aquella, a pesar de algunos meritorios intentos y de la reciente obra iniciada por el profesor García Gallo, en la que cabe poner las mejores esperanzas. Ese interés se acrecienta cuando el autor es de la talla científica del catedrático de la Universidad de Munich, Enrique Mitteis, más conocido entre nosotros por su innovadora teoría del Estado medieval y por sus estudios sobre el feudalismo. A él se debe también un interesante ensayo de fundamentación epistemológica de la historia del Derecho (1947), que en otra

ocasión comentaremos, y en el que se plantea como cuestión central el valor de esta disciplina para la vida, intentada resolver con el sugestivo postulado de "la consecuencia como principio jurídico".

La brevedad impuesta a este "Studienbuch" (concepto que es necesario diferenciar radicalmente del tratado o libro de consulta, si se quiere proporcionar a los estudiantes un libro que realmente les sirva), si bien le obliga a prescindir de muchos detalles y de todo aparato crítico, permite apreciar mejor en él las líneas fundamentales y encontrar su orientación metodológica. En esta serie de Manuales breves de Derecho, Mitteis ha publicado recientemente una Historia del alemán, en la que, dentro del esquema clásico (Presupuestos y formación del Derecho, Fuentes, Organización política y administrativa, Derecho penal y Procedimiento) campea un estilo personal y domina una concepción unitaria de la materia.

Varias posibilidades hay de ordenar ésta en el Derecho privado. Todavía diríamos que es de todo punto conveniente que la exposición de un determinado Derecho no se petrifique en una sola. Todo plan impone el sacrificio de algunas perspectivas que deben atenderse abordando planes distintos.

Es interesante anotar, por el giro que representa en la actitud de la Historia de los Derechos nacionales, la afirmación sentada por el autor de que la Historia del Derecho privado alemán puede considerarse "libre de toda disposición de lucha contra lo extranjero como tal, especialmente contra el Derecho romano, que todavía hoy es un elemento de la comunidad europea de Derecho". La gran obra de P. Koschaker, *Europa und das römische Recht* (1947), a la que los historiadores y juristas españoles deben prestar atención para aprender mucho en ella y también para añadirle algo, ha ejercido su influjo en este campo y, significativamente, figura citada sola en la bibliografía correspondiente, seleccionada siempre con rigor extremo. Una razón fundamental, que, a nuestro juicio, supera decisivamente el nacionalismo como categoría histórica absoluta, es la de que, en cuanto la historia del Derecho "labora sobre la realización de la justicia, da valor también a los influjos extranjeros en la medida en que han servido a ese fin". Criterio de discernimiento habrá de ser, por lo tanto, no lo específicamente nacional, esencia muchas veces inaprensible, y en todo caso imposible de homologar con categorías jurídicas; sino estas mismas, propias o extrañas, en cuanto se presentan en un ámbito nacional; son ellas las que definen a éste y no al contrario.

El Manual aparece dividido en cuatro partes. La primera contiene la Introducción, que en un capítulo preliminar delimita el tema: mostrar la continuidad histórica del Derecho, contribuir a la ciencia jurídica y dirigir la política del Derecho; y dos secciones, una destinada a trazar los fundamentos históricos: Derecho romano y Derecho germánico, en su aspecto externo y sus caracteres generales, Recepción de los Derechos extranjeros, el Derecho natural, la evaluación del siglo XIX en las dos direcciones, historista y codificadora, nuevas tendencias nacionales y extranjeras; otra, a fijar los conceptos de lo que podría llamarse una parte general; estos son: el negocio jurídico, teoría que ciertamente sólo existe a partir del De-

recho común, pero dentro de la cual es posible integrar, y de hecho se hace, el antiguo Derecho (ej., voluntad y su exteriorización, error, documento, etcétera); la representación, en la que igualmente junto a la representación en sentido propio se colocan los negocios de índole fiduciaria; el ejercicio y la protección del Derecho.

La segunda parte desarrolla el Derecho de personas. En la persona individual el cuadro es rigurosamente dogmático: capacidad jurídica, principio, pérdida, sus limitaciones, capacidad de obrar, etc. Bajo estos epígrafes se exponen las soluciones históricas. Lo esencial y característico es que un mismo concepto (ej., extranjería) ocupa un solo lugar sistemático. Respecto a la "persona jurídica", se da aparentemente una primera división histórica: Derecho germánico, Recepción y Edad moderna. Pero si se observa en detalle, se comprobará que en este caso las etapas históricas representan también profundas separaciones conceptuales. La primera, germánica, lleva por título *Genossenschaft und Körperschaft*; las otras dos entrañan también, cada una, una concepción de la "persona jurídica" radicalmente diferente; en sentido propio, de persona jurídica, sólo puede hablarse para la última etapa, y en efecto, el título general no emplea esa expresión, sino una más amplia y comprensiva. Los derechos de la personalidad natural y de la "jurídica" se tratan conjuntamente: ejemplo, nombre, producciones, etc. El Derecho de familia comienza por precisar lo que se entiende por ésta, el círculo familiar y su estructura. En el matrimonio vemos por fin, dichosamente, que se declara la caducidad de las teorías del matrimonio por raptó y matrimonio por compra, que han hecho tantos estragos en la interpretación de nuestras fuentes medievales. El poderoso influjo del cristianismo se examina en cuanto altera la concepción fundamental del matrimonio y en sus efectos sobre consentimiento, impedimentos, etc. Relaciones personales del matrimonio, relaciones patrimoniales y disolución son otros tantos capítulos; y del mismo modo se tratan en divisiones sistemáticas la filiación dentro del matrimonio y fuera de él, la legitimación, la adopción y la tutela.

El Derecho de bienes ocupa la parte más extensa del Manual, en dos secciones: Derecho de cosas y Derecho de obligaciones. La primera se inicia con la esencia y el objeto de los derechos de cosas y su clasificación. A continuación ocupa un capítulo, como es sagrado para toda historia del Derecho germánico, La *Gewere*, causa de tantos quebraderos de cabeza y que en verdad creo que no fué hecha para ser entendida del todo. En el presente caso estamos ante una de las exposiciones más claras de la cuestión, y ello, acaso, porque el autor ha comenzado por el principio. Y en el principio está siempre el Derecho romano. Parte él del concepto romano de la propiedad y de la "protección posesoria". Y dice: "El Derecho germánico no conocía una tan clara distinción entre posesión (*gewere*) y propiedad u otros derechos reales". Todavía podemos pensar que en los estudios sobre Derecho romano post-clásico podrá ser más aclarada la derivación de la posesión romana a la posesión medieval (o *gewere*), siempre que no se las intente desgajar como instituciones autónomas (la moderna teoría de la posesión), sino

en el conjunto de la protección posesoria. Consecuentemente, el autor agrega la posesión del Derecho recibido al capítulo de la *Gewere*.

Los derechos sobre inmuebles y los derechos sobre muebles son absolutamente separados. A pesar de que en algunos momentos y aspectos (menos en el Derecho alemán) presentan ambas ramas ciertas afinidad e identidad, nos parece lo más acertado este sistema.

También por separado se tratan los modos originarios y los derivados de adquirir los derechos sobre inmuebles, con especial atención al sistema registral. El conjunto de las regalías, como especialidad del Derecho inmobiliario, forma una sección de éste, que se cierra con el examen de los derechos reales limitados: préstamo territorial y sus diversas especies, servidumbres, retracto, cargas reales e hipoteca. El Derecho de muebles comprende los modos de adquirir, la adquisición sin título (problema de la irreivindicabilidad) y la prenda.

En el Derecho de obligaciones se consideran dos etapas históricas: aquella en que el crédito aparece en estrecha conexión con el delito y con una marcada índole real y aquella otra señalada en Alemania por la recepción del Derecho romano. Aquí echamos de menos la prioridad del Derecho romano clásico, que en otras ocasiones ha dado luz sobre la íntima esencia del Derecho medieval. La degeneración de la jurisprudencia postelásica en esta materia (ej., el *Gayo visigótico*) explica mucho el carácter nuevamente primitivo que el Derecho de obligaciones asume en los países europeos. El tema del débito y la responsabilidad se trata con sujeción a los moldes clásicos sobre la materia: con su fusión en el moderno Derecho (salvo algunas excepciones, ej., la obligación natural) queda completa la noción central del derecho de crédito, a la que acompaña y complementa el tema de la Fianza. En las fuentes de las obligaciones se encuentra, previo el examen de la responsabilidad extracontractual, una teoría general del contrato, con el examen del contrato formal, el contrato real y el contrato en favor de tercero; de los supuestos de cumplimiento o no de las obligaciones, y de los contratos en particular.

El Derecho de sucesiones queda expuesto primeramente en una visión de conjunto, necesaria, ya que en ella se entrelazan los elementos que más tarde han de observarse en una división sistemática, la cual comprende dos apartados fundamentales: la sucesión de los parientes, al que pueden agregarse la sucesión del cónyuge y la del Estado, y la sucesión ordenada por el causante en las formas de donación, contrato y testamento. Adquisición de la herencia, comunidad de herederos, responsabilidad y administración de la herencia cierran esta sección y el libro.

La claridad y el rigor de la exposición, el haber recogido tanto la antigua y tradicional doctrina de la germanística como los innovadores resultados de la más reciente aseguran al breve *Manual* de Mitteis un puesto distinguido entre la literatura histórico-jurídica alemana, y ayuda a ésta a sostener su puesto dirigente y magistral.

R. GIBERT
Catedrático

MOLITOR, Erich: "Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte".
Ed. Müller, Karlsruhe, 1949; 109 páginas.

A la historia más inmediata del Derecho privado en Europa se refiere el libro de Erich Molitor, catedrático de la Universidad de Maguncia, en Renania. Se trata, en realidad, de una historia de la formación del Derecho, con especial atención a la labor legislativa y a la literatura jurídica. Comienza con una ojeada al fenómeno de la Recepción del Derecho romano, en la que por igual se atiende a Italia, Francia, Inglaterra y con más extensión, como es lógico, a Alemania. España es objeto de una breve mención. No es este el lugar de completar todo lo que falta, pero sí debemos lamentar los efectos de esta incomunicación, que subsiste a pesar de los meritorios esfuerzos de un Wohlhaupter y de otros autores alemanes, y, sobre todo, cuando ya las destacadas autoridades de un Ficker, de un Hinojosa, conocido en Alemania, sentaron las bases para una integración de la historia del Derecho español en el cuadro de los Derechos medievales europeos. Por ejemplo, esta admirable exposición ha de parecer evidentemente incompleta a los españoles que conocen el valor que tiene el Derecho visigodo, sobre todo cuando los trabajos de Levy, Merea, etc., han puesto de manifiesto su significado para la fijación del Derecho romano vulgar y para toda la evolución jurídica anterior a la Recepción escolástica del Derecho romano. Mientras, justamente, se estudia la aplicación del Derecho justinianeo en los territorios occidentales sujetos a la dominación bizantina, casi queda en silencio lo relativo a la "Lex romana visigothorum", que fué la compilación romana de occidente.

Como una segunda etapa aparece el "tiempo del Derecho natural", pero el autor, con acierto, toma la cuestión desde los orígenes de la tradición *ius-naturalista*: antigüedad clásica y germánica, cristianismo, filosofía escolástica, cuya etapa tardía está llena con los nombres de la Escuela española; y finalmente el desdoblamiento de la Filosofía del Derecho natural en la Edad Moderna, con especial referencia a la dirección racionalista.

La época de las grandes codificaciones es en cierto modo la del Derecho romano y la del Derecho natural, superadora de las dos anteriores. Esta labor se lleva a efecto primeramente en Alemania, en medio de las circunstancias que siguieron a la guerra de los Treinta Años. Tiene algunos precedentes en tiempos anteriores. El "Codex Maximilianus Bavaricus Civilis" había sido una sucinta compilación de Derecho romano común, el cual continuaba vigente como Derecho supletorio. La formación del gran Estado prusiano dió la oportunidad de elaborar un nuevo Derecho desligado de esa tradición. La unificación del Registro territorial y del régimen de concursos e hipotecas, así como la progresiva centralización jurisdiccional, prepararon el camino para la unidad del Derecho sustantivo. Ya el Código de la Pomerania privaba de valor subsidiario al Derecho romano y a la doctrina. Al fin se consigue la formación de un Código general, obra típica del siglo XVIII, cuyos presupuestos eran el absolutis-

mo político, la economía mercantilista y la rigurosa división de nobles, burgueses y campesinos.

También en Francia un largo proceso histórico llevaba a la codificación, en el que tan importante papel juegan las redacciones consuetudinarias, especialmente la de París, y más tarde las Ordenanzas reales inspiradas en la política mercantilista. Los códigos napoleónicos aúnan muy diversos elementos: la ciencia jurídica francesa, el elemento germánico, la recepción romanista y el Derecho natural, con las nuevas condiciones del individualismo y de la economía liberal. El autor señala la sencillez y claridad del nuevo Código, que junto con el triunfo de la ideología revolucionaria explican sus extraordinarias difusión e influencia.

Nuevamente, respecto a España, debemos señalar cierta rapidez con que el autor ha situado nuestra historia jurídica como algo lateral y sin la debida perspectiva histórica. Como un aspecto de la influencia del "Code civile", hace notar que mientras nuestro Código de Comercio (1885) acusa la influencia alemana, el Código civil toma por modelo al francés. Alude después a los Derechos forales y a su parcial codificación. A nuestro entender, no debería haber prescindido del Código mercantil de 1829, que, por su parte, tiene precedentes en las Ordenanzas de Consulado; y, en conjunto, la visión de nuestro moderno Derecho es radicalmente defectuosa si no se le añade alguna, aunque breve noción histórica de la romanización, de los Estados medievales, de la singular posición asumida por Castilla, etc. Algo semejante puede decirse de los Derechos nacionales de Portugal y de Hispanoamérica, también sólo considerados como efecto de la Codificación napoleónica. En el ejemplo de la prusiana se inicia la de Austria, que es objeto de una detallada descripción.

La escuela histórica, con la polémica Thibaut-Savigny, y la destacada personalidad de éste en la que Molitor señala una doble tendencia, clásica y romántica; con la formulación filosófica de Hegel frente al ius-naturalismo; con el estudio renovado del Derecho romano, mediante la aplicación del método histórico, y, finalmente, con la gran construcción pandectística. Al mismo tiempo se renovaba la antigua germanística, iniciándose (Eichhorn) la escuela de historiadores del Derecho alemán. Sobre este punto debemos recordar la comprensión de este tema (de la primitiva y esencial unidad entre romanistas y germanistas) lograda recientemente por Conrad (S. Z. G. 65-1947, y reseña en A. H. D. E. XIX-1948, p. 705).

La nueva codificación alemana fué impulsada, de una parte, por el movimiento científico germanista, y de otra, por las necesidades prácticas. Se estudia en un extenso capítulo el temprano éxito de la codificación del Derecho mercantil, la situación en que se hallaba el Derecho civil de los distintos países, la serie de trabajos preparatorios y el proceso constitucional que condujo a la promulgación del B. G. B., así como los caracteres generales de éste, su posición respecto al desarrollo científico contemporáneo y ulterior; el significado de la jurisprudencia y de la costumbre y las cláusulas y fórmulas legales que permiten la formación de un nuevo Derecho en la órbita formal del Código. La legislación posterior, el

llamado Código popular (1942) y la actual permanencia del B. G. B. son brevemente reseñados.

Entre las nuevas codificaciones extranjeras destaca lo que se refiere al Código civil suizo, reseñándose también los Códigos de los nuevos Estados y las direcciones reformistas en aquellos que los tenían de antiguo. Respecto a Rusia, el autor parte de la etapa revolucionaria. Acaso una consideración histórica hiciese también en este caso posible una visión más profunda del problema.

Las tendencias en el campo del Derecho privado, en un ámbito casi estrictamente nacional, dan motivo para aludir a la función ejercida por los estudios históricojurídicos, a la del Derecho romano precisamente como disciplina histórica, a la del Derecho comparado; a la labor de los expositores del Derecho vigente, con su influencia predominante, en la que se origina una formación legalista; a la escuela del Derecho libre y al neokantismo, y a las direcciones sociales y publicistas dentro del Derecho privado.

La evolución jurídica anglosajona merece un capítulo especial. Estudia sus fundamentos históricos en la organización política anglonormanda, en una pronta recepción del Derecho romano, contra la que se reacciona muy pronto. La prohibición de enseñar en las Universidades el Derecho romano fija un carácter indeleble de la educación de los juristas ingleses. En aquéllas ya sólo se dará el cultivo de las especialidades histórica y filosófica, en favor de una formación general y teórica, mientras que la práctica y profesional está entregada a la jurisprudencia de los tribunales. La diversidad de éstas (ejs., la Corte del Almirantazgo, la jurisdicción religiosa para matrimonios y herencias, el juicio de equidad de la Chancillería) dan impulsos diferentes al desarrollo del Derecho inglés en el que puede afirmarse que no existe la distinción entre público y privado, y que vive menos dominado que el continental por el legislador. Las mismas Actas del Parlamento son, en gran parte, actas de consolidación del antiguo Derecho. Momentáneos contactos con las corrientes continentales, ej., la del Derecho natural en J. Bentham, que da lugar a leyes de reforma; el de Austin con la Pandectística, no alteran el curso histórico de un Derecho fundamentalmente judicial, más adepto en el terreno científico, a las orientaciones históricas y comparativas.

Entre los países de colonización anglosajona se hace notar la vigencia actual del antiguo Derecho de España, este "pequeño país", como se le llama en páginas anteriores. La evolución legislativa de los Estados Unidos, los del Sur también de tradición española, se acerca desde la mitad del siglo XIX al modelo de las codificaciones europeas.

Libro de conjunto, en una exposición amena y clara, presenta un cuadro relativamente completo de la historia del Derecho privado moderno. Que en él pueda encontrarse una insuficiente, a nuestro juicio, valoración de las aportaciones españolas y, realmente, la ausencia de nuestra cultura jurídica debe constituir un estímulo para los historiadores del Derecho español.

R. GISBERT

Catedrático.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Hechos y derechos en el documento público".

A partir de la obra de José María Sanahuja Soler, *Tratado de Derecho notarial* (1), y de las conferencias pronunciadas en la Academia Matritense del Notariado, los años 1943 y 1944 (2), se ha producido un verdadero renacimiento en el estudio del Derecho Notarial examinándolo a través de la técnica jurídica más moderna. Y paralelamente se puede observar una nueva orientación histórica—científicamente histórica—de los estudios notariales, desarrollada principalmente en las publicaciones anuales del Colegio Notarial de Barcelona bajo el título *Estudios históricos y documentos en los Archivos de Protocolos*, hoy independizados de la revista *La Notaría*, a la que inicialmente estuvieron unidos (3).

Se intenta iluminar, histórica y científicamente, los escasos preceptos positivos que se ocupan del valor del documento notarial. Labor de gran importancia, pues, por desgracia (4), ni siquiera entre los profesionales suele tenerse una idea clara de la eficacia del mismo, ni de su contenido narrado por el Notario.

Especialmente, de esta palpitante cuestión se ha ocupado, abarcando todos sus aspectos—histórico, científico, legal y jurisprudencial—, en la forma magistral a que nos tiene acostumbrados, nuestro compañero, Notario de Madrid, Rafael Núñez Lagos (5).

(1) Barcelona. Ed. Bosch, 1945. Obra premiada por el Ilustre Colegio Notarial de Barcelona (Premio Falguera) en 1942.

(2) Recogidos en los volúmenes I y II (1945 y 1946) de los Anales de la Academia Matritense del Notariado. Entre estas conferencias, por orden cronológico, señalaremos: NAVARRO AZPEITIA: *Actos de notoriedad*; NÚÑEZ LAGOS: *Estudios sobre el valor del documento notarial*; DE LA PLAZA NAVARRO: *Apuntes para el estudio de los errores de hecho y de derecho a casación; el documento auténtico*; GÓMEZ ORBANEJA: *La prueba preconstituida*, y CASTÁN TOBEÑAS: *En torno a la función notarial*, trabajo desarrollado en una monografía del mismo maestro: *Función notarial y elaboración notarial del Documento* (Madrid, 1946).

(3) Precursores de los estudios científicamente históricos sobre el Notariado, podemos considerar a los trabajos de FÉLIX MARÍA DE FALGUERA sobre ROLANDINO y sus obras, y especialmente el dedicado a la Constitución del emperador León "el Filósofo", ordenando las formalidades de ingreso en el Colegio de Tabularios, publicados en "La Notaría" y editados en "Estudios histórico-filosóficos sobre el Notariado" (Barcelona, librería de Penella y Bosch, 1894). En la sección de archivos de protocolos de la Notaría, hoy independizada de esta revista y dirigida por Raimundo Noguera de Guzmán, destacan dos documentados trabajos sobre historia del Notariado, debidos a HONORIO GARCÍA, notario de Vich: *Contribución al estudio histórico del Notariado español. El Notariado en Vich durante la Edad Media* ("La Notaría", año LXXXII, primer trimestre 1947) y *Notas para unos prolegómenos a la historia del Notariado español* (tiempos anteriores a la Reconquista), en "Estudios históricos y documentos de los archivos de protocolos", t. II (Colegio Notarial de Barcelona, 1950).

(4) Buena parte de culpa de ello han tenido los programas de oposiciones a Notarías, en los que se relega el Derecho notarial al antepenúltimo lugar de exposición material. Posponiéndolo, incluso, al Derecho hipotecario, lo que equivale a anteponer un efecto (la inscripción) a su causa (el título).

(5) Entre las numerosas publicaciones de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, sólo citamos aquí las relativas a Derecho notarial: *Estudios sobre el valor del documento notarial* conferencia desarrollada en la Academia Matritense del Notariado el 5 de mayo de 1943, recogida en el tomo I de sus Anales; su comentario crítico publicado en la "Revista de

Ya en su primera monografía sobre esta materia, *Estudios sobre el valor del documento público notarial*, otro ilustre compañero, de los que ocupan la vanguardia de este renacimiento, José González Palomino (6), opinó que: "No hay ninguna obra que la supere ni siquiera que se le asemeje en valor sistemático, técnico y lógico, ni por la riqueza de materiales que contiene... Es un libro que tanto vale por lo que enseña como por lo que sugiere, provocando reacciones favorables o discrepantes. Varias de sus conclusiones han sido recibidas inmediatamente por el Tribunal Supremo de Justicia... Todo el esfuerzo que se emplee en su estudio será, no obstante, recompensado largamente."

Pues bien, este trabajo de Rafael Núñez Lagos ha sido superado en valor sistemático, lógico y técnico, y en riqueza de los materiales contenidos... ¡por el mismo Rafael Núñez Lagos!, en la monografía de que nos estamos ocupando: *Hechos y derechos en el documento público*.

Como gran honor consideramos hacer la recensión de esta obra. Y mucha responsabilidad querer concretar en estas pocas líneas la serie de valores contenidos en la misma. Procuraremos hacerlo con la mayor claridad posible y conservando, cuando el resumen lo permita, las mismas palabras de su autor. Y tomándonos la libertad de intentar sintetizar algunas de sus ideas en unos cuadros sinópticos, que creemos pueden facilitar la visión de conjunto de la obra.

* * *

Como dice el propio Núñez Lagos: "La eficacia de los documentos notariales, vista por los autores españoles de los últimos cien años, es una eficacia colectiva y en bloque, una teoría de brocha gorda."

Por eso hay que comenzar por distinguir, como él hace. Entre actas y escrituras, el consentir y lo consentido, o sea el hecho y su resultado; la existencia y la validez del contrato, unidad de tiempo y unidad de consentimiento, hechos y formas, forma y prueba, ser y valer, intervención y narración y su respectivo valor, las estimativas nulidad y falsedad, valoración legal y estimación de la prueba, el valor de los hechos contenidos

Legislación y Jurisprudencia" (1948) a la conferencia de NEGRI, acerca de *La evolución del Notariado argentino: Documento público y autenticidad de fondo*, en "Revista del Notariado de Buenos Aires", mayo 1947, y reproducida en "La Notaría", primero y segundo trimestre 1948; *Perfiles de fe pública*, en "Anuario de Derecho civil", t. II, fascículo I: *La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Valencia el 15 de mayo de 1948, publicada en el tomo correspondiente a las conferencias de dicho curso y traducida al francés y al italiano; *La estipulación en las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá*, discurso leído en 15 de junio de 1950 en su recepción pública como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; más la traducción—con el P. VELA—a la *Aurora* de ROLANDINO, y el extenso prólogo—exclusivamente de NÚÑEZ LAGOS—, en el que expone la historia del documento notarial en Italia desde el siglo VIII al XIII, único trabajo de conjunto publicado, examinando la evolución de cada uno de los capítulos o secciones de la escritura pública (trabajo del que tengo intención de ocuparme más adelante con toda la extensión que la obra y su autor merecen).

(6) *Instituciones de Derecho notarial*. Madrid. Ed. Reus, 1948. T. I (único publicado hasta ahora).

en los documentos públicos según sean evidencias directas o indirectas (juicios) del Notario, y declaraciones de voluntad o de verdad de las partes, las escrituras de constitución, especificación o renovación de las escrituras reconocitivas y de la elevación a públicos de documentos privados y de la protocolización de éstos. Y por igual razón divide su obra en dos partes: la primera relativa al valor de los hechos a través de su narración por el Notario en el documento público, y la segunda referente a los derechos surgidos de las convenciones otorgadas en escritura pública.

ACTAS Y ESCRITURAS.—En las actas, el Notario narra el *hecho* patente para sus sentidos y le deja ser lo que es y como es.

En la escritura, el *hecho* es más complejo: una convención o contrato, un negocio jurídico, una declaración de voluntad; esencialmente, una prestación de consentimiento. En este caso, el hecho patente, en su elemental sustancia, consiste en una presencia de las partes ante el Notario y en una cierta actividad de esas mismas partes; a su vez, el Notario ha de desempeñar un papel activo en cumplimiento de su deber legal de *redactar* el acto o contrato conforme a la Ley de fondo y a la voluntad de las partes.

HECHOS Y NORMAS.—El mundo jurídico está dividido en dos campos: normas y hechos... El hecho es el reactivo de la norma. La eficacia *en potencia* de la norma se convierte *in actu* gracias al hecho... La eficacia abstracta de la norma incorporada al hecho—hecho jurídico—és lo que produce efectos jurídicos.

Del hecho jurídico interesa al Derecho: 1) la existencia; 2) la persistencia o prueba; 3) la valoración o eficacia, bien de la existencia o bien de la prueba. En correlación con cada una de esas fases del hecho se produce la *forma*. Es decir, para que cada uno de estos momentos tenga vida, a veces la Ley exige una forma (forma *ad substantiam*, forma *ad probationem*, etc.).

EXISTENCIA Y FORMA.—I. *Existencia*.—Hay hechos *materiales*, ostensibles... *patentes*. No habría problema respecto de su existencia, acreditable *de visu*, si al Derecho no le preocuparan dos categorías lógicas fundamentales: el tiempo y el espacio... para fijar no solamente su existencia, sino las circunstancias de lugar y tiempo, sin perjuicio y además de las relaciones del hecho con otros hechos concomitantes o con determinadas personas.

Hay otros hechos *inmateriales*, internos, imperceptibles directamente por los sentidos, pertenecientes al mundo del espíritu—ideas, resoluciones, prestaciones de consentimiento, etc.— que tienen que hacerse sensibles no sólo al mundo físico exterior, sino al mundo jurídico. *De internis nemo indicat*.

II. *Formas*.—En una acepción amplia, a la exteriorización o expresión del hecho se le puede llamar *forma*. Es la figura, contorno o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico.

En un sentido más restringido, la forma es fórmula mágica indispensable para que un acto nazca jurídicamente.

Varias clasificaciones pueden hacerse de las formas.

A) *Formas obligatorias* (formas del ser, principio: "Forma *dat esse rei*"), sean exigidas por la ley o por las partes, y *formas libres*.

B) *Formas de ser y formas de valer*.—El hecho para existir pertenece al ámbito de las formas libres: pero, para valer, para alcanzar ciertos grados de eficacia, necesita acogerse a formas obligatorias de valer.

C) *Formas litúrgicas o ceremoniales* (la forma es el rito, la fórmula) y *formas funcionaristas o de autoridad* (la forma la da la intervención de un funcionario "ad hoc").

PROYECCIÓN DE LA FORMA SOBRE LA PRUEBA, INTERVENCIÓN Y NARRACIÓN. La forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir). El mismo hecho jurídico en dimensión de tiempo. Pero entre ambos planos hay filtraciones conceptuales e históricas, calcos y traslados que denuncian una constante ósmosis o capilaridad. Los fenómenos de un estrato tienen su correspondiente—en valor y fin—en el otro.

Para la forma solemne, lo básico es el hecho de la intervención del funcionario; para la prueba, el documento en el que el funcionario *narra* esa intervención. Hay, pues, entre forma y prueba una correlación de conceptos en distinto plano: en el de la forma, *intervención*; en el de la prueba, *narración*.

VALOR DE LA INTERVENCIÓN Y VALOR DE LA NARRACIÓN.—La Ley establece una escala de valores; valora la intervención del funcionario y valora su narración.

Hay que distinguir:

- A) Valoración del hecho jurídico directamente por la Ley: el grado de eficacia lo da la Ley *directamente* al hecho jurídico.
- B) Valoración del hecho por su forma: prescindiendo de aquellos casos en que la forma es exigida "ad substantiam" (donación de inmuebles, formas del ser) la intervención del funcionario va matizando los grados superiores de la jerarquía frente a los inferiores en que no interviene.
- C) Valoración de la narración documental de un hecho que depende de dos factores perfectamente enlazados: autor de la narración y naturaleza convertible o inconvertible de la narración.

NARRACIÓN VERDAD, FE PÚBLICA.—El documento es una cosa que sirve para representar otra. El hecho es fugaz. Para un momento o lugar distintos, el hecho debe ser reproducido. El hecho pasado ha de hacerse presente; este es el punto de vista de la prueba en juicio. El hecho presente ha de hacerse valer en el futuro; es el punto de vista de la prueba preconstituida. El hecho fugaz llena de incertidumbre la existencia del derecho subjetivo. Lo que partes y testigos reproducen *a posteriori* en juicio, no es el hecho pasado, sino un recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. Lo que el documento recoge no es tampoco el mismo hecho, sino su representación. Leyendo el documento vivimos el hecho, pero sin intermediación, en actos de segundo grado.

A la adecuación del hecho—*actum*—con su narración documental—*dictum*—se le llama verdad. *Dictum* y *actum* son dos hechos intercambiables. Cuando la Ley impide ese intereambio, cuando el *dictum* es irreversible, entonces estamos en presencia de la *fe pública*. La fe pública es un texto documental—*dictum*—de curso forzoso, sin reintegro posible por el hecho narrado—*actum*—, a no ser mediante impugnación por falsedad.

ESTIMACIÓN DE LA PRUEBA Y VALORACIÓN LEGAL DEL DOCUMENTO.—La fe pública da valor al documento; esto es: el documento con fe pública tiene un grado de eficacia señalado por la ley en una jerarquía de valores.

Hay que distinguir entre estimación de prueba y valoración de documento... el valor jurídico es objetivo y externo al juez. Lo impone la Ley. Lo jurídico, en la libre apreciación de la prueba, es el resultado, los hechos declarados probados en la sentencia. Los medios—la apreciación en conciencia, los celos de la sana crítica—son psicológicos. Por eso caen fuera de la escala de valores de la Ley y no son recurribles en casación. Cuando, por el contrario, la prueba no es de la libre apreciación del juzgador de instancia, porque la Ley dé anticipadamente su valoración, entonces estamos claramente fuera del campo de la prueba para situarnos en el terreno de la eficacia de las formas del valer.

En la valoración del documento hay que distinguir: el documento en sí, de un lado, y su contenido, de otro.

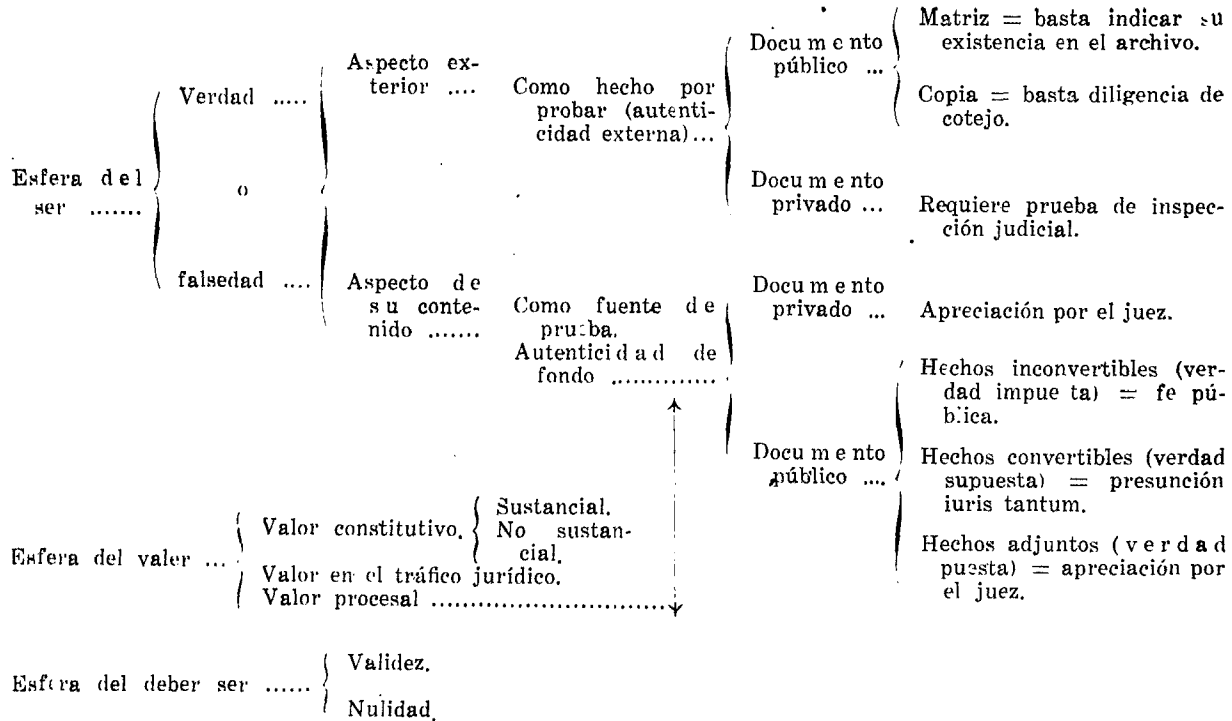
A) *El documento en sí, como "hecho por probar"*.—En los documentos públicos basta la existencia del archivo, registro o protocolo, para acreditar apodícticamente la existencia y autenticidad externa del documento, y el problema respecto de la copia queda resuelto con la diligencia del coitejo. Normalmente, el documento público, por sí, no es hecho por probar, sino sólo fuente de prueba en cuanto a su contenido. No así los documentos privados, que antes de empezar a ser fuente de prueba (en cuanto a su contenido) son en sí mismos un hecho por probar. Su existencia no basta invocarla: se han de acompañar los documentos originales, y no copias, al escrito de la demanda. Su existencia es siempre una prueba de inspección judicial.

B) *El documento como fuente de prueba: la autenticidad de fondo.*—Respecto de su contenido—el hecho jurídico relatado o narrado—, el documento es fuente de prueba... El documento pretende ser su imagen fiel, su fotografía. En el documento privado la apreciación de este contenido queda

siempre al arbitrio del Tribunal de instancia. En el documento público se impone en casación el hecho o acto auténtico.

a) *Valor del contenido del documento privado.*—El contenido del documento privado queda íntegramente a la libre apreciación del Juez. No está valorado por la ley. Tampoco lo valora el Juez. El Juez lo aprecia en conciencia o según las reglas de su sana crítica. El texto del documento privado da redacción literal al hecho, pero no autenticidad; el reconocimiento le da autenticidad externa, pero no texto literal. El documento privado no reconocido es siempre de contenido inauténtico. El reconocimiento es auténtico únicamente en cuanto a los extremos sobre que recaiga el reconocimiento judicial.

Documento



b) *Valor del contenido del documento público.*—(Hecho que motiva el otorgamiento—art. 1.218—).

- 1) Evidencias directas del Notario: son hechos incontrovertibles o con fe pública, verdad impuesta.
- 2) Opiniones o juicios del Notario: son hechos convertibles o verdad supuesta, “presunciones iuris tantum”. El negocio jurídico tiene una corteza: la declaración; y una médula: la voluntad. La corteza, para el Notario, es una verdad evidente; la voluntad, una inducción ineludible. El Notario juzga de la voluntad de las partes por sucesivas manifestaciones externas, y principal y últimamente por la prestación del consentimiento después de la lectura del documento.
- 3) Declaraciones de verdad hechas por las partes y las enunciativas: son hechos adjuntos o verdad puesta—principio de prueba por escrito—.

Actuación notarial en los instrumentos públicos

En las *actas* (se ciñen únicamente a los hechos)

Narración por el Notario de lo apreciado por el mismo de visu et auditu = fe pública.

Declaraciones de las partes reproducidas = principio de prueba por escrito.

Intervención del Notario = dación de forma
voluntaria necesaria

Constitutiva (del ser).

Ad valorem (del valer).

En las *escrituras* (contienen, por la intervención notarial, hechos y relaciones jurídica)

Narración....

Evidencia directas del Notario = fe pública.

Evidencias indirectus (declaraciones de las partes) { De verdad = principio de prueba por escrito.
De voluntad.

Apreciación o juicios del Notario (identidad, capacidad, consentimiento de las partes, notoriedad, etc., etc. ...

Presunciones iuris tantum.

DOCUMENTOS CONSTITUTIVOS Y DOCUMENTOS PROBATORIOS.—Comienza el autor la segunda parte de la obra definiendo estas dos especies de documentos.

Documento constitutivo es aquel que, como tal documento, se perfecciona simultáneamente con el negocio jurídico que contiene. Un mismo consentimiento perfecciona negocio y documento "in continenti".

El *documento probatorio*, por el contrario, se perfecciona con posterioridad al acto o contrato que contiene; "perfección ex intervallo".

No obstante, observa a esta clasificación:

- 1) Que el documento constitutivo es también medio de prueba.
- 2) Documento constitutivo no quiere decir documento formal "ad solemnitatem", basta que el acto o contrato se constituya en el documento, aunque su nacimiento no requiera esencialmente dicha forma.
- 3) El documento constitutivo no pertenece al capítulo de las "formas obligatorias". Se da igualmente entre las formas libres.

EJERCICIO DE LOS DERECHOS.—La vida del tráfico jurídico no sólo ha exigido que el documento ampare la existencia del negocio jurídico, sino que provea a su rápida e indiscutida ejecución.

La historia del Derecho nos demuestra cómo el documento alcanzó su carácter constitutivo a través de la evolución de la "stipulatio", de la "traditio chartae", de la "traditio per chartem" y de la "vacua possessio". Y que al mismo tiempo el documento notarial se hacía título ejecutivo con el mecanismo técnico de la "guarentigia".

LA "STIPULATIO" Y EL DOCUMENTO NOTARIAL.—La "stipulatio" tiene dos manifestaciones históricas: la "traditio chartae", que, según Brunner y su escuela, es la misma "stipulatio", y la "stipulatio" propiamente dicha.

De la "stipulatio" propiamente dicha se ocupa Núñez Lagos en los capítulos II, V, VI y VII de la segunda parte, estudiándola en su evolución a través del Derecho romano clásico, justiniano y común, así como en los trabajos de los juristas del pasado siglo, que significaron una vuelta al auténtico Derecho grecorromano, y de un modo especial y personalísimo a través de las fuentes españolas.

Recogiendo las conclusiones más trascendentales de Riccobono y otros autores, destaca la transformación que la "stipulatio" sufrió a lo largo del Derecho romano. He aquí su triple evolución:

1. Pasa de oral a escrita y se funde con la "Litteris obligatio".
2. Absorbe a la "conventio", a los pactos preliminares que valen íntegramente como "stipulatio" al incluirse en el mismo escrito.
3. De ser mera fuente de obligaciones adviene eficaz en la creación y transmisión de derechos reales, y con la teoría de la "vacua possessio" asume a la "traditio" ("traditio" instrumental).

El primer paso—oral a escrita—ofrece tres fases. En la primera, el acto precede al escrito. En la segunda, el escrito precede al acto. Y en la tercera—la "completio tabellionis" de Justiniano—, si las partes convienen en formalizar la "stipulatio" por escrito, o si acuden con el mismo fin al Notario, negocio y documento se perfeccionan, no "ex intervallo", sino "in continenti". El documento es constitutivo.

Examinando las formas medievales de la "stipulatio", recoge las opiniones de Brunner Paetsch, Freund, Bethmann-Hollweg, Wetzel, y estudia la sustitución de los "verba solemnia et directa" clásicos por los "verba obliqua" (narración indirecta, abreviada, objetiva e impersonal); la aparición de la "stipulatio specialis" añadida al "prefatio" y que daba eficacia al todo, embrión de nuestros otorgamientos; la "stipulatio poenae" y la "stipulatio elíptica", por la que se sobrentiende la pregunta, centrando la "narratio" solamente en la respuesta.

Recoge la opinión de Leicht al considerar como más verosímil "que los "verba" no fueran efectivamente pronunciados y que los contrayentes románicos atribuyeran la fuerza obligatoria de la estipulación a la simple mención de ella hecha en la "chartule" misma por el Notario y aprobado por las partes con las fórmulas consagradas por el uso".

Examina la concepción formulista en los Derechos romano y germánico y su revisión por la teología moral católica, con su influjo en canonistas en la escuela de Bolonia y en los glosadores Placentino, Azón y Acurcio. De la nueva concepción del "consensus" y del purismo legalista derivó un doble movimiento hacia la escritura pública. De un lado, se mezclan legalidad y "consensus", forma y fondo; la escena de la *stipulatio* y los *verba (actum)* quedaron reducidos a la expresión notarial del consentimiento de los otorgantes. De otro, la escritura, que empezó como medio de prueba, se identifica con la misma *stipulatio*. *Stipulatio* y *scriptio* son simultáneas y obedecen al mismo "consensus". El momento de la perfección del contrato y el de la perfección del documento coinciden y obedecen a idéntico consentimiento. Con los postglosadores la doctrina es unánime. La escritura pública vale como "stipulatio" sin prueba en contrario y salvo querrela de falsedad. Es una *stipulatio ficta*, construida *verbis*.

Alude al movimiento que inicia Greist en 1845, al publicar su trascendental obra sobre el contrato formal, que significa una vuelta al auténtico Derecho grecorromano, aprovechando los descubrimientos de la escuela histórica, y observa Núñez Lagos que si bien alumbró un Derecho grecorromano de acuerdo con la verdad histórica, se verifica al margen de la formación de los dogmas del Derecho actual; pues con los errores históricos de glosadores y comentaristas en la interpretación del "Corpus Iuris" fué elaborando el Derecho moderno, en cuyo proceso ha tenido mayor eficacia práctica el pensamiento de Bartolo que el de Justiniano.

Se ocupa también de las teorías de los investigadores que siguieron esta dirección, después de clasificarlos dogmáticamente en la siguiente forma:

a) Teoría del contrato *litteris*, con las variantes de Bärh, Mitteis y Riccobono; y b) Teoría de los *verborum obligatio*, que inició Gneist y desarrollan Freund y Brandileone.

Profundizando en las fuentes españolas estudia la "stipulatio" a través de las fórmulas visigóticorromanas transcritas por Ambrosio de Morales y publicadas por Manrique y Marichelar, en las colecciones diplomáticas de Hinojosa y en las del Padre Benedicto Luciano Serrano.

Las Siete Partidas, que a la "stipulatio" llaman *promission*, recogen

dos construcciones de la misma: una erudita y arcaica y otra popular y actual. La primera fué la única conocida por nuestros tratadistas del pasado siglo. La segunda ha estado totalmente olvidada como tal teoría de la "stipulatio" y es Núñez Lagos quien la ha vuelto a la luz, extrayéndola de la Partida tercera, distinta de la "sedis materiae" de la "stipulatio": Partida quinta. Características de esta "stipulatio" popular son: consagración de la "stipulatio specialis" y la "stipulatio poenae", con olvido de los "verba directa e solemnia" de la Partida quinta, contratación entre ausentes "per epistolam" (Ley 119, Tit. IX, Partida quinta) y representación voluntaria directa.

En el Ordenamiento de Alcalá, por su principio espiritualista de libertad de forma, la "stipulatio" perdió su monopolio, pero no su eficacia. La "stipulatio" notarial mantiene todo su valor después de aquel Cuerpo legal. Al efecto, Núñez Lagos trae a colación la opinión de nuestros clásicos Antonio Gómez, Luis de Molina, Covarrubias, Juan de Ayllón, Laynez, etcétera. Y concluye que: A través de toda la historia antes expuesta, hemos visto trasladarse la eficacia constitutiva o dispositiva desde la "stipulatio" a la escritura. La firma de la escritura constituye válidamente la relación jurídica de fondo. La escritura al absorber la "stipulatio" y la "traditio per chartam", ha suplantado al viejo formulismo romano en el primer momento de la vida de una relación jurídica: en el instante de nacer.

"TRADITIO CHARTAE" Y "CONSTITUTUM POSSESSORIUM" EN EL DOCUMENTO NOTARIAL.—Con el sistema documental germánico, estudia la *Auflassung*, la *Gewere*, los "Wadie" y la "traditio chartae"; y la polémica entre Brunner y Freund sobre el entronque del sistema documental germánico con sistema romano-bizantino, así como las posteriores investigaciones de Schultze von Lasaulx, Ferrari, Partsd y Steinacker. De ella resulta evidente la fusión de la práctica de la "traditio chartae" con el simbolismo de la "Wadie", le festuca o el terrón mágico, aun cuando en la Edad Media se quisiese explicar su significación con textos romano-bizantinos, que erróneamente interpretados por los juristas medievales hicieron ("error communis facit ius") el Derecho moderno.

La "traditio chartae" no es como la "traditio corporis", la consumación de un contrato consensual, sino su perfección. Podría decirse que, durante la Alta Edad Media, la compraventa y toda la contratación se ha retrotraído a una etapa de contratos reales, obligaciones "ex re". La entrega de la "Wadie"—el mismo pergamino escrito—perfeccionaba el contrato. La "stipulatio" es la "Wadie" traducida al lenguaje legal de la población no germánica. La pregunta verbal y la respuesta, también verbal, han sido sustituidas por la entrega y aceptación de la "chartae". La escritura notarial sustituye de tal manera a la "stipulatio" que aun cuando se demuestre con cien testigos que los contratantes no han pronunciado preguntas o respuestas, se admite siempre una "verborum obligatio". Sin embargo, hace notar que esa tendencia germánica choca con una corriente contraria que se refleja en los documentos notariales placentinos, que recogen no sólo la "stipulatio" romana, sino a veces la "mancipatio".

Significación histórica distinta de la "traditio chartae" tienen las fra-

ses "traditio per chartam" y "traditio per epistolam". Esas sólo significan una espiritualización de la "traditio corporis", como consumación de un contrato posterior a su perfección, a través de las formas más o menos simbólicas. La "traditio" romana, pasando por la "traditio brevi manu" y el "constitutum possessorium", llega a desembocar a la "vacua possessio", que califica de última enfermedad de la "traditio" antes de morir en Francia e Italia. La "traditio chartae" la vemos en el artículo 1.464, "el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia". La "traditio per chartam" del artículo 1.462, respecto de la escritura pública.

SENTENCIA Y DOCUMENTO: "ACTIO IUDICATI".—La sentencia del Juez fué primitivamente oral. Más tarde, el uso de la escritura convirtió la sentencia en documento público: fué el primer documento de Derecho privado. La posible ejecución de la sentencia se conceptuó fuerza ejecutiva de su documento. La imitación y el contagio fueron inevitables en vista de las necesidades del tráfico y las costumbres germánicas. La fuerza ejecutiva de la sentencia advino el vestido romano que cubrió con decoro rudas costumbres germánicas, contribuyendo al desarrollo jurídico del documento público.

Así, la eficacia germánica de la "chartae" y la romana de la "stipulatio" y del contrato "litteris" confluyen con un producto elaborado en Bolonia, con la "autoridad jurisdiccional de la que está parcialmente investido el Notario".

La energía ejecutiva de las sentencias se logra a través de las "cautelae", el "obstadium" y los juicios fingidos.

Pronto fué simplificándose el juicio fingido. Se empezó suprimiendo la sentencia: si el demandado, antes de contestar a la demanda, reconocía "apud iudicem" el derecho del actor, bastaba que el Juez dictase un simple "praeceptum de solvendo", con idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la "actio iudicati".

Segunda etapa fué suprimir la necesidad de la demanda.

Aparece después en la práctica otra cautela notarial: el "pactum de recipiendo praefecto", por la cual se incluía en el texto de la escritura notarial una estipulación por la que se obligaban las partes a concurrir ante el Juez para recibir el "praeceptum".

Más adelante, la multiplicación del tráfico dinerario a las ciudades italianas llevó a la necesidad de que se dictase rápidamente un "precepto de solvendo", por el mismo Notario, a cuyo efecto se le consideró como "iudex cartularius". Al instrumento se le llamó "instrumente guarentigia". También los autores españoles repiten, sin discutirlo, el principio de *instrumenta publica de iure Regio sententia aequiparantur*. Antonio Gómez, cuya opinión siguieron los Tribunales Supremos del Rey, se inclinó a considerar que en las escrituras públicas no era necesario expresar la cláusula guarentigia, porque "ex pictione legis, praedicta clausula apposita".

En resumen, a través de toda esta evolución histórica, se constata cómo la escritura pública notarial logra, en cuanto la relación jurídica de fondo, tener la misma eficacia constitutiva de la "stipulatio romana", e igual valor firme y ejecutivo de una sentencia. Como ella producía la "actio iudicati".

ESCRITURA CONSTITUTIVA.—En el Derecho Moderno, la escritura puede ser constitutiva, tanto en los negocios jurídicos formales (“ad solemnitatem”), como en los consensuales. Tratándose de negocios formales, la situación jurídica anterior a la forma—*vetus*—es inexistente (“forma dat esse rei”). La escritura es siempre constitutiva.

En los negocios consensuales, puede ocurrir que las partes firmen directamente ante Notario, sin que exista un previo acuerdo vinculante, en cuyo caso es, desde luego, constitutiva. Pero puede acontecer que, con cierta antelación, las partes hayan celebrado con carácter provisional o definitivo, acuedos con fuerza de obligar entre ellos. De estos segundos supuestos nos interesan los que reúnen estas circunstancias: 1.º Que haya nacido una situación vinculante inter partes antes de acudir al Notario, y 2.º Que en el texto de la escritura no se recoja, en todo ni en parte, el posible acuerdo preliminar

La doctrina extranjera ha explicado esta situación a través de las figuras de la “*renovatio contractus*” (Degenkolb, Candian, Segré), y el “contrato de fijación jurídica” (Siegel, Rümelin y Pagenstecher). Y nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 28-X-44, de la que fué ponente D. Manuel de la Plaza—recogiendo la tesis que el propio Núñez Lagos había defendido en su conferencia “Valor del Documento Público”—, declaró que “Cuando el acuerdo primario y la escritura coinciden, ésta no hace otra cosa que dar forma a lo ya preexistente, a manera de “*specificatio*”: en eventos de manifiesta discordancia como el de autos, no es posible hacer prevalecer, contra los términos categóricos y claros del documento notarial, una posible convención anterior”.

El consentimiento de las partes es nuevo, distinto e independiente del que hubieren prestado al acuerdo preliminar (art. 179, párrafo 2.º del Reglamento). El consentimiento recae sobre todo el texto leído y perfecciona simultáneamente el negocio jurídico y el documento, esto es, el tenor literal del acto o contrato.

Hay una “*renovatio contractus*” en el mejor sentido de la construcción de Degenkolb. Pero es una “*renovatio*”, no por mera voluntad de las partes, sino por imperio y aborción de unas normas de carácter adjetivo formal de la legislación sobre el instrumento público.

ESCRITURA DE RECONOCIMIENTO DE RELACIONES JURÍDICAS.—Por recogerse brevemente el elemento *vetus* se diferencia la escritura de reconocimiento de la de constitución, pues en ésta jamás se recoge en modo alguno el elemento *vetus*. El *vetus* de la escritura de constitución vive pre-otorgamiento, sin la debida forma o figura. La escritura de constitución es alumbramiento y es forma, pero no recoge nada del pasado; nada sobrevive. El *vetus* muere. En la escritura de reconocimiento se recoge el alcaloide del pasado y se regula lo que sobrevive.

El autor estudia históricamente la repetición de pacto y la reiteración del “*consensus*” “*duplex vinculum*”—, examinando las siguientes figuras: “*stipulatio de eadem re*”, “*pactum de constitutum*”, “*pactus geminatum*”, con sus variedades, y “la *confirmatio*”, en sus diversos ámbitos. Distinguiendo la “*confirmatio communis*” o reconocimiento asertorio—que reco-

ge el art. 1.224 C. c., y la "confirmatio specialis" o reconocimiento decisorio o dispositivo, con valor novatorio y sanatorio—, confirmación de los artículos 1.310 y ss., C. civil.

También disecciona ciertamente el reconocimiento de relaciones jurídicas de la confesión extrajudicial. La confesión se refiere exclusivamente a un *hecho*, según ponen de manifiesto los arts. 1.231 y 1.234 del Código civil, y el artículo 549 de la LEC. El reconocimiento propio se refiere sólo a relaciones jurídicas, tan independiente de su hecho constitutivo primario, que algunos autores alemanes hablan del reconocimiento como declaración abstracta, sin causa, o del reconocimiento como causa (Bähr, Brut, Rümelin).

La escritura de reconocimiento—sin contar la eficacia declarativa en cuanto a las relaciones jurídicas de fondo—produce, *por lo menos*, estos cuatro efectos: interrumpe la prescripción de las relaciones jurídicas reconocidas, las dota de título ejecutivo, de un título para el tráfico y de un medio de prueba privilegiado.

Dogmáticamente pueden reducirse a tres las direcciones que aplican al concepto jurídico de reconocimiento como figura independiente: a) Una, que lo encaja en el elemento causa (o relación causal) de la declaración de voluntad (Bähr, Arndts, Brut, Rümelin, Siegel); b) Otra, que lo circunscribe, no a la causa, sino a la íntegra declaración de voluntad, con efectos precisos y definitivos (Unger, Zitelmann, Aekerman y Düringer-Hachemburg); c) Y una tercera que lo circunscribe a la mera advección de hechos (Carnelutti).

De estas construcciones, que estudia detalladamente, elimina (para la hipótesis de la escritura de reconocimiento de relaciones jurídicas) la de Carnelutti, por cuanto el reconocimiento, como mera declaración testimonial, es un reconocimiento de hechos o reconocimiento impropio, que puede tener su encaje en las actas notariales llamadas de referencia (208 R. N.), verdaderas confesiones extrajudiciales, y aplicaciones parciales; a la elevación a escritura pública de documentos privados; en las protocolizaciones de documentos privados y en las legitimaciones.

Los fines procesales que perseguía Bähr están colmados en nuestro Código civil por la presunción de causa del art. 1.277. El "accipiens" queda relevado de toda prueba, y el deudor o "tradens" es el que tiene que probar el error acerca de la obligación de entregar la cosa (1.900, 1.895 y 1.277). Es el mismo resultado de Bähr, mas sin necesidad de reconocimiento alguno.

El reconocimiento no es abstracto. Toda la situación jurídica anterior le sirve de causa: causa extradocumental y expresa. El consentimiento que se otorga en el reconocimiento no cierra e incomunica el acto reconocente con lo reconocido. La escritura de reconocimiento hace una reserva de rango a las situaciones jurídicas anteriores. Entre el acto reconocente y lo reconocido ha quedado un portillo de escape, una puerta falsa.

ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE DOCUMENTOS PRIVADOS.—Después de estudiar la *confirmatio communis*, hace la exégesis del art. 1.224, C. c. Observa que su supuesto requiere: 1.º Se ha de tratar de una escritura pública

de reconocimiento. 2.º Ha de haber un documento precedente, que contenga el acto o contrato que se confirme. 3.º Se trata de un reconocimiento, pero no un reconocimiento de documento, ni de firma, que por ser hechos darían lugar a un reconocimiento impropio o confección extrajudicial, sino que es un "reconocimiento de un acto o contrato", o reconocimiento propio. La escritura pública tiene un contenido: el acto o contrato que lleva el documento privado, y una finalidad: la asunción íntegra y literal de ese contenido, a no ser que conste su novación, en cuyo caso estamos dentro de otra figura jurídica. 4.º El art. 1.224 del C. c. establece que nada prueba el acto confirmante si por exceso u omisión se apartaren del documento confirmado. La "confirmatio communis" sólo es eficaz "praeter dispositionem, non autem contra", porque "confirmatio nihil de novo dat, sed datum confirmat".

Los efectos de esta confirmación común o elevación a escritura pública de documentos privados se derivan de una regla de accesoriadad o de acesión: el acto—y no el documento—reconocido es lo principal, y el documento confirmante, el accesorio: "Confirmatio non est actum per se sufficiens, sed quid adhaeret actui confirmatio". Sin embargo, si bien el acto reconocido es lo principal, el documento privado desaparece por su conversión en público. En el proceso juega con el mismo régimen de copias y cotejos que todos los documentos públicos. El Tribunal Supremo confirma este criterio.

Dogmáticamente examina las construcciones jurídicas de Mayer, Mossa, Combian y Carnelutti.

PROTOCOLIZACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS.—En la protocolización de documentos privados, el Notario asegura para el futuro la identidad del documento que le entregan e incorpora al protocolo, y como el acta que levanta, haciendo constar este hecho, es documento público, le comunica *ex iure* su fecha fehaciente al documento archivado. No hay fe de conocimiento, ni juicio de capacidad, basta la capacidad mínima para comparecer ante Notario, en quien entregue el documento, que puede ser un extraño. El documento protocolizado sigue siendo tan privado como antes de entrar en la Notaría, y su régimen en la LEC. es el del documento privado no reconocido. No tiene otro valor que el que corresponde a su naturaleza (Sentencias de 3 de diciembre de 1894 y 26 de enero de 1922).

Sólo el documento privado reconocido *judicialmente* tiene valor de escritura pública, y aun así, su valor es, según el mismo art. 1.225, entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, o sea el valor señalado en la escritura pública por el párrafo 2.º del art. 1.218, pero nunca el valor asignado al documento público en el párrafo 1.º del mismo art. 1.218. Es verdad que tal documento privado toma fecha auténtica por el reconocimiento judicial, según el art. 1.227. Mas este artículo no da fehacencia sino a la fecha. Y "el hecho que motiva el otorgamiento", esto es, el contrato, queda sin presenciar por ningún funcionario público, pues es anterior en el tiempo a la intervención del Juez, quien sólo controla el hecho de la confesión judicial autenticada por el Secretario. Por eso, el documento privado es un hecho por probar siempre, pero nunca una fuente de prueba,

pues su contenido inauténtico no está amparado por ningún precepto de eficacia semejante al párrafo 1.º del art. 1.218 del C. c., que vincule al Juez. Y como quiera que la confesión judicial se refiere a hechos, es personalísima y únicamente perjudica al confesante, la ecuación entre reconocimiento legal del art. 1.225 y confesión judicial nos ha dado una Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1936, muy interesante.

La materia se relaciona con la llamada "exceptio schaedulae non lectae", excepción de documento no leído. Cabe confesar en juicio la autenticidad de la firma, pero alegar ignorancia del documento privado. Lo que no es posible, salvo querrela de falsedad, cuando un funcionario en el ejercicio de actividad propia y en cumplimiento de concretos deberes legales, dice, como en las fórmulas del otorgamiento, "a todos leo en alta voz... y enterados de su contenido, lo ratifican y firman".

LEGITIMACIONES.—Examina su enlace histórico con el "ius sigili" y sus tres posteriores derivaciones: el "dee", la selladura eclesiástica y el papel sellado. Lo que aprovecha para trazar los caracteres del notariado anglosajón y del notariado latino. En aquél, la función notarial se limita a recibir el juramento de las partes sobre el contenido del documento, después de asegurarse de su capacidad e identidad, haciéndolo constar en una pequeña diligencia a continuación de la firma de los contratantes. Frente al contenido del documento, el Notario es un extraño. Su actuación es posterior y superpuesta. Por el contrario, el notariado latino redacta los documentos públicos con arreglo a las leyes, y éstos tienen eficacia en la esfera de los hechos y en la del Derecho. Lo hecho por el Notario es válido, mientras una sentencia judicial no lo anule. Su función es endógena, no superpuesta, la actividad del Notario se desenvuelve dentro del texto documental y desde su interior se generan toda clase de efectos.

* * *

En síntesis, Núñez Lagos, cuya figura cimera no necesita apologías, pues sus obras bastan para reflejar su relevante personalidad, ha escrito otra monografía que lleva su inconfundible sello. En su fondo—completo en todos sus aspectos: histórico, dogmático-jurídico o positivo—y en su forma, a través de la cual nos ofrece un nuevo testimonio de que el Derecho no está reñido con la máxima elegancia y galanura en el decir, ni con la riqueza de imágenes y figuras.

Y la Ciencia del Derecho Notarial ha recibido una aportación generosa, espléndida y prometedora, que seguramente abrirá los ojos a muchos—profanos y no profanos—que, o bien la tenían totalmente olvidada o que sólo veían en ella un arte de practicones sin substantividad propia o sin valor científico.

Núñez Lagos ha realizado una labor seriamente científica y positivamente sólida de cimientos. Con rigurosa técnica. Y sin fuegos de mero artificio. Por eso, pudo y no ha intentado hablar de principios notariales, como por importación germánica hablan los tratadistas de Derecho Inmobiliario con discutida y dudosa corrección de principios hipotecarios. Con cuyo criterio podría notarialmente hablarse—con igual exactitud o inexacti-

tud—de principios de legalidad (arts. 145 y 147 R. N.), consentimiento, autorización constitutiva (S. 28 octubre 1944), fe pública: inter partes (artículo 1.218, párrafo 2.º) y erga omnes (art. 1.218, párrafo 1.º), publicidad en su aspecto negativo (arts. 1.219 y 1.230 del C. c.), legitimación, presunciones iuris tantum de los juicios del Notario y de las disposiciones de las partes (Ss. 25 octubre 1928 y 23 mayo 1935), ejecutoriedad (artículo 1.429, LEC.) e incluso, limitadamente, de prioridad (art. 1.924, número 3 del C. c.) y tracto sucesivo (art. 174 R. N.), y en algún caso de convalidación a favor de tercero (en el sentido de que se habla de la fe pública registral); v. gr.: en los supuestos de simulación (S. 23 mayo 1935).

Juan VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Instituto de Estudios Políticos ha comenzado a publicar recientemente una *Revista de Administración Pública*, cuyo primer número, correspondiente a enero-abril de 1950, ha visto ya la luz.

Se anuncia en la presentación de esta *Revista* que la plenitud y madurez a que ha llegado la de *Estudios Políticos* aconsejaba desglosar de sus páginas los temas referentes a la Administración del Estado, por lo que cobran autonomía en la *Revista* que ahora aparece las cuestiones de Administración pública, bajo cuya rúbrica la nueva publicación se propone abarcar también la Administración financiera y fiscal, dividiendo el contenido permanente de los números que ha de aparecer en cuatro secciones, dedicadas respectivamente a estudios, jurisprudencia, crónica e información bibliográfica y subrayando los editores la importancia que dentro de estas secciones tienen las que se dedican al estudio sistemático de la amplia jurisprudencia administrativa y la crónica administrativa en que se recogen, contrastándolas y valorándolas, las más recientes e importantes experiencias y proyectos de la vida administrativa de todos los países.

Una buena coyuntura de ánimo para hacer examen de conciencia sobre lo que nosotros y nuestros afines hemos hecho en cualquier rama jurídica es esta en que llega a nuestras manos el primer número de una publicación periódica, siempre tan lleno de empuje, de vivacidad y de alegría de existir, en contraste frecuente con las tristes realidades que impone la pervivencia ulterior de la publicación. No sería ocioso, por lo tanto, que con motivo de la aparición de ésta, ya desde un punto de vista exterior, brillantísima *Revista de Administración Pública*, intentemos reflexionar sobre lo que es y lo que significa hoy en España el intento de proporcionar a la comunidad un instrumento de revisión periódica de las normas de uno de los sectores más importantes por los que se rige. Y el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, colocado quizá en el término extremo de la concepción jurídica general a la que el propio derecho administrativo pertenece, no es el que menos necesita encararse con el nuevo fenómeno que

supone una *Revista de Administración pública*, lanzándole una ojeada directa que permita ponderar sus recíprocas distancias y conexiones. Los autores de la *Revista*, con gran espíritu científico, agradecen de antemano toda indicación y colaboración encaminada a la mejor realización de sus fines: tan generosa invitación no puede ser desatendida por quienes, en terrenos distintos, pero próximos, se plantearon hace bien poco tiempo el mismo problema que los redactores de la nueva *Revista* tienen hoy ante sí.

Podemos comenzar esta reseña con la observación, nada dificultosa ciertamente, de que el momento en que España vive con respecto a la publicación de revistas marca un signo decididamente favorable a la aparición de las que tienen una neta significación especializada. A las antiguas revistas jurídicas de carácter general, si no en su título, por lo menos en la realidad de su contenido, han venido a añadirse después de la guerra otras empresas que han ido acotando el terreno antes indiferenciado de la realidad científica del derecho: así han ido apareciendo la *Revista de Derecho Mercantil*, la *Revista de Derecho Procesal*, la *Revista de Derecho Canónico*, la *Revista de Derecho Internacional*, por no citar sino las primeras que vienen a los puntos de la pluma. La explicación de este hecho puede parecer sencilla en apariencia: la complejidad del tratamiento científico de cada una de las disciplinas del derecho impedía satisfacer su revisión periódica con su simple tratamiento en revistas de índole general. Sólo que esta explicación a fuer de meramente cuantitativa pecaría de superficial. La densidad de las revistas generales no se ha acrecido en los últimos tiempos tanto que explique el nacimiento de revistas especializadas por un proceso de simple excisión o desgajamiento. No: la verdad es que el fenómeno obedece a razones de índole más profunda, a fuer de cualitativas: es que se ha ido perdiendo progresivamente el punto de vista general con que antes se enfocaba la inmensa mayoría de los problemas del derecho para degradarse su consideración científica en una atomización de perspectivas que dan el triunfo al especialista, pero ponen en peligro la visión de conjunto del ordenamiento jurídico del país. Sólo, pues, *cum grano salis* podemos sumarnos en principio al coro alborozado que saluda la publicación de una nueva revista particular como un progreso indiscutible de la ciencia del Derecho español. Si el proceso de disgregación no se compensa por otro de formación integral de la opinión jurídica, correremos el indiscutible riesgo de saber mucho de cada uno de nuestros problemas concretos y de acabar no sabiendo nada de lo que en definitiva verdaderamente nos importa: el puesto de cada uno de estos problemas dentro de nuestra dimensión integral de hombres, juristas y ciudadanos.

Ante el hecho de la aparición de una revista nueva hay que formularse por lo tanto inmediatamente esta pregunta: ¿se hallaba verdaderamente justificada la tarea de acotar un sector de la realidad jurídica para proyectar sobre él la luz, de inevitab'e tendencia autonómica, de una publicación independiente? En el presente caso nos parece que podemos contestar sin reservas en un sentido afirmativo. La *Revista de Administra-*

ción Pública no es un paso más en aquel proceso de disgregación a que antes se hacía referencia; por el contrario, representa un auténtico darse cuenta de lo que exigen las circunstancias actuales en la materia y una preocupación por satisfacer tales necesidades dentro del marco unitario cuya subsistencia se acaba de defender.

Porque es preciso no engañarse en cuanto a los términos en que la cuestión se hallaba planteada entre nosotros. La Administración pública española no aparece como un ente ideal, creación de algunos teóricos, que sólo preocupaciones de mentes especulativas hacen objeto de una consideración pseudoreflexiva. En la vida de hecho la Administración pública se mueve en un plano de existencia de linderos extraordinariamente amplios, incluso para aquellos que tienen que recorrerlos, abrumadores en fuerza de su misma inextricabilidad. El hecho ha precedido aquí a toda teoría; la vida a toda disquisición racionalista. La Administración viene operando en la realidad como una fuerza incontrastable, sólo que, ignorada por todos, ignorada incluso por sí misma, más se parece a una fuerza ciega de la Naturaleza, de empuje tan eventualmente benéfico como devastador, que a una obra humana, creación del hombre en su dimensión de ser racional, que tenga por tanto un significado comprensible para los que con ella se ponen en relación. Habrá, pues, tareas tan necesarias en la vida española como las dirigidas a comprender la Administración pública, que de modo cada vez más intenso gravita sobre aquélla, pero difícilmente se podría encontrar otra que, en el ámbito que le es propio, la superara en importancia y en dignidad de propósito.

Frente a la *Revista de Administración Pública* no hay que decir, pues: "una más", pensando en las otras revistas especializadas, sino que hay que decir: "una menos", pensando en la lista de deficiencias de la comunidad española, que progresivamente cabe ir subsanando. El que periódicamente un grupo de estudiosos esforzados se disponga a preocuparse y a darnos a conocer sus preocupaciones sobre la marcha de la Administración del Estado y entidades afines, haciéndolo no con un mero propósito expositivo o descriptivo, sino con la noble finalidad científica de encadenar su pensamiento al más alto desarrollo del devenir reflexivo en que el hombre se encuentra hoy, no merece más que gratitud y sincero elogio. La tarea que echan sobre sus hombros es de tal modo dificultosa que acrecen los naturales obstáculos que se oponen a la continuación de la vida de una publicación periódica en la serie de números que siguen al siempre fogoso primer ejemplar. Pero nos parece que en este caso hay garantías de pervivencia y que la lista de colaboradores, si es lícito aportar en este punto la ciencia privada del que formula esta crítica, asegura no ya una simple subsistencia lánguida, sino una sana y robusta longevidad que coloque a esta publicación en la lista de los títulos de solera tradicional en el mundo jurídico español.

La *Revista* es ambiciosa: ésto no hay que negarlo. Se nota fundamentalmente, no sólo en la lectura de su contenido, sino sobre todo en ese aparentemente modesto epígrafe que sigue a su nombre, en la nota de presentación, donde se alude nada más y nada menos que a la Política,

la Ciencia y el Derecho de la Administración. ¿Se podrá hacer todo ello en la misma medida satisfactoria? Es lícito aventurar en este punto un reparo, de profesional si se quiere, pero no por ello menos sincero: hubiéramos preferido ver entronizado en la misma descripción de la materia de la revista al Derecho de la Administración como el eje sistemático de su delimitación objetiva y contemplar la faceta de Ciencia y de Política como meros factores indirectos del conocimiento exhaustivo del ámbito jurídico administrativo. Es cierto que la *Revista*, bajo los auspicios del Instituto de Estudios Políticos, no hubiera podido razonablemente defender un acantonamiento obstinado en la esfera del Derecho, pero no lo es menos que todo aquel *desideratum* de que antes se hablaba en relación con la significación de la *Revista*, se predica, en primer término, de la preocupación jurídica de su contenido. Cuida cada uno de su heredad; por nuestra parte, buscamos en esta *Revista*, sobre todos, los temas que como juristas nos preocupan, dentro de la vida de la Administración. Bien entendido que el contenido real de la *Revista* es jurídico cien por cien; también aquí el sabio *men, not measures*, que tan bien ha aplicado en esta ocasión la dirección del Instituto de Estudios Políticos, nos precave contra el riesgo, mil veces temible, de un desarrollo hipertrófico de la Política o de la Ciencia administrativa sin un crecimiento compensatorio de las estructuras de derecho en que éstas han de moverse, de su entendimiento real y, sobre todo, de su efectiva asimilación por los cuerpos sociales a los que van destinados.

Pues, ciertamente, desde un sector tradicionalmente jurídico, como por ejemplo, el civil, entendido en el amplio sentido en que este ANUARIO lo viene postulando desde que fué engendrado, lo que observamos, en la imposibilidad de dialogar con nuestros vecinos (y no enemigos, como tantos quieren), los juspublicistas, no es, a pesar de lo que tantas veces se ha afirmado, el que vivamos sumergidos en preocupaciones distintas y concepciones del derecho contradictorias. Es simplemente que en nuestra vecindad se encubren bajo el nombre de derecho cosas que nosotros hace largos años hemos dejado atrás, sabiendo que enmascaran bajo falsas vestiduras jurídicas preocupaciones, nob'es o viles, pero de ninguna manera dotadas de aquel *quid divinum* que el derecho imprime a lo suyo; en este sentido, los civilistas (siempre *lato sensu*) tan acusados de anticuados y de retardatarios, hemos llevado siglos de adelanto frente a los presuntos corifeos de la modernidad. Tan pronto como una pretendida nueva rama del derecho abandona sus primeros balbuceos confusos, en que mezcla vagamente sociología, política, ciencia o técnica general y se pone a depurar su instrumental auténtico, inmediatamente surge la conexión con el núcleo venerable del derecho civil y la posibilidad de un entendimiento sistemático, no necesariamente uniforme, pero siempre armónico y exento de antonomias. Por ello, tan pronto como el centro de gravedad de una rama cualquiera del derecho se convierte verdaderamente en jurídica, pues no todas las etiquetas que llevan este nombre verdaderamente la merecen, tan pronto aparece no ya la posibilidad, sino la necesidad de aquel diálogo antes radicalmente obstaculizado. El Derecho

civil es, pues, el primer interesado en que la Administración pública adquiriera progresivamente conciencia jurídica de sí mismo y de este modo deje de ser como aparentemente se manifiesta en ocasiones: la invasora del terreno reservado de siempre a la primera de estas ciencias. Magnífico papel el que en este sentido se halla reservado a la *Revista de Administración Pública*, si no olvida que el eje de sus consideraciones se encuentra en este despertar del sentido jurídico de la Administración, sin olvidar, naturalmente, las exigencias de Política y Ciencia administrativa de que la vida moderna no podría hoy prescindir. De esta manera, quizá la *Revista de Administración Pública* venga a ser en el futuro una especie de paralelo treinta y ocho, a un lado y al otro del cual se agrupen lo que fueron antes y lo que serán después las relaciones de dos mundos internamente tan unidos.

Después de lo que va dicho hasta aquí, analizar el contenido del número primero de la *Revista* sería empequeñecer la significación de esta nota, aunque no debe olvidarse que si un primer número es siempre un alarde formal y material, de presentación y de contenido, este primer número de la *Revista de Administración Pública* constituye un esfuerzo sin par en las empresas análogas. Tres años así y el panorama del Derecho Administrativo español habrá cambiado por completo, naturalmente para mejorar, sin olvidar los esfuerzos llevados a cabo hasta ahora en este terreno por nombres de todos conocidos. Destaquemos, sin embargo, el que ya en este primer número, donde la preocupación jurídica es actuada al máximo, forman un riquísimo contraste los estudios monográficos sobre temas administrativos, los comentarios y notas de jurisprudencia, la crónica y la bibliografía. Nos congratula personalmente que, bajo la dirección de Francisco Javier Conde, en el Consejo de Redacción de la *Revista* esté tan significativamente representado el Consejo de Estado, desde su Presidente, Luis Jordana de Pozas, hasta sus más jóvenes letrados, entre los cuales no se puede por menos de enviar la felicitación y el aliento más efusivo a Eduardo García de Enterría, Secretario de la *Revista*, alma juvenil de la misma y en quien pensamos muy especialmente al enviar por medio de estas líneas a la *Revista* nuestro abrazo de hermanos, próximos a encontrarse después de una larga e independiente peregrinación.

Jaime GUASP DELGADO
Catedrático de la Universidad de Madrid.

PRAT DE LA RICA, Enrique: "El Capítulo Privado". Casa Editorial Bosch. Barcelona. Sin fecha.

En 190 páginas, 17 capítulos y una breve introducción estudia este libro lo que su autor denomina la verdad sobre el capital privado, los elementos para un plan de superación y las bases para un pronóstico sobre su porvenir, según reza el subtítulo de la obra.

La idea del autor es muy ambiciosa, ya que después de dar su definición del capital privado, unidad integrante del conjunto nacional o mundial de unidades organizadoras, considerada como energía o poder hu-

mano, integrada de actividad humana y de bienes, originaria de la naturaleza profunda del mismo universo y basada en la institución jurídica de la propiedad privada; organización encaminada principalmente a la economicidad, o sea, a obtener la máxima eficiencia, productividad y utilidad al mínimo costo, afirma en el siguiente capítulo, dedicado a la enumeración de los obstáculos que tuvo que vencer el conocimiento humano para llegar a la comprensión de la institución del capital privado, que en el orden social y de la vida económica este descubrimiento será probablemente el más grande del siglo, estableciendo un paralelo entre el mismo y el de la desintegración atómica, pues, dice el autor, si la materia es energía en movimiento, en lugar de la sustancia inerte que se creía antes, también es posible que la institución principal de la economía y que merece el título de capital, no sean simples bienes materiales, sino una combinación de bienes materiales con la función espiritual del hombre.

Este concepto del capital privado ha podido obtenerse, según se afirma en el libro, aprovechando la Economía las enseñanzas de la Física y sirviéndose del método macrocósmico o estadístico, que permite ver los fenómenos económicos en toda su magnitud.

Son notas o características del capital privado, así definido, ser una institución biológica y espiritual, no solamente económica, caracterizada como organización espontánea—no coactiva como el régimen socialista—, compuesta de unidades de actuación jurídicamente independientes, pero que consideradas dentro de la dinámica económica nacional e internacional no tienen existencia propia e independiente del organismo del capital privado de que forma parte; no estar inspirada en la conveniencia particular de unos pocos, por ser una organización y función social de interés colectivo sometida a un colectivismo progresivo (por oposición al colectivismo de la posesión de los bienes de producción que prevalece en el régimen soviético), perfectamente compatible con el individualismo, al que deja un margen de iniciativa y libertad de acción; estar servida por "funcionarios libres" (denominación que debe sustituir a las de capitalistas, propietarios o ricos, empleadas por el vulgo), cuyos ingresos no dependen en nada del capricho de los capitales privados y tienen la naturaleza de comisión o propina en relación con la magnitud del servicio creado o producción organizada, siendo las personas económicamente necesitadas las más interesadas en que dicha retribución del capital privado sea suficiente. Si alguna vez parece que procura lo opuesto, realizando ingresos fabulosos mientras otros capitales y algunos trabajadores no logran lo indispensable, ello no debe atribuirse al capital privado, sino a las guerras y a la economía de guerra, a las situaciones internacionales y a las intervenciones administrativas socialistas o monopolistas que crean. Culpar por esas situaciones al capital privado y considerar que su organización no puede ser "médula y ambiente propicio para la civilización cristiana" sería una confusión lamentable e imputar al capital privado actos realizados como títere directo o indirecto de la Administración pública.

En tiempos normales y de libre competencia, el afán de lucro de algunos capitales privados sólo puede vivir con la ignorancia de los consumidores y en unas pocas actividades, como, por ejemplo, las productoras de bienes que la sociedad está interesada en retribuir bien para fomentar el progreso industrial. Lo normal es que los capitales privados, presionados por la organización, se encuentran obligados a armonizar la ambición del bien propio con la necesidad de procurar el bien ajeno.

Dice también el autor que en el capital privado no se trata nunca de cosas concretas, tangibles y materiales; dada su naturaleza mixta o "centáurica", por ser una "combinación del espíritu de los bienes", motejando de concepción materialista, hija del siglo pasado, a la que confunde el capital con el utillaje o bienes industriales dedicados a producciones ulteriores. Y añade que por ser institución biológica, espiritual y económica, no es nunca una institución jurídica ni puede confundirse tampoco con la simple institución de la propiedad privada, aunque ésta le sirva de base, por ser lo jurídico en el capital privado solamente un accesorio que une los elementos integrantes, con lo que la actividad adquiere mayor eficiencia y productividad.

A este respecto, afirma el autor que la consideración del capital privado como institución puramente legal es un concepto arbitrario y constituye ejemplo de cómo la influencia de los juristas es a veces inconveniente para la comprensión de la realidad, principio éste que aplica el autor consecuentemente al sostener que los problemas económicos no deben ser resueltos con criterio jurídico, sino esencialmente económico, y después de haberlos planteado estadísticamente en la forma más documentada posible, y también al decir que no se puede comprender lo que es el salario en realidad, sino cuando se ha olvidado el contrato entre patrono y productor sobre el mismo, que sólo expresa la periferia del fenómeno y no las causas profundas y remotas determinantes de aquel contrato, que el autor descubre eliminando parte del espíritu privado, que no interesa en los juicios de dinámica económica, y aplicando su método estadístico, lo que le conduce al resultado de que si bien puede aparecer el salario como una venta de la actividad propia, en realidad es "concesión de una participación económica sobre la riqueza para facilitar la conservación de la vida y el bienestar".

Todas estas consideraciones, particularmente las últimamente resumidas, demuestran hasta qué punto es cierta la afirmación de que en un sistema capitalista puro la propiedad privada se deshumaniza, y también hasta qué extremos llega la tendencia a la despersonalización de las relaciones entre los distintos elementos que contribuyen con su esfuerzo a la producción.

Buena prueba de lo primero es que apurando la teoría de que la simple propiedad privada o posesión de bienes no debe confundirse con el capital privado, se afirma en el libro que el hecho de que los bienes estén a veces en poder de personas incapaces (mujeres no preparadas, ancianos, menores de edad, incapacitados) viene a perjudicar la visión de la verdadera esencia del capital privado, consistente en ser una función social, y se

añade que *la propiedad privada de los bienes* (en cuanto no deba estimarse base de un capital privado = función social) *obedece a consideraciones de orden familiar que la civilización occidental mantiene en primer plano*; pudiendo deducirse que, a juicio del autor, esta organización de la propiedad privada es una de esas debilidades que, según él, padece el mundo occidental por culpa del fondo cristiano de su civilización. (Cf. nota de las págs. 102 a 104.)

La trasposición de las relaciones personales entre los distintos elementos que se integran en las empresas o unidades de capital privado, se evidencia en ese concepto del salario que el autor fija pretendiendo suprimir toda relación contractual entre patrono y obrero... aunque sin caer en la cuenta de que sólo consigue, en realidad, sustituir el salariado o contrato de trabajo por una modalidad amorfa (por falta de especificaciones) de participación en los resultados de la actividad productora (se elude la denominación de beneficios), cuyas características parecen ser las de no guardar proporción con el esfuerzo individual del trabajo y facilitar la conservación de la vida y el bienestar.

Pero lo extraño, y aun contradictorio, es que sosteniendo el autor una tesis tan puramente técnicoeconómica sobre el capital como la que construye en su libro, se empeñe en demostrar, sin embargo, la constancia del régimen del capital privado que él define con el cristianismo, llegando incluso a establecer inadmisibles paralelos entre el capital privado y la religión y a sostener que hundir el capital privado sería hacer tambalear la civilización cristiana y occidental, olvidando incluso hasta su propia afirmación de que el cristianismo, por la gran dosis de amor y benevolencia que comporta, está caracterizado por su capacidad de convivencia con tendencias muy diferentes, y no cuidando de sacar las consecuencias lógicas que a este respecto era obligado deducir de su distinción entre el capital privado y la institución de la propiedad. Creemos mucho mejor dejar anotada la contradicción, que tratar de explicar la tesis del autor acudiendo a ciertos pasajes de la obra en los que parece como si se redujera la religión cristiana, al igual que "lo jurídico", a un simple "accesorio" o factor cultural preparatorio o ambiental para la "superación del hombre" por medio de ese descubrimiento del capital privado, gracias al cual progresa la "esencia del hombre", "se crea" éste a sí mismo, se configura el "total ser humano" y se gesta una "vida superior".

Estas últimas afirmaciones, hechas expresamente por el autor, justifican el que digamos que su idea es ambiciosa. Pero es forzoso reconocer que no se corresponde la grandeza del descubrimiento de la estructura planetaria del átomo con esa "fusión" del espíritu del hombre con los bienes materiales para formar un todo indivisible como un algo biológico al que se atribuye hasta "la conciencia del yo", pues no constituye una réplica adecuada al desencadenamiento (vaga la expresión) de la materia este abyecto encadenamiento del hombre a los bienes materiales tan radicalmente contrario a la esencia del cristianismo.

Podemos, pues, dudar de la importancia de este descubrimiento del

capital privado y aún estimar que, como siempre ocurre, no ha sido tan súbita su aparición. De la misma manera que sin salir de España podemos encontrar en Balmes, mucho antes que su comprobación experimental por la ciencia física, la afirmación categórica de que "el mundo corpóreo, lejos de ofrecernos una masa inerte, nos presenta más bien la apariencia de una actividad que despliega fuerzas colosales" (*Filosofía Fundamental*, Libro X, capítulo XVI) y otras muchas que desmienten la lisa afirmación que se hace en este libro de Prat de la Rica, según el cual "la materia—desde Rutherford, en 1911—es energía en movimiento, en lugar de la sustancia inerte que se creía ante.", también encontramos en Garrigues, por ejemplo, sin ir más lejos tampoco, la concepción de la empresa como un ente u organización al que se incorpora un factor espiritual o inmaterial constitutivo de su esencia, en vez de buscar ésta en las cosas o derechos (*Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1936, tomo I, pág. 435 y siguientes).

Sostiene Prat de la Rica que en el mundo actual no existe una organización de dominio capitalista, contra la creencia corriente, de linaje socialista, según el autor, por haber pasado a la Administración pública (incluso en Estados Unidos, aunque en menor escala) el poder de iniciativa, principal función del capital privado. Y de aquí arranca, muy principalmente, para realizar su defensa del capital privado.

Es nervio de sus razonamientos, a todo lo largo de la obra, que los ataques contra el capital privado se dirigen contra algo que no merece tal denominación, por la apuntada preponderancia de la Administración pública en todos los países occidentales a través de los diversos sistemas intervencionistas. Pero el fallo de esta tesis (dejando a un lado la afirmación que él mismo hace de que "el capital privado continúa siendo el armazón y la médula de la actividad organizadora de la vida económica y la actividad superdirectiva y controladora"), está en que se olvida el autor de que no es precisamente al sistema "capitalista" actual al que combate y pretende derrotar el socialismo, sino, doctrinalmente, a sus realizaciones más perfectas (anteriores a la crisis de aquel sistema que el autor reconoce y quiere explicar y conjurar), y prácticamente, o políticamente, a sus actuales reductos o núcleos de resistencia.

Todo lo que no sea, pues, superar esos sistemas actuales que el autor combate, ofreciendo otro, distinto de los mismos, cuanto del que dió lugar a ellos como reacción no pasa de simple crítica cerrada o negativa.

La que el autor hace del sistema socialista de Rusia soviética, de los demás socialismos existentes y de los diversos regímenes intervencionistas, se basa, simplemente, como decíamos, en cargarles en el debe todas las deficiencias de la actual economía. Pero, simultáneamente, presenta como solución el conocido sistema capitalista, ya que sostiene que una vez descargado su pasivo de esas deficiencias actuales, por ser imputables al socialismo, semisocialismo o regímenes de intervención estatal, dicho sistema *recuperará* el terreno perdido, contribuyendo a ello indirectamente el mismo imperialismo soviético y el descrédito de su régimen económico socialista.

La fe del autor en las excelencias del régimen capitalista o de capital privado se manifiesta firmísima. Lo demuestra la reiteración con que aparecen en su libro todas las instituciones e ideas centrales de aquél: la libertad económica más absoluta como eje del sistema; la armonía espontánea; el funcionamiento perfecto y automático de la organización; la ley del mercado; el imperio de los consumidores; la mayor eficiencia, productividad y rendimiento de la economía nacional; el fin último del progreso económico... No falta ni siquiera la ponderación, bien recusable por cierto, del comercio exterior y la política de cambios manejados en perjuicio de otros pueblos más débiles—imperialismo económico—como factor importante o válvula de seguridad de la organización.

¿Debemos, pues, concluir que se hace preciso colocar este libro en el mismo anaquel donde se encuentre *Camino de servidumbre*, de F. A. Hayek? A mi juicio, no. Hayek resumía consecuentemente los alegatos de su obra, diciendo que lo procedente para las generaciones empeñadas en hacer un mundo mejor no es planear un Nuevo Orden, sino realizar los ideales del siglo XIX.

Hay coincidencias, en cuanto a considerar culpables de las actuales circunstancias económicas exclusivamente a los Gobiernos intervencionistas, por no haber sabido realizar los ideales del liberalismo, y, correlativamente, en la absolución expresa que tanto Hayek como Prat de la Rica imparten al capitalismo liberal. Pero las diferencias que aquí interesa destacar están en que Hayek propugna abiertamente las excelencias del liberalismo económico, cifradas en el juego inconsciente de la libre competencia, en tanto que Prat de la Rica, sin atreverse a lo mismo, idea una explicación "sui generis" del capital privado en la que, sin necesidad de renunciar éste a ninguna de sus características (moteja de infantil prurito de novedades toda creencia de que la organización del capital privado como institución salvadora sea una institución ya caducada), aparezca aquél, sin embargo, una vez disipadas las torpezas de los Gobiernos, en su verdadera esencia, hasta ahora no bien advertida (de ahí el descubrimiento), *de ser una función social* y no de interés particular de unos pocos, cuyos resultados dependen del "colectivismo progresivo" que engendra la división del trabajo consustancial con la organización capitalista, o del colectivismo existente entre los "capitales privados de cooperación"; de pronunciado carácter democrático, sujeta a un autocontrol escrupuloso y al imperio de los consumidores; servida por funcionarios libres y no manejada por propietarios o capitalistas... y caracterizada por otras muchas notas en cuya exposición precisamente radica el interés especial de esta obra, en la que se emplean con bastante frecuencia expresiones no suficientemente meditadas, al tratar, por ejemplo, del hombre, de su espíritu o de otros conceptos con los que, por ser ajenos a la ciencia económica, no se encuentra, sin duda, familiarizado el autor.

* * *

Exposiciones como las de Hayek y Prat de la Rica constituyen la más paradigmática demostración de la imposibilidad de reducirlo todo a lo

económico, y por lo mismo también una buena prueba del parentesco legítimo entre capitalismo y socialismo, en cuanto que una y otra doctrina, esencialmente materialistas, pretenden que el mundo se gobierna y debe gobernarse por "leyes económicas"; siendo accesorio, frente a la sustancial coincidencia del método y fines, el hecho de que las leyes aceptadas por unos u otros sean tan encontradas como las de la acumulación de riquezas en provecho exclusivo de los afortunados capitalistas, y las de la lucha de clases con la victoria final del ejército de los proletarios desheredados sobre los expropiadores de plus valías... usando de las expresiones consagradas.

Podrá decirse que ese capitalismo no es el ideal del siglo XIX de que nos habla Hayek, ni la organización de capital privado que describe Prat de la Riba. El primero, particularmente, citaría su rotunda afirmación de que "el impulso del movimiento hacia el totalitarismo proviene principalmente de los dos grandes grupos de intereses: el capital organizado y el trabajo organizado". Pero quedaría en pie, citándonos ya al libro de Prat de la Riba, la finalidad estricta, declarada y exclusivamente económica (producción, bienestar, refinamientos...); la elevación de los móviles egoístas a la categoría de estimulantes de la eficiencia y productividad de la organización y mejor aprovechamiento de los medios de producción poseídos; la superestimación verdaderamente exagerada de la técnica y del progreso económico, y muy especialmente la subestimación y aun el olvido de la justicia como factor axial de toda ordenación humana.

Estamos conformes con Hayek cuando reconoce como finalidades del ordenamiento social la salvaguardia de la paz y de la libertad. Pero es una equivocación de los economistas creer que se conseguirán merced exclusivamente a los progresos técnicos y al logro de elevados niveles de vida y cultura, lo mismo que reducir a "envidia y primitivismo" el furor revolucionario o el descontento de la gran mayoría de los trabajadores manuales. Su menosprecio por la nobilísima función de los juristas, evidenciado en varios lugares de la obra que comentamos, les hace olvidar que la paz es obra de la justicia y no el resultado de los progresos técnicos ni aun de las mejoras económicas.

Jaime MONTERO Y GARCIA DE VALDIVIA
Abogado del Estado.

RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo: "Notas sobre organización judicial".
Madrid, 1950; 45 páginas.

Dos partes bien distintas por la dificultad que su redacción entraña y por el alcance teórico y práctico que puede encontrárselle tiene este trabajo, aunque no coincidan con la división que, a efectos de método, establece su autor.

La primera tiene un carácter doctrinal, y en ella, bien que sucintamente por la relativamente corta extensión del trabajo, se tratan problemas de extraordinaria importancia que exceden incluso del interés que puedan des-

partar en la Organización judicial para entrar en el campo de las materias fundamentales al ordenamiento jurídico. Tales son el estudio de la naturaleza e importancia de la Judicatura, El estudio de la aplicación de las normas, que constituye para el Juez, a juicio del autor, una verdadera actividad creadora en cuanto supone el interpretar, dar sentido, desarrollar y completar la ley. "La ley es materia que el Juez ha de modelar en el caso concreto con mano en la que ha de haber algo de artista y de santo." Y, sobre todo, el estudio del valor de la Jurisprudencia en Derecho español, en donde plantea este problema que enfrenta opiniones de nuestros mejores juristas contemporáneos. El autor llama "importantísima fuente del Derecho" a la Jurisprudencia, sin embargo—dice—, no puede nunca el Poder judicial atribuirse funciones legislativas y va delineando con textos extraídos de sentencias del Tribunal Supremo el alcance efectivo que en España tiene.

Dentro mismo de esta parte conceptual, pero con trascendencia únicamente para la organización judicial, expone los distintos tipos de Judicatura, primero en general y luego, especialmente, la inglesa, con su "independencia y autoridad frente y por encima del Poder ejecutivo"; la norteamericana, hija del sistema inglés, pero con una fuerte descentralización orgánica derivada de su forma política de Estado federal; la francesa, prototipo continental europeo difundido también en casi todos los países de Hispanoamérica y del Imperio colonial francés, en el que el Juez es "un funcionario burocrático de situación social poco brillante, dependiente en su carrera de la Administración, sin posibilidades ni iniciativas"; la soviética, que no responde ya a la clásica teoría de la división de Poderes, pues en ella el Juez es un fiel intérprete de la teoría comunista. Finalmente, la española, con sus precedentes, la influencia del sistema francés y los avatares de la moderna Judicatura española, cuyo siglo de existencia coincide con la época de mayor incertidumbre en la vida política española. Ya en nuestros días, la miroración de atribuciones mediante la excesiva implantación de nuevas y especiales jurisdicciones y la atribución a algunas de éstas ya existentes de materias de su competencia, propugnando la unidad de la Judicatura como institución.

La segunda parte tiene un alcance más reducido de sistematización de las disposiciones orgánicas del Poder judicial con sus últimas reformas. Se citan las leyes fundamentales y a continuación se exponen en ordenación jerárquica: Tribunal Supremo, Audiencias territoriales, Audiencias provinciales y Juzgados de Primera Instancia, sus atribuciones, constitución, demarcación y provisión de vacantes; comentando las reformas hechas y las que en los últimos años están postuladas por la doctrina procesal.

José María DESANTES GUANTER
Profesor A. de la Universidad de Madrid.

RUBINO: "Il pegno", vol. XIV, tomo I, del "Trattato di Diritto Civile", de Vassalli. Turín, 1949.

Este volumen y tomo de la colección de Vassalli es, sin duda, uno de los más valiosos de la misma. En él figura un trabajo de Rubino sobre la responsabilidad patrimonial y otro de Gaetano, segunda edición revisada de su estudio sobre los privilegios. De ambos dimos cuenta ya en el "Anuario". Finalmente contiene una monografía sobre la prenda, debido también al Profesor Rubino, de la que ahora nos vamos a ocupar.

Es un trabajo de la mayor trascendencia, no sólo en lo que se refiere al tema de la prenda, sino también, y en general, para precisar la naturaleza de los derechos reales limitados.

Después de enunciar los diferentes significados que se atribuyen a la palabra "prenda", la define como el derecho que el deudor o un tercero conceden sobre una cosa propia, con el fin de que ésta quede particularmente afectada a la futura satisfacción del acreedor, de modo que pueda en caso de incumplimiento, satisfacerse sobre ella con preferencia a los otros acreedores, incluso cuando la propiedad de la cosa hubiese pasado a manos de un tercero.

Esta definición descriptiva y minuciosa no recoge todos los supuestos de hecho que la prenda exige para atribuir al derecho la eficacia que en ella se menciona. Para nada se habla de la posesión de la cosa por el acreedor, si bien posteriormente Rubino ha de referirse con amplitud a ella. Y en ese momento generaliza tanto la exigencia de ese requisito, que no deja fuera de ella ningún supuesto, relegando para fuera de su estudio la prenda sin desplazamiento que la doctrina vino tradicionalmente encuadrando dentro del ámbito de la prenda y que el autor califica con acierto de hipoteca mobiliaria. Con acierto decimos, pues, que la diferencia esencial entre prenda e hipoteca no debe hacerse consistir en el hecho de que la garantía recaiga sobre cosas muebles o inmuebles, sino en el del desplazamiento o no desplazamiento de la cosa.

En cuanto a su naturaleza, rechazando las teorías que la configuran como un derecho a la realización del valor y como un instituto de Derecho procesal, admite Rubino su naturaleza de derecho real limitado de garantía. Pero considera que esta característica no la define de modo completo, pues a su juicio la prenda supone una relación compleja que comprende diversas relaciones singulares, en un extremo de la cual se encuentra siempre el acreedor pignoraticio y en el otro una serie de posibles sujetos (deudor, concedente, actual propietario).

Como caracteres fundamentales de la prenda señala el autor su accesoriedad y su individualidad.

El referir la prenda a un crédito es un presupuesto del acto que la hace surgir. La prenda, dada su función de garantía, es un accesorio del crédito garantizado. Pero esto no impide que presente frente a él una autonomía estructural, ya que aquél constituye un derecho de crédito y ésta un "ius in re", y también una independencia funcional que deriva del fin de garantía.

La indivisibilidad de la prenda hace que subsista íntegra cuando el crédito se extingue en parte o se fracciona, respondiendo el todo por el crédito restante, o por todas y cada una de las cuotas, aunque la cosa pignorada se conserve en manos de un único acreedor. Y si la cosa dada en prenda se divide material o jurídicamente cada una de sus partes, queda vinculada a garantizar el crédito por entero.

Respecto al objeto, advierte Rubino que sólo pueden constituirlo cosas muebles que sean enajenables y expropiables. Y después de estudiar el problema de la extensión de la prenda a los accesorios y la sustitución del objeto, se ocupa de los diferentes tipos de prenda que en relación al objeto cabe establecer (prenda de cosa en copropiedad, de cosa futura, de cosa de otro, de cosa pignorada, de universalidades, de crédito, de títulos, de derechos reales, de derechos intelectuales y prenda irregular).

En cuanto a sus constitución, examina el autor con especial detenimiento el problema de la consignación de la cosa. Fuera de las hipótesis de consignación a un tercero elegido de común acuerdo por las partes, no basta que el deudor se despoje de la posesión—aunque sea con el ánimo de constituir la prenda, para que ésta nazca (por ejemplo, depositándola en manos de un tercero, sin el consentimiento del acreedor); es necesario que se ponga en posesión de la cosa al acreedor. Por ello, descriptivamente puede distinguirse el hecho jurídico en virtud del cual el acreedor tiene derecho a la prenda (negocio creador del derecho a exigirla), del acto constitutivo que exige el poner en posesión de la cosa al acreedor (nacimiento del derecho real).

Distingue Rubino dos funciones en la posesión de la prenda: una, negativa, de poner al acreedor en condiciones de conservar la cosa para su finalidad de garantía, y otra, positiva, de publicidad, que sirve también para facilitar la expropiación.

Grande interés presenta también, dentro del capítulo de la constitución, el problema de la onerosidad o gratuidad de la prenda.

Advierte Rubino que la causa de la prenda es la garantía. Esta causa, que presenta un esquema fundamental común a todos los negocios de garantía, da lugar a varios tipos en virtud de algunos aspectos relativos a los medios por los cuales se actúa la función de garantía. Respecto a la causa típica de la prenda no se puede dar una solución única en referencia a su carácter oneroso o gratuito. Si al constituirse se obtiene por ese hecho una ventaja, el contrato será oneroso; en caso contrario, si del contrato derivan sólo ventajas para el acreedor pignoraticio, con sacrificio del constituyente, el negocio será gratuito; pero en esta hipótesis, si falta el "animus donandi" no se le podrá aplicar la disciplina de los actos a título gratuito. Para apreciar la gratuidad u onerosidad en el caso concreto, Rubino distingue entre deudor y tercer constituyente, dado que cuando el negocio constitutivo aparezca realizado gratuitamente puede en un supuesto faltar el "animus donandi", y en el otro no.

Con relación a sus efectos, distingue dos fases en la prenda: la anterior y la de ejecución forzosa.

Dentro de la primera destaca el estudio del derecho de retención. Ese

derecho no debe confundirse con el de posesión, aunque estructuralmente las diferencias entre uno y otro sean pequeñas, pues ambos conceden poder para negar la entrega de la cosa antes de extinguirse por completo el crédito. La principal diferencia radica en la función que ambos desempeñan: la posesión del acreedor pignoraticio tiende a mantener vivo un derecho de garantía; en cambio, la retención cumple directamente y por sí la finalidad de reforzar la tutela del crédito, actuando, no como garantía, sino como medida coercitiva que induzca al deudor a pagar.

En un último capítulo estudia Rubino la extinción de la prenda, distinguiendo la extinción del derecho real de la de la relación compleja de prenda. Normalmente, el primero se extingue dejando que la relación permanezca, aunque sea por breve tiempo, dando vida a ulteriores desenvolvimientos bajo forma de nuevos derechos u obligaciones que vienen a encuadrarse en el ámbito de aquélla; así, por ejemplo, el derecho a la concesión de una nueva prenda, la obligación de resarcimiento, etc.

El caso típico de extinción es el de la extinción del crédito. Junto a esta causa típica estudia Rubino la de la pérdida de la posesión, pérdida de la cosa, renuncia, confusión y prescripción. Acaba el trabajo ocupándose de la restitución de la cosa al extinguirse la prenda.

La obra es de la mayor utilidad. Su sistemática tiene el mismo rigor de todos los trabajos de Rubino. Y como en todos ellos, nótase también en éste un modo de expresión sintético que oscurece y dificulta la lectura; tal vez ello obligue a leerlo con más detenimiento, con el consiguiente mayor provecho.

A diferencia de otros de sus libros, nótase en éste una salida del estricto campo conceptual en que Rubino acostumbra a moverse, descendiendo al plano de los intereses, lo que le da una más amplia trascendencia, pues que no se limita a construir dogmáticamente la figura, sino que a cada paso resuelve cuestiones prácticas y casos, que son, en último análisis, los que en la vida real han de presentarse.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio: "Instituzioni di Diritto Privato".
I, 653 págs.; II, 641 págs. Casa editrice Giuseppe Principato. Milano, 1950.

Ni la publicación de una nueva edición de las Instituciones de Ruggiero ni la aparición de la octava edición, hecha bajo el cuidado de Maroi, son una novedad bibliográfica; sí es un hecho digno de destacarse el que al valor extraordinario de esta obra le haya acompañado tan merecida y dócilmente el éxito editorial. Los juristas españoles conocen de antiguo el nombre de Ruggiero, y los muchos que han leído la traducción española de sus Instituciones saben bien que es una maravilla de claridad, orden y precisión. No tan conocida es, entre nosotros, la labor de Maroi; jurista que domina un vasto campo de conocimientos, profundo investigador del Derecho romano, agudo civilista y activo propulsor de los estudios de

Derecho agrario (1), con admirable modestia y lealtad a su maestro Ruggiero, ha cuidado desde la muerte de éste de la publicación de las Instituciones, y al cambiar la legislación ha hecho una verdadera obra nueva. Se conserva el sistema y, en lo posible, su antiguo espíritu, pero ya no son unas Instituciones sobre el Código civil de 1865 y el Código de comercio de 1882, son ahora las Instituciones sobre el Código civil de 1942. En esta ingente reelaboración, Maroi ha sido fiel a su difícil propósito; sabe no decir y sabe decir lo esencial.

Esta obra, con bibliografía puesta cuidadosamente al día y muy seleccionada, será guía preciosa para quien desee tener una visión concisa y completa del actual Derecho privado italiano y la utilizará siempre con provecho todo jurista.

R.

TRULLENQUE SANJUAN, José: "Los Derechos reales "in faciendo".
Valencia, 1950.

En el Derecho privado se ha dado por la literatura jurídica una preponderancia extraordinaria a todos los temas referentes a los Derechos de obligación con posposición evidente de los Derechos reales. No obstante, la teoría del Derecho real está necesitando una revisión de conceptos que por inercia se van considerando indiscutibles en la teoría jurídica y a los que es preciso orear de nuevo trayéndolos al plano de lo actual. Ciertamente, algunos puntos han sido ya discutidos y los autores se han agrupado en alguna de las vertientes de las que forman divisoria. Pero no se llegó a más.

Uno de estos temas olvidados que había que remozar es el de los Derechos reales "in faciendo", que Trullenque Sanjuán trae de nuevo a discusión para defender su existencia. El autor nos indica los dos móviles fundamentales que le llevan a la redacción de su trabajo: el interés que esta figura jurídica despierta y el estado de abandono en que se halla su estudio.

Para desarrollarlo traza su plan, que va siguiendo a través de la obra. Comienza por agrupar bajo la rúbrica de "Naturaleza jurídica" las cuestiones relativas a la posibilidad de la existencia de los Derechos reales "in faciendo" en la teoría pura del Derecho; su concepto y caracteres; la crítica del término obligación "ob rem" o "proter rem" e impugnación de la tesis que afirma que la hipoteca es una manifestación del Derecho real "in faciendo".

En una segunda parte va examinando las legislaciones históricas: el

(1) Entre sus últimas publicaciones, puede citarse: *Carlo Fadda e la sua opera giuridica, Introduzione* a la reimpression de la obra de Fadda, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, Milano, 1949; *Il vincolo contrattuale nella tradizione e nel costume popolare, Studia et documenta Historiae et iuris* 15 (1949), pág. 100; *Concessioni di terre a coloni militari nell' impero romano, Riforma di Diritto agrario*, 1949, p. 3; *The agrarian reform in China. Its religious, historical, social and juridical basis, By East and West*, 1, 1, pág. 1. Sobre su actividad como director del Instituto de Derecho agrario, véase la nota sobre la obra de Romagnoli, redactada por A. Ballarin, publicada en este fascículo del ANUARIO.

Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho canónico, fijando en todas ellas con ejemplos de sus instituciones la existencia efectiva de esta figura, más o menos frecuente, pero posible, del Derecho real. El mismo estudio realiza con las legislaciones modernas: el Derecho francés, el Derecho alemán y el Derecho italiano. Finalmente, examina las figuras de Derechos reales "in faciendo" en nuestro ordenamiento jurídico español.

Al terminar la lectura del trabajo se reconoce la modestia del autor en titular *ensayo* a su estudio, cuando en realidad se trata de una sobria investigación. No obstante, se experimenta al mismo tiempo la sensación de estar ante una obra en la que apenas se ha escrito su primer capítulo. En efecto, el autor no ha dado más alcance a su trabajo que el de defender la posibilidad conceptual de existencia y la efectiva existencia legal de una figura jurídica cuya realidad se niega. Incluso en aquellos epígrafes como el de *concepto* y *caracteres* en los que pudiera creerse encontrar un estudio sistemático de estos derechos aparece su autor obsesionado con su defensa y se reduce a desgranar en cada carácter un argumento a favor de su tesis. Visto así, sin más que este alcance, el alegato enérgico de Trullenque es elogiable, aunque ha dejado perder buenos argumentos a su favor que le proporcione el Código civil italiano de 1942.

Por tanto, esa "sugerencia" de que el autor habla para el estudio monográfico que el tema merece debía incitar al mismo autor para pechar con el trabajo, no fácil, pero muy provechoso, de estudiar bajo todos los demás intersantísimos aspectos el tema. Lo que nos ofrecería un manojito de conclusiones fecundas en el campo de los conceptos y en el de la interpretación de las disposiciones legales.

José María DESANTES GUANTER
Profesor A. de la Universidad de Madrid.

VAZQUEZ RICHART, José: "Manual teórico práctico para formar expedientes a obreros y empleados por sus faltas en el trabajo". Instituto Editorial Reus. Madrid, 1950

El folleto de D. José Vázquez Richart, objeto de este comentario, es obra práctica de divulgación, dirigida a las empresas y que aprovechará muy particularmente al patrono de la pequeña explotación, que no puede permitirse el lujo de sostener una asesoría jurídica y tiene en ella una explicación clara de lo que es el expediente disciplinario que debe formar a sus obreros, en el caso de que cometan faltas en el trabajo y sea preceptivo formarlo, según la Reglamentación de Trabajo aplicable a la industria de que se trate. La Orden de 23 de abril de 1947, al establecer la nulidad en determinados casos de despidos sin expediente laboral, en que haga resaltar con claridad la falta cometida, trae a un primer plano el estudio de lo que sea dicho expediente, y toda obra que aclare y facilite su conocimiento merece plácemes y es de indudable interés y actualidad.

En una justificación a manera de prólogo, el autor nos explica sus intenciones al dar a la prensa su "Manual"; trata con él de colmar la laguna existente en nuestras leyes acerca de la tramitación del expedien-

te laboral, basándose para ello en el Reglamento General de Funcionarios de 1918.

Dos títulos, divididos en capítulos, siguen a la justificación; en el primero, se trata del expediente y sus elementos, así como de las faltas laborales y sus sanciones, y la exigencia de expediente para sancionar determinadas faltas. El estudio que se hace de lo que sea el expediente es breve y claro, simplemente quiere el autor dar noticia de estas cuestiones a aquellos para quien todo lo que sean papeles y trámites son engorros y molestias insuperables. Lo consigue, ciertamente, pero no hubiera estado de más que sin mengua de la sencillez y claridad indicadas hubiera dado una mayor consistencia y profundidad a este capítulo. El capítulo sobre faltas y sanciones enumera aquéllas y éstas, pretensión a nuestro juicio inadecuada, pues dada la diversidad de Reglamentaciones de Trabajo, es aventurado querer resumir la parte punitiva de todas ellas: de "lege ferenda", tal postura es estimable, pero puede inducir a error al no iniciado el "Manual", en esta materia; claro está que el autor nos dice y repite que tal enumeración se hace por vía de ejemplo, pero es minuciosa en exceso. De la misma vaguedad adolece el último capítulo del Título primero, al hablarnos de las faltas que exigen expediente para ser sancionadas, y en él encontramos una omisión fundamental, pues si es verdad que se hace referencia a la posición jurisprudencial, acerca de los efectos del despido efectuado sin expediente previo, no se resalta la Orden de 23 de abril de 1947 sobre tales extremos; se debió indicar con claridad que la necesidad de formar expediente para sancionar faltas laborales resulta de la Reglamentación de Trabajo aplicable a cada caso y que las consecuencias de su falta vienen determinadas por la disposición antes citada, que vino a concretar y en parte a modificar la jurisprudencia anterior a este respecto.

El Título segundo comprende dos capítulos: el primero, de formularios, y el segundo, de explicación de dichos formularios. En lugar de dar unos modelos descarnados de Providencias, Diligencias, Citaciones, etcétera, el autor, acertadamente a nuestro juicio, se plantea un caso concreto y sobre él da fórmulas precisas; con ello se hace inteligible la cuestión y es sencilla la adaptación a otros casos, aun para el no iniciado.

Finalmente, tiene el "Manual" un índice alfabético de Reglamentaciones de Trabajo que ha sido un acierto incluir en la obra; en él se señalan las distintas Reglamentaciones, indicando los artículos que se refieren a faltas y sanciones en algunas de ellas. Hubiera sido quizá conveniente que, además de la referencia al *Boletín Oficial del Estado*, el autor hubiera completado su indicación, diciendo el año y número en que dichas Reglamentaciones laborales aparecieron en algunas de las colecciones legislativas de uso más frecuente, como el Aranzadí o Alcubilla.

En definitiva, y salvo reparos de detalle como los apuntados, el juicio de la obra, teniendo en cuenta su carácter: simplemente de divulgación, debe ser favorable, pues el empresario que consultándola tramite un expediente, evitará omisiones (como la del pliego de cargos que en algunos casos suele faltar en la práctica), y con ello, quedarán asimismo garanti-

zados los derechos del obrero y facilitado el posible juicio ante la Magistratura del Trabajo.

Tipográficamente, no puede decirse que la edición llame la atención en ningún aspecto.

José M.^a A. DE MIRANDA,
Magistrado de Trabajo.

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

BIELSA, Rafael: "Ideas generales sobre el régimen jurídico del Decreto-Ley". *Revista de Derecho (Bolivia)*, 4, 1950, págs. 21-46.

Entiende por Decreto-Ley el acto del poder ejecutivo por el que se establecen normas generales sobre materias de la incumbencia del Congreso; es Decreto por su forma y es Ley por su contenido jurídico. El Decreto-Ley sólo es admisible en el régimen constitucional y lo que importa para determinar su validez es el fundamento jurídico de la norma, es decir, la razón de su emanación o creación y las limitaciones constitucionales, sin que en ningún caso constituya una forma de "retroversión" de poderes en favor del ejecutivo. El Decreto-Ley de un gobierno constitucional actúa dentro de los límites compatibles con el ordenamiento institucional, como una forma excepcional y restringida de colaboración de los dos poderes políticos.

CASTAN TOBENAS, José: "La idea de equidad y su relación con otros conceptos morales y jurídicos afines". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 3 y 4, 1950, págs. 217-263 y 361-402.

De este relevante trabajo damos extensa y circunstanciada cuenta en la sección bibliografía-libros, en una recensión de la que es autor nuestro colaborador D. Pascual Marín Pérez.

DE ANDRADE, Manuel: "Capacidade civil das pessoas colectivas". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. 2.939 y 2.940, 1950, páginas 209-214 y 225-229.

La reseña de este artículo la daremos cuando termine su publicación.

DURAND, Paul: "Las personas jurídicas frente al Estado". *La Ley*, 60, 1950; págs. 1-5.

Al comienzo del siglo XIX, entre el Estado y las personas no se interponía ningún cuerpo intermedio. Correspondía al Estado ejercer las pre-

rrogativas del derecho público, a los simples particulares, el amplio dominio de la actividad jurídico-privada, sin embargo, en los tiempos actuales hay que reconocer que la estructura del Estado moderno se ha transformado profundamente: las personas jurídicas se hallan entre el soberano y los súbditos, pero su presencia, que en un principio fué admitida de modo liberal, actualmente se halla en decadencia, de tal modo, que el Estado no acepta ya permanecer en una actitud pasiva frente a las personas jurídicas; el Estado toma, de nuevo, sobre las personas jurídicas una acción de tutela, ello determina una situación de crisis de la personalidad jurídica.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Imposibilidad de inscribirse como natural en algunos casos una persona, aun hallándose en la posesión continua de estado de hijo legitimado, después del fallecimiento de los padres". Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 139, 1950, páginas 1-5.

Siendo el presupuesto básico de la legitimación por subsiguiente matrimonio, ser hijo natural, al no gozar de este carácter no es posible la legitimación; ello se agrava en el supuesto de que los padres hubiesen fallecido, de aquí que al no poder lograr la inscripción como hijo natural, de acuerdo con los preceptos del Reglamento del Registro Civil, se utilicen, a veces, procedimientos, desde luego arriesgados: quitarse edad e inscribirse por expediente como nacido durante el matrimonio de los padres, al amparo del art. 5.º del Real Decreto de 19 de marzo de 1906, que autoriza la inscripción provisional ínterin se obtiene la sentencia judicial firme, o sea se entabla la demanda para la declaración de paternidad y una vez acreditada la incoación, en el expediente no se insta dicho proceso, pero se logra obtener la inscripción que, aunque provisional, lo que se le hará constar, surte el mismo efecto que las definitivas, según el art. 6.º, mientras no sean impugnadas judicialmente.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Algunas notas sobre el Código civil suizo". Boletín de Información del Ministerio de Justicia. 140, 1950; páginas 1-5.

Después de estudiar sus antecedentes y el camino seguido hasta su publicación con la cual, al decir de Rossel, se llena una necesidad sentida, lográndose, además, su feliz adaptación al temperamento y costumbres suizas. Expone a continuación el contenido del título preliminar y del libro de las personas.

GOLDSCHMIDT, Roberto: "La misión del jurista en la elaboración de las leyes". Boletín del Instituto de Derecho comparado de Méjico. 8, 1950; páginas 61-69.

La elaboración de las leyes tiene un lado político y otro técnico. De ahí se plantea la cuestión de saber cuáles son los límites en cuyo ámbito

el jurista, llamado a preparar una obra *legi lata*, puede actuar. Al hablar de la misión del jurista en la elaboración de las leyes, no se debe pensar solamente en la elaboración de textos legislativos, sino que incluso hay que recordar la llamada función creadora del derecho que tienen los juristas, con las naturales diferencias según se trate del sistema inglés o del continental, ya que en estos últimos solamente a través de la función notarial y de la labor integradora de los principios generales del Derecho puede llegarse al progresivo desarrollo del mismo.

LACAL FUENTES, P: "El tema del negocio fiduciario". *Revista de Derecho privado*, 403, 1950, págs. 777-781.

Opina que no obstante el actual interés que parece suscitar el tema objeto del trabajo, la materia presenta todavía algunas zonas oscuras, ya que con frecuencia la doctrina mezcla y confunde varios de los elementos que lo integran, que deben ser examinados separadamente, ya que estudiados en conjunto, sin la diferenciación necesaria, provocan cierta confusión.

La doctrina involucra y confunde la razón histórica y el concepto dogmático del negocio fiduciario. La esencia del negocio es independiente de la estructura que tuvo en un determinado período de su existencia. Sus notas características son la confianza y el peligro; cuando se unen la fe y el riesgo puede afirmarse que nos hallamos en presencia de un riesgo fiduciario, cualquiera que sea su configuración. No es esencial para este negocio la desproporción entre el medio y el fin, es suficiente que se realice por motivos de confianza y sin consideración a las defensas legales.

LEGAZ LACAMBRA, Luis: "El derecho natural en los civilistas españoles contemporáneos". *Revista jurídica de Cataluña*. 5. 1950, págs. 409-423.

Uno de los rasgos de la actual filosofía jurídica española es el claro reconocimiento del Derecho natural, de inspiración cristiana. En España, en los civilistas más afamados y representativos, se da una vinculación íntima entre el pensamiento jusnaturalista y su posición de dogmáticos del Derecho positivo.

Examina cómo esta cuestión es estudiada en los tres civilistas actualmente más destacados en esta materia: Castán, Castro y Hernández Gil, señalando cómo la posición de los dos primeros de vinculación al Derecho natural es, salvo ligeras diferencias análogas, más destacada la de Castro, mientras que Hernández Gil estudia de modo preferente los problemas generales de la metodología jurídica.

ORTEGA PARDO, Gregorio: "Negocio indirecto, liberalidad y negocio mixto". *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. 4-6, 1950; páginas 175-271.

Salvo algunas referencias a la doctrina portuguesa, en forma de notas a pie de página, su contenido coincide con el que bajo el título de "Dona-

ciones indirectas" publicó el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, en el tomo II, fascículo 3.", págs. 918-980, a las cuales nos remitimos.

ROMERO DEL PRADO, Víctor: "La constitución Nacional de 1949 y los principios fundamentales en materia de nacionalidad". *La Ley*, 60, 1950; págs. 1-3.

Referidos al Derecho argentino, examina lo que él llama principios fundamentales de nacionalidad aconsejados por la doctrina, que son, a su juicio, los siguientes: Todo individuo debe tener una nacionalidad y no debe tener más que una, toda persona tiene el derecho de cambiar de nacionalidad. Estima que la Constitución argentina de 16 de marzo de 1949, se conforma a los principios enunciados, con lo cual sus declaraciones logran la efectividad deseada.

THEILER, Eduardo: "Direito adquirido". *Revista Forense*, 566, 1950, páginas 366-373.

Como conceptos previos al estudio del Derecho adquirido, examina los principios fundamentales inspiradores del llamado Derecho intertemporal, así como, en relación al mismo, la irretroactividad y la retroactividad, las cuales persiguen la misma finalidad de fijar los efectos de las leyes en el tiempo, aunque de forma inversa, inspirándose en teorías distintas, ya que mientras la teoría subjetiva considera como regla la irretroactividad de la Ley, y como excepción su retroactividad, la teoría objetiva establece como norma la retroactividad y como excepción su irretroactividad. Expone las teorías de los distintos autores respecto al problema y por lo que hace al Derecho brasileño, considera que el legislador de aquel país, al regular la cuestión, resuelve perfectamente el problema de los efectos de la Ley en el tiempo, pues como principio constitucional, limita el Poder de los legisladores, dando uniformidad al Derecho nacional, pues impide que aquéllos regulen la materia de formas diversas, y como garantía individual, porque permitiendo la retroactividad de la Ley, cuando es necesaria y justa, limita su efecto retroactivo al de los límites establecidos por el respeto al derecho adquirido.

WALTER URQUIDI, Carlos: "La prescripción inmemorial". *Revista jurídica (Bolivia)*, 50, 1950; págs. 56-73.

El artículo es de mero análisis de los preceptos legislativos del Código civil de Bolivia, cuyos antecedentes históricos expone, así como las influencias doctrinales que los mismos han tenido, termina con conclusiones atinentes a cada una de las formas de prescripción, cuyos plazos y requisitos enumera, así como los objetos a que las mismas pueden hacer referencia,

estableciendo que la prescripción por treinta años de la acción, no exige más requisitos que la omisión del ejercicio de esta última durante el tiempo señalado por la Ley.

YADAROLA, Mauricio: "Unidad del Derecho privado. Código único de las relaciones económicas". La Ley, 60, 1950; págs. 1-3.

Es un hecho patente como el aumento de las relaciones entre los pueblos, lleva consigo la necesidad de unificar el Derecho. La unidad proporciona la seguridad de las relaciones jurídico-civiles; da eficacia a los contratos promoviendo incluso un mayor intercambio entre los distintos pueblos y una reactivación de su economía. Examina los distintos intentos de unificación realizados por el Código suizo, por el de Polonia y por el italiano de 1942. La unificación para que sea viable ha de tener como fundamento la identidad de los principios que están en la base misma de las instituciones jurídicas y esta identidad existe sin duda alguna en toda la materia que abarca el derecho común de los negocios. La unificación del Derecho produce una consecuencia cada día más necesaria, la de acercamiento de los pueblos, sin que a esta unificación obste la existencia del sistema anglosajón, del "common law", ya que en el fondo éste y el Derecho codificado continental tienen principios comunes e idénticas finalidades que son, en definitiva, los únicos requisitos necesarios para llegar a la unidad.

ZORRAQUIN BECU, Ricardo: "El Derecho y la Justicia". Revista de la Facultad del Derecho y Ciencias Sociales (Argentina), 20, 1950; páginas 873-909

Aunque el trabajo no responde exactamente al título que lo encabeza, su autor en él trata de exponer por escrito lo que fué materia de sus explicaciones en la cátedra. Tras ocuparse de la importancia del curso denominado de "Introducción al Derecho", va paso a paso estudiando los principios esenciales del mismo, sus elementos, su relación con la moral, con las normas sociales, distinguiendo entre ellas las llamadas reglas técnicas del Derecho, que entiende consisten en un conjunto de medios, procedimientos más o menos artificiales destinados a poner en práctica las normas morales y sociales que integran el Derecho; se trata, en general, de reglas ajenas al contenido moral y a las orientaciones sociales del Derecho, en cierto modo indiferentes a uno y a otras, pero que no deben traspasar los límites que aquéllos les señalan. Distingue las citadas reglas de la técnica jurídica, que estudia la formación e interpretación de las normas del Derecho. Define el Derecho como ordenamiento social impuesto para realizar la justicia, cuyas distintas clases analiza, distinguiéndola de la equidad y viendo por fin la conexión que las ideas de derecho y de justicia tienen con la más alta de Derecho Natural.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER

QUAGLIATA, Pascual: "El dominio en el régimen de la propiedad horizontal". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Montevideo, I, 1; págs. 167-184.

Estudia el régimen del dominio en la legislación uruguaya sobre propiedad horizontal. Examina los conceptos de propiedad y condominio y expone la regulación de la propiedad horizontal chilena y argentina para, a través de unos y otros, interpretar las normas uruguayas sobre propiedad exclusiva y en la propiedad común; limitaciones a estos derechos; aspectos de la copropiedad y enajenación.

FORNIS, José: "El copyright americano y la protección de las obras españolas. Nuevo régimen de registro". *Revista de Derecho privado*, septiembre de 1950; págs. 694-706.

Expone la importancia de la creación intelectual y su expansividad, sobre todo en períodos de paz. Las divergencias que impiden la unificación de criterio sobre propiedad intelectual entre ambos continentes se deben más que a desacuerdos jurídicos a una mentalidad diferente y a considerar el derecho de autor desde distintos puntos de vista. En Europa la propiedad intelectual se considera emanada de la creación misma, bien se justifique filosóficamente como derecho privado especial, como derecho individual de la propia personalidad o como un producto del trabajo. En América es el interés público lo que prevalece, y si se conceden a los autores derechos exclusivos es por creer que con tal estímulo dedicarán su talento y actividad en beneficio de la colectividad, pero siempre rodeando a tales derechos de grandes limitaciones. Señala la evolución histórica de la legislación norteamericana a partir de la primera *Copyright Act Federal* de 31 de marzo de 1790, la multitud de disposiciones complementarias y modificativas, principalmente el Acta de 1909, las dificultades para que los Estados Unidos ingresasen en la Unión de Berna y, finalmente, el Acta de 30 de julio de 1947, por virtud de la cual la *Copyright Law* pasa a constituir el título 17 del Código de los Estados Unidos. Va examinando después sus disposiciones referentes a autores extranjeros; los requisitos que han de llenar los autores para que su derecho se halle garantizado; quién puede asegurar el *copyright* y cuáles son las obras que pueden ser su objeto; la situación histórica de las obras de autores españoles en Norteamérica; y los catálogos de obras registradas, las cuotas o tasas a pagar al Registro y los procedimientos por infracción, según las modificaciones introducidas en 27 de abril y 25 de junio de 1948. Finalmente señala los servicios que monta la Sociedad General de Autores de España para facilitar a los autores la mejor defensa de sus legítimos intereses.

PINTO FALCAO, Alcino: "Da responsabilidade do vizinho, e da Prefeitura Municipal, por dano a propriedade de confinante". *Revista Forense*. Río de Janeiro, julio de 1950; págs. 41-44.

Se examinan las consecuencias de la abstención edilicia en tomar providencias que debía haber adoptado en el ejercicio de los poderes de policía para evitar daños a la propiedad particular. En estos casos no sólo debe responder quien produce los daños, sino también la municipalidad. El tema, planteado alrededor de una demanda en la que se ejercen las dos acciones, comienza por la exposición del desenvolvimiento histórico de la responsabilidad del propietario. Concluye que las normas municipales no pueden ser consideradas como normas civiles, sino administrativas, y los poderes de policía son poderes discrecionales de la Administración, que solamente a ella corresponde determinar en cuanto a la oportunidad de su aplicación.

BRUNS, Georg: "El interdictum unde vi". Traducción del alemán por Carlos Roth. *Boletín del Instituto de Derecho Civil*. Universidad de Córdoba (Argentina). XIV, 1-2; págs. 6-105.

Este trabajo (que es parte de la obra "Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts", Weimar, 1874) está dividido en dos capítulos. El primero de ellos intenta despejar el "interdictum unde vi", sometiendo a una severa crítica histórica la supuesta "actio momentariae possessionis" para los casos de privación de la posesión sin violencia, cuya existencia ya sostuvo Cuyacio y resucitó Ihering. Llega a la conclusión de que de las fuentes no puede extraerse material alguno para apoyar su existencia.

En el segundo capítulo plantea la cuestión de la extensión del interdicto, concluyendo que la protección posesoria recuperatoria no es admitida de una manera general en caso de "bona fides" del adversario.

ROMERO ROMANA, Heliodoro: "Necesidad de simplificar los requisitos que se exigen para acreditar el derecho de propiedad al contratar sobre inmuebles y de resolver el problema ocasionado por la deficiencia de los títulos de propiedad de muchos inmuebles en el país". *Revista del Foro*. Lima, mayo-junio 1950; págs. 177-181.

Se enfrenta con el problema del exceso de requisitos necesarios en Perú para el tráfico sobre inmuebles, lo que produce una oclusión a las transacciones y a los créditos, en contra de la economía nacional. Centra en dos razones fundamentales esta complicación: el que el sistema del Registro de la propiedad inmueble no bonifique o sanee el título de propiedad y el plazo de treinta años para que el poseedor adquiera el dominio por el mero transcurso del tiempo. A continuación estudia por separado cada una de estas dos causas, ponderando los obstáculos que para la solución de cada una de ellas existen y proponiendo la aportación de opiniones en busca de una solución.

CORNEJO, Lino: "Necesidad de simplificar los requisitos que se exigen para acreditar el derecho de propiedad al contratar sobre inmuebles". *Revista del Foro*. Lima, julio-agosto, 1950; págs. 339-341.

Después de exponer las sucesivas variaciones que ha sufrido la legislación peruana en cuanto a plazos de prescripción, examina los requisitos que actualmente son necesarios para acreditar el derecho de propiedad, llegando a deducir que en la mayor parte de los casos vienen a ser ilusorios, sobre todo cuando se trata de propiedades sitas en la sierra y en la montaña y hay dificultad de comunicación con su capital respectiva, concluyendo que no se deben simplificar más todavía y, por tanto, que no es necesaria una nueva redacción.

BARANDIARIAN, José León: "Necesidad de simplificar los requisitos que se exigen para acreditar el derecho de propiedad al contratar sobre inmuebles". *Revista del Foro*. Lima, julio agosto 1950; págs. 341-343.

Expone las incongruencias que se encuentran en la legislación peruana en cuanto a plazos de prescripción y la absurda exigencia de presentar títulos retraíbles a veinte años, para la inmatriculación de la finca. Propone que se verifique la reforma, y puesto que el sistema actual peruano está basado en el español, del español se vayan también adoptando los progresos, que son indudables, en el artículo 352 de la nueva Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1946.

TELLO VELEZ, José Ignacio: "Necesidad de simplificar los requisitos que se exigen para acreditar el derecho de propiedad al contratar sobre inmueble". *Revista del Foro*. Lima, julio-agosto 1950; págs. 343-346.

Sienta los datos doctrinales y reales necesarios para encuadrar el problema. Sugiere un sistema de transición sustentado en una posesión de treinta años, no perturbada judicialmente con éxito adverso para el titular, y en dar atribuciones al registrado: para calificar el título consistente en expediente de cuasi-dominio seguido ante un notario o juez de paz del distrito donde radica el inmueble.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

CERRILLO QUILEZ, F.: "La sucesión en el arrendamiento rústico". *Revista Jurídica de Cataluña*, 6, 1950; págs. 541-548.

El párrafo 3.º del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 23 de julio de 1942 determina que los derechos concedidos en esta

Ley a los arrendatarios cultivadores directos y personales de fincas sujetas a arrendamiento con renta regulada por una cantidad de trigo que no exceda de 40 quintales métricos no se extinguirán por el fallecimiento de aquéllos y se entenderán transmitidos, en tal caso, al familiar cooperador del causante en el cultivo de la finca que éste hubiese designado en su testamento. Si no se hubiese hecho esta designación, los familiares cooperadores, en el plazo de dos meses a contar desde el fallecimiento del arrendatario, elegirán por mayoría entre ellos al que haya de figurar como titular del arriendo. Cuando dichos arrendatarios no procedieren en el tiempo fijado a hacer esta elección, deberá el arrendador designar entre todos los familiares cooperadores al sucesor del arrendatario en los derechos derivados del contrato de arriendo.

Expone la serie de teorías que han tratado de explicar esta sucesión, así como los problemas que plantea, de los cuales, quizás el más interesante sea el relativo a aquellos casos en que el "familiar cooperador" elegido, por distintas razones, no pueda actuar de otro modo, es decir, que no pueda llevar por sí mismo la explotación. El autor cree que del sentido de la Ley cabe inferir que en estos casos no debe haber inconveniente alguno en que siga la explotación, cooperando en la medida de sus fuerzas, sin desentenderse de la tierra ni ausentarse de ella.

ESQUIUS ALSINA, Juan: "Pago o consignación de alquileres por el demandado en juicio de desahucio de finca urbana". *Revista Jurídica de Cataluña*, 5, 1950; págs. 441-442.

El debatido problema sobre si el demandado condenado en desahucio viene o no obligado a acreditar el pago o consignación de alquileres al interponer la apelación, determina el artículo sobre el mismo que nace de la redacción del párrafo 2.º del apartado a) del artículo 163 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, que modifica los artículos 1.583 y 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, eximiendo al demandado de la mentada obligación.

Estima que únicamente estará exento el demandado condenado de desahucio de acreditar el pago o consignación de alquileres al interponer la apelación cuando concurren conjuntamente los cuatro requisitos esenciales siguientes: 1.º Que la competencia del juicio corresponda al Juzgado municipal o comarcal. 2.º Que la naturaleza del contrato sea de vivienda. 3.º Que la causa de desahucio alegada se fundamente en alguna de las taxativamente establecidas en la LAU. 4.º Que el procedimiento adecuado sea el de cognición, al amparo del artículo 162 de ella.

No concurriendo alguno de estos requisitos, subsistirá la obligación de acreditar el pago o consignación de alquileres.

ESQUIUS ALSINA, Juan: "¿El local destinado a clínica particular, es de naturaleza jurídica de vivienda a efectos arrendaticios, o bien de local de negocio?" *Revista General de Derecho*, 73, 1950; págs. 510-512.

Considera que en ningún caso el arrendamiento de local destinado a clínica tendrá el carácter de local de negocio, corroborado por el propio artículo 8.º de la LAU, puesto que si la finalidad de la clínica no es de carácter lucrativo, la naturaleza de su contrato de arriendo se reputará de vivienda, tanto si la clínica es de una Asociación benéfica o piadosa, como si de propiedad o uso particular, o de uso general o público, puesto que tal artículo dice: "cualquiera otra que no persiga fin de lucro", o sea que la única condición impuesta sea la ausencia de fin lucrativo en los locales, como, por ejemplo, las clínicas u otro de diferente finalidad.

CALVAO TELES, Inocencio: "Cessao do contrato". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, VI, 1949; págs. 148-169.

Son frecuentes, en la vida económica, las situaciones en las que se hace necesario o conveniente servirse de la cesión—entendiendo por tal la transferencia por parte de uno de los contratantes a un tercero—; ello determina la necesidad de definir las ideas sobre su admisibilidad y funcionamiento. Determinados sectores de la doctrina se manifiestan contrarios a su admisión, mientras que los más la admiten, considerando que los derechos y obligaciones no se extinguen con la cesión, sino que sobreviven a la misma, pasando simplemente del patrimonio del cedente al del cesionario.

Expone las teorías más en boga, así como la solución adoptada, consistente en ver en la cesión del contrato una combinación de dos clases de transferencia de relaciones jurídicas obligacionales: cesión de créditos y asunción de deudas.

PASCUAL NIETO, Gregorio: "El contrato de arrendamiento de salas de proyección cinematográfica". *Revista General de Derecho*, 73, 1950; páginas 486-495.

Como cuestiones previas para el estudio de la materia, distingue las siguientes clases de arrendamientos: a) Arrendamientos de local, b) arrendamientos de solares, c) arrendamientos de empresa y d) arrendamientos de locales con instalaciones. En cada uno de ellos puede haber instalación cinematográfica, pero la legislación aplicable será distinta, según tenga o no la consideración de empresa y lleve aparejado o no el arrendamiento, lo que constituye en sí su organización. Desde ese punto de vista estudia la legislación aplicable, el precio, la fianza, la duración de los contratos, así como el problema de los subarrendos de locales de espectáculos, cuya calificación depende de la clase de arrendamiento a que se refiera; cuando se trate de arrendamiento de empresa, se regirá por el Código civil, siendo indiferente que el arriendo exceda o no de dos años; cuando se trate de

arrendamiento de simples locales o de locales de instalación, como ambos supuestos se hallan recogidos en los artículos 1.º y 5.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, rige para los mismos el artículo 30 y siguientes de la citada Ley, por lo cual se exige la autorización expresa y escrita del arrendador.

SABINO JUNIOR, Vicente: "A cessão de locação e da sublocação". *Revista Forense*, 566, 1950; págs. 347-358.

La cesión del arrendamiento y del subarrendamiento no constituye creación del derecho moderno, ya fueron reconocidas por los juriconsultos romanos y a través de este derecho pasaron a los Códigos latinos. Señala su carácter mobiliario como característico de su naturaleza, los objetos sobre los cuales pueden versar estos contratos, excluyendo expresamente las cosas fungibles y las consumibles, que no pueden ser objeto de aquéllos, ya que tratándose de las primeras nos encontraríamos ante la figura del mutuo, y en cuanto a las segundas nos hallaríamos ante una destrucción de su sustancia.

La diferencia más importante entre una y otra es que la cesión del arrendamiento equivale a una cesión de crédito o de contrato y opera la sustitución de uno de los contratantes, mientras que el subarrendamiento es siempre un nuevo arrendamiento yuxtapuesto al anterior.

TORRENT, Pedro J.: "El pago por un tercero con relación al pago con subrogación y al pago indebido". *Revista del Instituto de Derecho Civil*, I, 1950; págs. 45-55.

El artículo 727 del Código civil argentino autoriza el pago por un tercero no interesado, cuyos efectos son los mismos en cualquiera de los casos, lo mismo si el tercero paga con el asentimiento del deudor que si éste lo ignora; caso contrario es cuando el tercero pagase contra la voluntad del deudor, en cuyo caso, según el artículo 728, aquél sólo tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago.

Al contemplar esta figura a la luz del pago con subrogación, advierte que el tercero no interesado tiene el beneficio de la subrogación legal en dos casos: cuando hace el pago con el asentimiento expreso o tácito del deudor o cuando lo hace con la ignorancia de éste. Se excluye expresamente de la subrogación legal el caso en que el tercero pague contra la voluntad del deudor. En relación con el pago indebido, que comprende dos hipótesis, pagos por error y pagos sin causa; cuando no hay error en el "solvens", o sea cuando paga con pleno conocimiento de deuda de otro, entonces juega, desde luego, el pago por un tercero y el pago con subrogación, siendo directamente aplicables los preceptos que regulan uno y otro; cuando, por el contrario, el pago por un tercero es por error, funciona el pago indebido y cabe la repetición de él en los términos legales.

VALVERDE MADRID, José: "El derecho del aparcerero a convertirse en arrendatario". *Nuestra Revista*, 801, 1950; págs. 4-9.

Expone cada una de las doctrinas que han tratado de explicar la naturaleza jurídica de este derecho, considerando que la misma radica en la naturaleza del contrato de que emana, ya que la aparcería no es un arrendamiento, al faltar el elemento renta, ni tampoco es sociedad, ya que carece de personalidad jurídica; constituye más bien un tipo de comunidad especial, un caso de comunidad agraria, es decir, un tipo de comunidad por virtud de la cual da derechos dominicales, a modo de legados legales, que dan propiedad de su cuota de comunidad en los frutos al aparcerero, y, además, una coparticipación en el *ius disponendi* del otro comunero; derechos dominicales, en suma, de los que uno de los de más importancia es el de transformación concedido al aparcerero. Es, pues, un derecho "derivado de comunidad" que se nutre del mismo derecho de propiedad, al que, si bien sirve, es bajo una nueva función.

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CORREIRA

DOS REIS, J. Alberto: "Investigação de paternidade ilegítima". *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 2932-33, 1950, páginas 97-100.

Se refiere a tres resoluciones del Supremo Tribunal de Justicia portugués, sobre investigación de la paternidad ilegítima, en las que se establece que los requisitos de la posesión de estado deben ser probados de manera que conduzcan al convencimiento de que el investigador es hijo del investigado.

Afirma el Sr. Dos Reis que los requisitos de la posesión de estado no pueden dar al Tribunal la seguridad o convicción de que el investigador es hijo del investigado, ya que la presunción de paternidad que deriva de la prueba de los requisitos de la posesión de estado es corroborada y confirmada por la demostración de los requisitos referentes a la filiación.

PORTAS, Néstor L.: "Análisis de algunas disposiciones de nuestra Ley de adopción". *La Ley* (B. Aires), 60, 1950, págs. 1-3.

Se refiere a la particularidad que ofrece la Ley de adopción argentina, al no requerir el consentimiento previo del padre o madre del adoptado, con lo que se excluye el vínculo contractual que en otras legislaciones constituye el primer paso para la adopción.

Examina el problema que se presenta en cuanto a la patria potestad, cuando el adoptante cesa en su ejercicio; considerando que aquélla no es reasumida en forma automática por los padres del adoptado, sino que deben solicitar la rehabilitación a los Jueces.

ROYO MARTINEZ, Miguel: "Prohibiciones nupciales por razón de enfermedad". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 4, 1950, páginas 403-418.

Se refiere a los problemas que plantea el llamado impedimento matrimonial de enfermedad, aceptado por algunas legislaciones, y examina su naturaleza jurídica, formulando los tres caracteres que reúne dicha ineptitud nupcial: *absoluta*, es decir, veda el matrimonio del enfermo con cualquier otra persona; *indispensable*, salvo casos muy especiales, y *transitoria*, aunque de duración indefinida, pues la mayoría de las enfermedades que la Ley toma en consideración pueden ser tratadas y curadas.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José María CODINA CORREIRA

COLOMBO, Leonardo A: "Situación hereditaria del cónyuge que fue parte en un juicio de divorcio no terminado debido a la muerte del otro cónyuge". La Ley (B. Aires), 59, 1950, págs. 1-3.

Considera el Sr. Colombo que, producido el fallecimiento de uno de los esposos antes de que finalice el litigio conducente a la obtención del divorcio, los trámites deben continuar hasta su completa terminación.

Desde el punto de vista hereditario, se refiere a los dos problemas que pueden presentarse: si el muerto es el culpable, o bien a la inversa, si el culpable es el esposo sobreviviente. En el primer caso, el cónyuge podrá, al proseguir los trámites, demostrar su inocencia y, por ende, heredar; y en cuanto al segundo supuesto, los herederos del difunto podrán, a su vez, esclarecer su conducta y excluirlo de la respectiva sucesión.

DIAS DA FONSECA, Manuel Baptista: "Herança e legado. Contribuição para o problema de saber se o legado também pode resultar de disposição da lei". Boletim do Ministério da Justiça, 20, 1950; páginas 38-64.

Considera que la sucesión a título universal implica transferencia para el heredero de una *universalidad*, y no de un *conjunto* de relaciones individualmente consideradas, y que la sucesión a título particular tiene por objeto la transmisión de singulares relaciones jurídicas del de *cuius*.

Equipara al usufructo con el legado, en aquellos casos en que su atribución depende de la Ley, encontrándonos entonces ante un verdadero legado legítimo, cuya existencia reconoce.

Presenta como caso de legado legítimo: el otorgado a favor del cónyuge superviviente, y el otorgado a favor del padre o madre que han contraído segundas nupcias.

IGLESIAS LOPEZ DE VIVIGO, José Manuel: "Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo" *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1950, págs 264-285.

Examina aquellas cláusulas de estilo, muy frecuentes en las regiones sometidas al derecho común, que son una realidad práctica del usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo, y a las que considera como una aplicación de la llamada *cautela socini*, llegando entre otras a las siguientes conclusiones:

El usufructo universal debería ser elevado a la categoría de legítima del cónyuge viudo, con carácter subsidiario, es decir, en defecto de disposición expresa del causante.

Cabe, en el derecho positivo actual, que el testador legue el usufructo universal al viudo, en disposición testamentaria, en cuyo caso los hijos pueden optar por reconocerlo o por adjudicar al viudo el tercio de libre disposición y el usufructo legal. Este derecho de opción se apoya en el artículo 820, párrafo 3.º, en relación con el 812, párrafo 2.º, ambos del Código civil.

MAURANDI ABADIA, Nicolás: "Distribución de toda la herencia en legados. Examen especial de los legados de cosa específica y determinada, inmueble, propia del testador". *Revista General de Derecho*, 72, 1950, págs. 431-438.

Define el legado de cosa específica y determinada, propia del testador, como aquel en que el testador dispone que lega a una persona una cosa que se encuentra en su patrimonio, determinando de una manera precisa y concreta cuál sea ella.

Examina la naturaleza del derecho de dichos legatarios en aquellos supuestos en que la herencia se ha distribuido en legados y no existe albacea autorizado para entregar la cosa; sosteniendo, en bases del artículo 609 del C. c., que estos legatarios son dueños de los bienes comprendidos en legado, desde el fallecimiento del testador, sin necesidad de tradición, en el caso normal y corriente de no existir modalidades en su adquisición.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Derecho civil y Derecho hipotecario". *Información Jurídica*, 89, 1950; págs. 1161-1182.

Después de resaltar la autonomía legislativa del Derecho hipotecario, su unidad científica, y de señalar la trascendencia que para el Derecho civil supone la codificación registral, considera el actual Derecho hipotecario como "lex imperfecta", y al entroncarlo con el negocio jurídico y

la mecánica registral, equipara la calificación registral a la sentencia judicial, basándose en que la órbita de actuación del registrador y de los Tribunales es distinta y, sin embargo, ambas coinciden perfectamente.

RAMOS FOLQUES, Rafael: “¡Una cátedra, señor Ministro!”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 268, 1950; págs. 569-580.

El autor, basándose en las especiales peculiaridades en nuestro sistema registral, que han dado lugar a una abundancia nada común de obras de Derecho hipotecario, apoyando su tesis en argumentos de orden histórico y científico, estima necesaria la creación de una cátedra especializada de Derecho hipotecario, inmobiliario o registral.

RICA Y ARENAL, Ramón de la: “Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 269, 1950; páginas 625-643.

Basándose en la conocida dualidad legislativa que, en el ordenamiento jurídico español rige para la propiedad inscrita y para la no inscrita, sostiene que la doctrina del título y el modo no rige para la propiedad inscrita, puesto que la Ley Hipotecaria está redactada totalmente de espaldas a la tradición, y la constitución eficaz plena de todo derecho real se efectúa mediante la inscripción en el Registro, haciendo la inscripción las veces de la tradición, sin perjuicio de que, *inter partes*, la tradición haya de estimarse necesaria para que el derecho real ingrese en el patrimonio.

URIARTE BERASATÉGUI, José: “Revisión de ideas”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 268, 1950, págs. 553-568, y 269, págs. 644-654.

De este trabajo daremos cuenta cuando se acabe de publicar.

III. Derecho mercantil

1. Parte general

KROTOSCHIN, Ernesto: “La participación del personal en la dirección de la empresa”. *La Ley* (suplemento diario), 2 noviembre 1950; páginas 1-5.

Estudio de los problemas doctrinales que presenta la llamada “organización social de la empresa”.

La participación del personal en el poder de dirección de la Empresa se distingue del simple control del ejercicio de tal poder. Los problemas

fundamentales que plantea son los siguientes: la naturaleza del derecho de participación (derecho colectivo del personal considerado como un conjunto unitario, o derecho individual de cada uno de sus miembros); la naturaleza de la comunidad del trabajo formada por dirección y personal (simple comunidad de intereses o comunidad proyectada en el plano jurídico); la posibilidad o imposibilidad de configurar a la empresa como "institución jurídica" (sujeto de derecho independiente).

El autor se niega a ver un sujeto de derecho tanto en la empresa como en la comunidad de trabajo o en el conjunto del personal. Afirma la existencia de un derecho y deber de cooperación en los trabajadores individuales, por una parte, y en el patrono, por otra; sólo que el derecho de los primeros, individual en su titularidad, es colectivo en su ejercicio, al requerirse para éste la organización de representaciones adecuadas. El carácter jurídico (privado o público) de estos órganos de representación dependerá de los principios que inspiren cada reglamentación positiva de la cooperación entre dirección y personal.

J. P. G.

KROTOSCHIN, Ernesto: "La participación del personal en la dirección de la empresa". *La Ley* (suplemento diario), 5 diciembre 1950; páginas 1-6.

Estudio de la cuestión en el Derecho comparado, con apoyo en una documentación muy completa.

El autor distingue tres tipos de organismos de participación: por una parte, los nacidos de la iniciativa individual, con carácter fundamentalmente consultivo (sistema anglosajón derivado de las necesidades de guerra); en segundo lugar, organismos de constitución obligatoria, estructurados por la Ley y con funciones consultivas en lo económico y decisorias en lo relativo a obras sociales de la empresa (sistema europeo occidental, con sus variantes de comités integrados exclusivamente por representaciones del trabajo, y de comités con intervención directa de los Jefes de empresa); por último, organismos dependientes del Sindicato oficial, con amplias atribuciones para adaptar las condiciones de trabajo y de producción a las prescripciones del plan del Gobierno (sistema europeo central y oriental).

En conclusión, observa el autor que la práctica no autoriza aún muchas esperanzas, pero que es innegable la tendencia a ampliar la importancia de la colaboración del personal en la gestión de la empresa.

J. P. G.

MASCAREÑAS, C E: "Los modelos de utilidad y la importación de objetos extranjeros similares al protegido". *Revista General de Derecho*, año VII, núm. 73, octubre 1950; págs. 484-485.

Se plantea el problema de si los titulares de un modelo de utilidad tienen el derecho de impedir la introducción en España de objetos fabricados en el extranjero similares al objeto protegido por el modelo de utilidad.

Del examen de los textos legales concluye que los modelos de utilidad confieren a sus titulares los mismos derechos que las patentes de invención. Tanto en unos como en otros no se exige más que la novedad en España.

E. V.

PERROTTA, Salvador R.: "La Ley 13.991 y el Derecho de empresa (Algunas observaciones)". *La Ley* (suplemento diario), 28 noviembre 1950; páginas 1-3.

La Ley 13.991, por la cual se organiza el "Instituto Ganadero Argentino", es una manifestación más de la corriente que tiende a acrecentar la acción del Estado argentino en el orden económico.

El "Instituto Ganadero Argentino" se constituye como "entidad autárquica del Estado dentro del ramo del Ministerio de Economía de la Nación"; tendrá como misión ejecutar la política económica que trace el Estado, mediante la organización integral del proceso económico de la carne en la totalidad de sus aspectos: producción, industrialización, comercio y consumo.

La nueva Ley presenta dos aspectos de singular interés: por una parte, el Instituto—persona jurídica de Derecho público—realizará su misión utilizando medios de Derecho privado, mediante la constitución de (o participación en) empresas sometidas a las reglas del Código de Comercio y dotadas de autonomía de gestión, con lo que se plantea de nuevo el viejo problema del ejercicio del comercio por entidades públicas; por otro lado, en estas empresas, "la responsabilidad del Instituto se limitará al monto del capital fijado", con lo que aparece por vez primera en la legislación argentina la idea de empresas individuales de responsabilidad limitada. Tal limitación de responsabilidad ha de explicarse, dice el autor, no a través de la noción de personalidad jurídica atribuida a la empresa, sino utilizando el concepto de patrimonio de afectación.

J. P. G.

2. Sociedades

ALBANELL MAC-COLL, Eduardo: "Companies Act 1948. La legislación sobre Compañías en el Régimen Inglés". *Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial*, abril 1950, núm. 47; págs. 147-154.

Se trata de un artículo expositivo de esta importante ley inglesa de Sociedades, refiriéndose el mismo a las materias que incluye bajo los epígrafes: capital accionario, reducción de capital, variaciones en los derechos de los accionistas, transferencia de acciones y debentures y deberes de la Compañía en las emisiones, normas especiales sobre debentures, inscripción de gravámenes, manejo y administración, oficina y nombre, restricciones al comenzar a actuar y registro de miembros.

J. L.

BARRERA GRAF, Jorge: "Las acciones sin valor nominal". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico, año III, mayo-agosto 1950, núm. 8; págs. 9-24.

La Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 introdujo en Méjico las acciones sin valor nominal. Pero la reforma legal fué no sólo tímida y parcial, sino francamente insuficiente.

Apuntadas las ventajas atribuidas a esta clase de acciones por la doctrina, el autor las somete a crítica, y termina afirmando que estas acciones son, quizás, explicables y justificables en el Derecho norteamericano pero que no se justifican en Méjico. Por estas consideraciones, concluye, es de alabarse que el Proyecto de C. de c. elaborado recientemente por la Secretaría de Economía no permita la emisión de acciones sin valor nominal.

E. V.

CARRERA, Francisco: "La personalidad de las Sociedades ante el impuesto de renta". Revista de Derecho. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y del H. Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Concepción, abril-junio 1950; páginas 127-136.

Al examinar los balances de las Sociedades, la Dirección de Impuestos Internos ha solido reconocer que determinadas utilidades no constituyen renta, sino aumento de capital, pero hay casos en que ha llegado, sin embargo, a exigir el impuesto de renta, sosteniendo que si la utilidad es siempre aumento de capital para la Sociedad, no lo es para los socios al serles distribuida. Para llegar a esta conclusión, la Dirección se ha fundado en que la Sociedad constituye una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

El principio de la personalidad de las Sociedades está efectivamente establecido por el artículo 2.053 del C. c., pero en el terreno tributario no para todos los efectos debe considerarse a la Sociedad como un ente distinto de los socios individualmente considerados. Porque si en materia tributaria hubiera siempre que aplicar el inciso 2 del artículo 2.053 del C. c. resultaría que en las Sociedades colectivas y en comandita habría que pagar dos impuestos cedulares de tercera o cuarta categoría, ambos por la misma suma, impuestos que gravarían una misma y única utilidad, resultante de un mismo y único balance dentro de un mismo giro comercial, industrial o minero. La Dirección nunca ha pretendido esta doble gravación, que se da, en cambio, en las anónimas. A efectos tributarios, los socios de las primeras se identifican con la Sociedad; en las segundas, no. Para paliar la desigualdad, el artículo 25 de la Ley sobre impuesto de Renta rebaja la tasa del impuesto cedular de tercera y cuarta categorías a aquellas Sociedades anónimas cuyos accionistas pagan impuesto de segunda categoría sobre los dividendos que reciben de la misma Sociedad.

CLARET MARTI, Pompeyo: "Informe y reforma del Anteproyecto de Ley sobre Sociedades anónimas del Instituto de Estudios Políticos". *Revista General de Derecho*, año VII, núm. 73, octubre 1950; páginas 482-483 (continuación)

Comprende el comentario los artículos 27 a 48 del Anteproyecto, que son criticados favorablemente, aceptándose su contenido.

E. V.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "Liquidación privada y judicial de las sociedades anónimas. Comentario de la Ley N. 2230 de 2 de junio de 1893". *Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial*, mayo-junio 1950, núms. 48-50; págs. 195-244.

Es opinión unánime la necesidad de la reforma de la legislación comercial, principalmente en lo que se refiere al Registro público de comercio, sociedades en general y, especialmente, anónimas y de responsabilidad limitadas y concordatos y quiebra.

En 1947 fué presentado un Anteproyecto que, en general, fué considerado como antecedente para la estructuración de un nuevo proyecto. La circunstancia de que se insistía en obtener de la Cámara se ocupase de él hasta convertirlo en C. de c. ha inducido al autor a volver sobre la materia, ocupándose de algunos puntos concretos.

El Anteproyecto es anticuado, ya que no es posible pretender imponer un Código ajustado a los moldes de la Economía liberal, cuya preponderancia ha pasado a ser un recuerdo. La base del Anteproyecto no es nada sólida, por lo que va siendo abandonada cada vez que se dicta un proyecto de Código.

No es conveniente fundar todo un C. de c. en una noción vaga e indefinida como es el acto de comercio. Pero, por otra parte, la empresa es una noción fundamentalmente económica y sociológica, por lo que no se ha podido llegar a un concepto jurídico. Además, toda empresa tiene un titular y éste es el comerciante. Sólo falta abandonar este velo para que la legislación mercantil se reduzca a lo que debe ser, a la disciplina del ejercicio de la actividad comercial, dejando que un único cuerpo de leyes se aplique en materia de obligaciones y dictando también una Ley concursal única, aplicable a comerciantes y no comerciantes.

La disciplina de la actividad comercial debe establecerse sobre la base de un Registro de comercio bien organizado.

Merecen también especial consideración del autor la disciplina de la casa de comercio, que hoy continúa siendo la Ley de 1904, el derecho de los tenedores de títulos en los casos de pérdida, sustracción o destrucción, o aun de simple desgaste, negociación de títulos-valores y cuenta corriente.

En materia de sociedades anónimas propugna la supresión de la anárquica autorización por parte del Poder Ejecutivo.

SALVADOR BULLON, Hilario y Pablo: "Problemas fundamentales de la Sociedad de responsabilidad limitada en nuestro Derecho". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre 1950; págs. 655-670.

La sociedad de responsabilidad limitada es hoy legal, en virtud del amplio principio de libertad del art. 12 del C. de c. y de la locución "por regla general" del art. 122 La inscripción en el Registro mercantil puede hacerse al amparo del art. 108 del Reglamento.

La sociedad de responsabilidad limitada española, que ha tomado carta de naturaleza a través de la práctica notarial, de la registral y de las Resoluciones de la Dirección general de los Registros, fundamentalmente, no cabe en los estrechos moldes de las sociedades de personas o de las de capitales, es un "tertium genus", una figura sui generis. Se presenta como una formación mosaica, cuyas partes reunidas artificialmente, no siempre están de acuerdo unas con otras. De esta mezcla derivan dos principios fundamentales, que nuestra jurisprudencia ha cuidado de destacar: fijeza de capital y restricción del derecho de transferir las participaciones sociales y aun total intransmisibilidad en las primeras fases de su vida.

J. L.

VELASCO ALONSO, A.: "La significación de la forma documental en los supuestos de conversión o modificación de valores mobiliarios". *Revista de Derecho Privado*, 402; págs. 767-711.

A propósito del impuesto sobre emisión y negociación de valores se estudia el derecho de accionistas y obligacionistas a obtener un título escrito (derecho al título); se defiende la irrelevancia de la existencia de aquél a efectos de "primera imposición" e incluso de "segunda", salvo que en la forma documental esté el único medio de expresión del consentimiento del tenedor en la modificación; tampoco es necesario para la imposición el canje o sustitución material.

L. S. M.

3. Obligaciones y contratos.

VELASCO ALONSO, A.: "Transformación de sociedades anónimas en sociedades de responsabilidad limitada". *Revista de Derecho Mercantil*, vol X, núm. 29, septiembre-octubre 1950; págs. 165-183.

Tras señalar brevemente el origen de la sociedad limitada y su difusión en el Derecho comparado, así como sus posibles diferencias con la sociedad anónima, el artículo estudia el supuesto de la transformación de la segunda en la primera. Apunta los problemas de la continuidad de la sociedad transformada y la configuración jurídica de la transmisión patrimonial y se centra alrededor de la posibilidad—que defiende—de evitar la liquidación de la anónima; con ello se da lugar a un "balance

de transformación”, en el que el criterio de valoración sea el “valor mercantil”. Alude al actual vacío legislativo (salvo lo registral), que viene a llenar el Anteproyecto; al que hay que criticar, sin embargo, una defectuosa reglamentación del esencial *derecho de separación* de los accionistas disidentes del acuerdo de transformación (regulado aquí como un *caso de exclusión* de los abstenidos) y la falta de protección a los acreedores de la sociedad anónima (al disminuir el capital nominal por separación de accionistas).

L. S. M.

HERNANDO DE LARRAMENDI, Ignacio: “Intervención económica estatal en el seguro privado”. *Revista de Derecho Mercantil*, vol. X, número 29, septiembre-octubre 1950; págs. 185-225.

Estudio, con gran abundancia de datos españoles y extranjeros, sobre los fundamentos y modalidades de la intervención por motivos económicos en el seguro privado. El autor se muestra partidario, en líneas generales, del sistema de protección y complemento del seguro privado (frente a los de competencia estatal y monopolio), y defiende la conveniencia del reaseguro internacional, frente a los argumentos del nacionalismo económico.

L. S. M.

NAVARRO GARBALENA, F.: “Más sobre el alcance de la intervención de los agentes mediadores de comercio en las letras de cambio”. *Revista de Derecho Mercantil*, vol. X, núm. 29, septiembre-octubre 1950; páginas 255-259.

Con relación a las llamadas letras “financieras”, que prácticamente han desplazado a la póliza de crédito, destaca las ventajas de la intervención de agente (autenticación y crédito preferente), que puede extenderse, según el autor, a todos los actos contenidos en la letra, sin más limitaciones que las del art. 93 del C. de c. (plaza y tiempo); es decir, sin que deba aceptarse el principio de tantas intervenciones como endosos.

L. S. M.

OMAR Y GELPI, José María: “Letra de cambio. La maliciosa tacha de falsedad de la aceptación. Una solución para un viejo problema”. *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. LXVII, noviembre-diciembre 1950; páginas 523-539.

Es desgraciadamente frecuente en la vida jurídica el caso del aceptante de una letra de cambio que opone maliciosamente la tacha de falsedad de la aceptación cuando se verifica el protesto por falta de pago impidiendo con ello que pueda despacharse la ejecución. No le queda al acreedor cambiario otro recurso que acudir al lento procedimiento ordinario, que con sus dilaciones permitirá al aceptante incluso preparar

su insolvencia. (Las diligencias preparatorias de la vía ejecutiva—artículos 1.432 y 1.433 de la LEC—no darán normalmente resultado práctico, tratándose como se trata de un aceptante de mala fe; por otra parte, el art. 1.433, párrafo 2.º de la LEC, excluye implícitamente toda sanción de orden penal, según declaración de la jurisprudencia.)

La solución al problema la ve el autor en una reforma del art. 1.433 de la LEC, que permita al perjudicado por la negativa del deudor a reconocer su propia firma, exigir peritaje caligráfico, con arreglo a cuyo resultado pueda el Juez despachar la ejecución. Propone, además, el establecimiento, como sanción económica, de una multa del 25 al 50 por 100 del capital de la letra de cambio y, subsidiariamente, un arresto personal análogo al establecido en el art. 32 de la LEC.

J. P. G.

ORIONE, Francisco: “La institución de los cheques postales”. La Ley (suplemento diario), 16 agosto 1950; págs. 1-2.

En este breve artículo apunta el señor Orione la historia del cheque postal en el extranjero y en la Argentina, así como sus caracteres distintivos y ventajas. Con relación al problema (que se contempla especialmente y que es esencial para la utilidad internacional de este tipo de cheques) de la posibilidad de aplicarle una legislación uniforme, el autor recoge las reservas de varias delegaciones en la Conferencia de Ginebra de 1931, que llevaron a la redacción del art. 30 del Anexo II de la Convención. Se muestra partidario de los acuerdos particulares entre naciones para dar efectividad a estos cheques en el comercio internacional.

L. S. M.

4. Varia

FERNANDEZ, Raymundo L.: “La cesación de pagos y el proyecto de Ley de quiebras”. La Ley (suplemento diario), 21 septiembre 1950; páginas 1-4.

Propuesta de supresión o modificación de determinados artículos del nuevo proyecto argentino de Ley de quiebras.

Afirma el autor que este proyecto acoge en principio su “teoría amplia” de la cesación de pagos (base de la quiebra en el Derecho argentino), según la cual la cesación de pagos es “un estado patrimonial de impotencia frente a las deudas a su vencimiento; estado que para producir efectos legales debe revelarse por hechos exteriores *cuya enumeración taxativa es imposible*, bastando con que denoten que el deudor se encuentra en la imposibilidad de pagar”. Pero la consagración de esta teoría requiere aún ciertas correcciones en el proyecto de texto legislativo.

J. P. G.

ORIGONE, Francisco: "Algunos aspectos del proyecto de Ley nacional de bancarrotas enviado al Congreso por el Poder ejecutivo". *La Ley* (suplemento diario), 29 agosto 1950; págs. 1-4.

El nuevo proyecto argentino se caracteriza, en cuanto a su sistemática, por la separación entre disposiciones de fondo y disposiciones de forma.

En cuanto a su contenido, el autor analiza alguna de las directrices del proyecto que coinciden con los puntos de vista que él expuso en publicaciones anteriores; así, la unificación del concurso y la quiebra (propugnada en la Argentina por la corriente doctrinal más numerosa) y la supresión de la "liquidación sin declaración de quiebra", institución encaminada a favorecer al deudor de buena fe, pero cuya naturaleza y efectos se determinaban con gran confusión en la doctrina y la jurisprudencia y llevaban incluso a situaciones de injusta desigualdad. En favor del deudor de buena fe establece hoy el art. 111 del proyecto un procedimiento para la rápida rehabilitación.

J. P. G.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT

CARNELUTTI, Francesco: "La figura jurídica del notario". *Revista Internacional del Notariado* (Argentina), 6, 1950; págs. 120-130.

Constituye el título de la conferencia pronunciada por el profesor Carnelutti en la Academia Matritense del Notariado; en ella estudia la misión del notario, la distinción entre declaración y documento, su carácter de intérprete jurídico, su sentido especial, es decir, llevar la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, o sea, "ligar la ley al hecho". Al estudiar lo que él considera el "ser" del notario, lo caracteriza en que mientras los abogados defensores, jueces, fiscales, etc., se mueven en el ámbito típicamente procesal, el notario trata de eludir, con su consejo, a las partes y su intervención, la posibilidad de desembocar en un proceso.

Considera que el notario tiene una misión específica, propia; su fama descansa, mejor que sobre su capacidad técnica, sobre su idoneidad moral, es decir, sobre su honestidad.

GOMEZ DE MERCADO, Francisco: "Los archivos notariales, su organización y funciones. Estudio de Derecho notarial". *Revista Internacional del Notariado* (Argentina), 588-589, 1950; págs. 302-313.

Divide los archivos, en archivos de interés público y de interés privado, considerando entre los segundos aquellos que se refieren a papeles, títulos

o documentos otorgados por los particulares, señalando como entre los públicos y los privados existen los que él denomina archivos privados de interés nacional, que nacen para servir a los particulares, pero protegidos desde el primer instante por la fe del Estado y redactados por funcionarios públicos, dando permanencia al hecho jurídico.

Estudia la materia a través de los tratadistas que en España se han ocupado de la misma, así como de la posición que en orden a ella han ido adoptando los distintos reglamentos notariales que en España han tenido vigencia.

QUAGLIATA, Pascual: "Evolución del Notariado uruguayo". *Revista Internacional del Notariado (Argentina)*, 6, 1950; págs. 184-199.

Dos hechos destacan en esta evolución: su auténtico origen español y una estrecha vinculación con el origen del Notariado argentino. Tres períodos se aprecian en su historia: el período colonial, el período patrio y el período constitucional. Analiza a continuación las distintas disposiciones dictadas para regular su funcionamiento, en el cual advierte, por el momento, la falta de control de la función notarial, pero, por otro lado, alaba la inquietud permanente por un nuevo Estatuto del Notariado que consagre la creación del Colegio como órgano de fiscalización y el concepto general creado por los que los ejercen, ya que por ser escribanos saben que deben actuar con dignidad y decoro, enalteciendo esa verdadera magistratura moral que es su profesión, ya que los que no tienen tales atributos no alcanzan la jerarquía notarial aunque posean el título.

RABINO VICH, Marcos: "Instrumentos en general sujetos al impuesto de ellos". *Revista Internacional del Notariado (Argentina)*, 586-587, 1950; págs. 199-216.

Constituye un estudio sucintamente comentado del artículo 14 de la Ley Argentina vigente, en el cual procede a una agrupación sistemática de los 19 incisos que aquél contiene, de acuerdo con la siguiente clasificación: Contratos de compraventa, transacción de acciones litigiosas, contratos de locación, contratos de sociedades, instrumentos relacionados con deudas y los que agrupa bajo la denominación de instrumentos varios: contratos de venta, vales, billetes y pagarés.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José María DESANTES GUANTER

1. Parte general

VASQUEZ MACHICADO, Humberto: "Orígenes de nuestro Derecho procesal. IV. El Cuadernillo de Gutiérrez". *Revista de Derecho*. La Paz, agosto 1950; págs. 76-85.

Estudia la trascendencia que para la enseñanza y la práctica forense tuvo el pequeño manual conocido con el nombre de "Cuadernillo de Gutiérrez", por su autor, D. Francisco Gutiérrez de Escobar. Describe la vida del autor, la coyuntura en que lo compuso, los distintos ejemplares manuscritos e impresos que se conocen de la obra, su sistema y contenido y la extensión que tuvo en América del Sur.

ROSA, Eliézer: "Sobre o anteproyecto de reforma do Cod. de Proc. Civil". *Revista Forense*. Río de Janeiro. Julio de 1950; págs. 26-35.

Defiende el Anteproyecto de los ataques que desde diversos puntos de la doctrina brasileña se le han dirigido. Rechaza el que se pueda llamar fascista a un ordenamiento procesal porque rija en él el principio de impulso oficial. Sostiene que el fin del proceso no es la realización del derecho material. Analiza a este respecto el artículo 112 del Código de Procedimiento Civil. Pasa revista a las modificaciones introducidas en el Anteproyecto de reforma, comenzando por las que atañen a la oralidad y supresión de la audiencia en todas las causas no contestadas; el despacho saneador con referencia a la teoría concreta y a la teoría abstracta de la acción; la absolución de instancia; la citación con hora cierta; la prueba pericial; las acciones renovatorias y los recursos, principalmente los diferentes tipos de recursos de agravios y el de apelación.

GIL, Oto A.: "A reforma do Código de Proc. Civil". *Revista Forense*. Río de Janeiro, julio de 1950; págs. 36-40.

Es una crítica dura del Código de procedimiento vigente en el Brasil y la petición de una reforma que no sea meramente de detalles, como la que se establece en el Anteproyecto de ley formulado, sino que interese a lo sustancial de la ley procesal. Estudia las consecuencias que en la realidad ha producido la oralidad y la inmediatividad y la desvirtuación de las mismas; la necesidad de democratización del proceso y la restricción de los poderes del Juez. Termina con un amplio estudio de la materia de recursos en la ley vigente y en las directrices que ha de seguir la reforma.

MARQUES, José Frederico: "Do Poder Judiciário nas Constituições europeias de após-guerra". Revista Forense. Río de Janeiro, julio de 1950; págs. 12-25.

Introducido por un breve examen de la importancia que para el abogado tiene la situación constitucional del Poder judicial, comienza este trabajo con un estudio de la diferente situación de este Poder en los países americanos y en los europeos, razonando la evolución de estos últimos hasta la guerra de 1939, con un examen histórico político a partir de las primeras constituciones. Fijados así ambos sistemas, se procede al estudio de ciertas constituciones de la postguerra de las que se pueden extraer útiles enseñanzas. Pero no se estudian todas, sino que se señalan dos grupos: las de las naciones que atribuyen a la función jurisdiccional un carácter predominantemente popular, dada la forma socialista impresa al Estado y al régimen económico, de las que se analiza como ejemplo Yugoslavia, y las que siguen una línea liberal tradicional con una magistratura profesional, entre los que se escogen los textos francés e italiano.

MAZEAUD, León: "La "astreinte": un arma del poder judicial". Boletín del Instituto de Derecho Civil. Universidad de Córdoba (Argentina). XVI, 1-2; págs. 109-124.

Existen numerosos casos en los cuales el Juez ve su sentencia sin ejecución porque el condenado hace todo lo posible psicológicamente para no ejecutar esa sentencia que pesa sobre él. La intervención de la fuerza pública es inoperante para obligar a ejecutarla y muchas veces, cuando sería verdaderamente eficaz, es rehusada por la Administración, sobre todo por la francesa. Entonces, privado del concurso de la fuerza pública, el Juez ha buscado un medio de forzar al condenado a ejecutar la sentencia. Este medio es la *astreinte*. A la sentencia principal que pronuncia el Juez agrega una accesoria, una condena pecuniaria en la cual el monto es proporcional al retardo del deudor en la ejecución de la sentencia principal. Esta práctica remonta al antiguo Derecho francés, y aunque no la mencionó el *Code*, es en Francia donde la práctica de los Tribunales y la jurisprudencia la han configurado. Su eficacia se debe a sus dos principales caracteres: la independencia de la *astreinte* en relación con los daños, puesto que se establece por apremio y no para reparar perjuicio; y la flexibilidad o posibilidad para el Juez de modificar la *astreinte* después de pronunciada, como consecuencia de su finalidad provisoria y conminatoria.

ASTREA: "La asistencia judicial". Tánger, agosto-septiembre 1950; página 1.

Se elogia el amplio sistema que en cuanto a asistencia judicial (beneficio de pobreza) rige en Tánger en la primera instancia, criticándose las restricciones que se imponen al llegar a la segunda.

RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo: "Notas sobre organización judicial".
Revista General de Legislación y Jurisprudencia, octubre 1950; páginas 419-461.

Después de exponer la naturaleza e importancia de la Judicatura y sostener su actividad creadora, estudia comparativamente los tipos de Judicatura. Expone a continuación los precedentes y situación actual de la moderna Judicatura española, examinando también en ella el valor que la Jurisprudencia tiene en España. Dedicada, finalmente, la mayor parte del trabajo al examen de la reforma de la carrera judicial en España.

LOZA AMUCHASTEGUI, Florencio: "Jubilación de Magistrados". Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Mayo-agosto 1950; páginas 255-261.

Examina el problema de si la jubilación de los Magistrados se produce cuando han prestado quince años de servicios como jueces o fiscales o si se computan también en beneficio de ellos los años servidos como subalternos de la justicia nacional.

AYARRAGARAY, Carlos A.: "Magistratura y Abogacía cubanas". Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Mayo-agosto 1950; páginas 247-254.

Es una glosa de los principales capítulos de una novela jurídica de José A. Beguez César en la que se expone toda la obra jurídica de un abogado y magistrado cubano.

HEBER SMITH, Reginald: "Organización de Estudios de Abogados". Revista del Foro. Lima, mayo-junio 1950; págs. 167-176; y julio-agosto 1950; págs. 302-338.

Señala las ventajas de una buena organización para el abogado y las de la asociación de abogados para la especialización de los mismos. El sistema y la distribución organizada del trabajo ahorran tiempo, que es el mejor bien del abogado. Expone con todo detalle en la primera parte del trabajo, que titula "Ingreso del cliente en la oficina", la ubicación del estudio, personal del mismo, decoración, datos que debe contener la relación del asunto nuevo y su paso a los legajos y al archivo. En la segunda, el trabajo de los abogados en el asunto y el control del mismo por medio de la relación diaria de tiempo, control de gastos, clases de abogados, distribución del trabajo, revista de asuntos, lectura de informaciones, cuentas de honorarios. En la tercera se trata de la organización que rodea a los abogados, y en la cuarta, las cuestiones generales del régimen de la firma que sostiene el estudio. Finalmente, se dan unos formularios e impresos de los descritos como útiles en el trabajo.

COUTURE, Eduardo J.: "Os mandamentos do advogado". *Revista Forense*. Río de Janeiro, julio de 1950; págs. 5-11,

Son muchos los decálogos que a lo largo de la historia se han formulado para el abogado. Pero la abogacía y las formas de su ejercicio son de experiencia histórica y sus ideales se modifican al paso del tiempo, por lo que urge revisar sus mandamientos para ajustarlos siempre a la cambiante realidad. La abogacía es a un tiempo arte, política, ética y acción y, por tanto, viene dotada de un estilo que es el mismo a través de los diversos modos en que los abogados trabajan. Es necesario, por tanto, el decálogo que a todos los comprende, y el autor lo expone con la exégesis de cada uno de estos mandamientos: estudia, piensa, trabaja, lucha, sé leal, tolera, ten paciencia, ten fe, olvida, ama tu profesión.

MOXO RUANO, A.: "Notas sobre la naturaleza de la transacción". *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1950; págs. 673-694.

Tras una pequeña introducción que señala el interés del tema, se adelanta una definición de la transacción. El cuerpo del trabajo no es más que el desarrollo, concepto a concepto, de esta definición. Y así se trata de la transacción como contrato entre el Derecho civil y el procesal; de su carácter consensual, aunque con ciertos requisitos de forma; de su carácter sinalagmático en su contracción y en sus actos de cumplimiento; de su onerosidad; de su conformación causal subjetivamente matizada; de su eficacia declarativa o determinativa; de las figuras que le son afines: novación, formalización documental, partición y sentencia; y de su poder y valor dispositivos.

COUTURE, Eduardo J.: "Introdução ao estudo do processo civil: a acção em justiça". *Jornal do Foro*, núm. 91, 2.º trim., 1950; págs. 81-94.

Tras analizar la génesis y evolución del moderno concepto de acción, y las posiciones sostenidas en torno al mismo, se concluye, sobre la base de la propia experiencia del autor, que lo esencial de la acción es ser un derecho de petición en un sentido análogo al que tiene esta expresión en los textos constitucionales. Es un tipo específico de tal derecho. La consecuencia principal de tal concepción está en la aproximación del Derecho procesal al Derecho constitucional, con la consiguiente supresión de la pretendida subordinación al Derecho privado.

JUAREZ ECHEGARAY, Luis: "Proceso civil inquisitorio". *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Córdoba (Argentina)*. Enero-junio 1950; págs. 73-95.

Expone la naturaleza del proceso civil dispositivo para construir después la del procedimiento civil inquisitorio con sus características, naturaleza de las relaciones jurídicas que constituyen su objeto, sus formas jurisdiccionales y sus afinidades con el procedimiento penal.

DOS REIS, J. Alberto: "Caução do exequente a favor do executado". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Coimbra, 15 de octubre de 1950; págs. 177-181; y 1 de noviembre de 1950; págs. 193-199.

Es un estudio de la caución que debe prestar el vencedor en juicio cuando la ejecución se lleva a cabo sin que la sentencia sea firme por haber un recurso interpuesto contra ella con efecto meramente devolutivo. Examina el fin de la caución y cuál es el verdadero alcance del mandato de la ley procesal que lo establece.

2. Procedimientos especiales

OLIVIA VELEZ, Horacio Alberto: "Los juicios por ruptura de esponsales en los Estados Unidos de América". *La Ley*, 8 de agosto de 1950; páginas 1-3.

Se estudian, sobre la base de la naturaleza específica de la acción por ruptura de esponsales, sus elementos, y se elogia la nueva tendencia, manifestada en los Estatutos de Nueva York, Indiana e Illinois, contraria a la subsistencia de tales litigios, por no responder a una necesidad social y por atentar, en general, a la moral pública.

FERNANDEZ DE BOBADILLA, Fernando: "Problemas de competencia en materia de arrendamientos rústicos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. 15 de octubre de 1950; págs. 3-8.

Es objeto de este trabajo el planteamiento y solución de los problemas de competencia creados por la multiplicidad de normas jurídicas promulgadas para regular las cuestiones de arrendamientos rústicos y agravadas porque sólo en parte, y no siempre expresamente, derogan las posteriores a las anteriores. Distingue en su estudio la competencia territorial, en la que estudia el fuero de las cuestiones que se plantean ante los Juzgados Municipales y en los de Primera Instancia; la objetiva, en la que subdivide los contratos entre parientes, los sometidos a legislación especial y los arrendamientos forzosos establecidos en favor del Instituto Nacional de Colonización; y la competencia funcional con el estudio de las diversas instancias.

MONTOYA MANFREDI, Ulises: "La memoria del Dr. Ricardo Bustamante Cisneros y el Derecho Procesal del Trabajo". *Revista del Foro*. Lima, mayo-junio 1950; págs. 163-166.

Es una glosa de la Memoria del Dr. Bustamante que comienza con la exposición sucinta de los principios que rigen el Derecho Procesal del Tra-

bajo: protección al trabajador, unidad de jurisdicción, capacitación de los jueces, celeridad en los trámites, gratuidad del procedimiento, generalización del impulso oficial y efecto normativo de las sentencias. En base a estos principios se plantea la organización de la judicatura del trabajo, la extensión de la jurisdicción de sus jueces, la conveniencia de establecer tribunales arbitrales; los medios de procurar la celeridad en la tramitación de los juicios por modificación del sistema de prueba, supresión de trámites y acortamiento de plazos y conveniencia de establecer providencias precautorias para asegurar el cumplimiento inmediato de las sentencias.

ORIONE, Francisco: "Otros aspectos del proyecto de ley nacional de bancarrotas del Poder ejecutivo". *La Ley. Suplemento diario*. Buenos Aires, 10 octubre 1950; págs. 1-3.

Estudia el aspecto procesal de la ley de bancarrotas, principalmente el problema doctrinal de si el conocimiento de los asuntos que plantea deben encomendarse a la jurisdicción ordinaria o a los jueces federales, para terminar exponiendo el régimen adoptado por la ley.

LESSONA, S.: "Lineamientos teóricos para el ordenamiento de la justicia administrativa". *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*. Mayo-agosto 1950; págs. 157-168.

Plantea la cuestión de la jurisdicción contencioso-administrativa con todos los problemas que lleva consigo. Diferencia como puntos de partida los distintos derechos subjetivos y los tipos de actividad administrativa, insistiendo en el examen de la discrecional. Concluye que el Juez ordinario debe entender en todos los casos de ilegitimidad de un acto de la Administración y para la actividad discrecional se deben constituir Tribunales mixtos, judiciales y de especialistas en las materias administrativas.

**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.

Actos de disposición de los coherederos en Vizcaya

RESOLUCION DE 13 DE JUNIO DE 1950

Fallecido don J. A. G. en estado de casado con doña M. I. A., fueron declarados herederos ab intestato por partes iguales sus cuatro hijos, salvo en la parte "comunicada" a la viuda. En escritura posterior, la madre y tres de los hijos manifestaron que al consorcio foral pertenecía determinada casería adquirida por compra hecha por el causante; de ella, y en virtud de la referida comunicación foral, se adjudica a la viuda una mitad indivisa y a cada uno de los tres hijos una cuarta parte de la otra mitad. A continuación la madre y los hermanos que han intervenido en el acto ceden a otro de ellos sus respectivas participaciones en la finca.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura, fué inscrita la donación hecha por la viuda de su mitad indivisa y "suspendida la inscripción en cuanto a la otra mitad, que corresponde a la herencia del causante, por el defecto, al parecer subsanable, de no concurrir al otorgamiento de la escritura el cuarto hijo, contra lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento Hipotecario".

En el recurso gubernativo insistió el Notario en que por virtud de la comunicación foral, el cónyuge viudo y los hijos adquieren por sí sin traer causa de nadie, y que la declaración judicial de herederos ab intestato no es sino el medio más adecuado para fijar el número y personalidad de aquéllos, pero nunca para crear un título innecesario; que los interesados en la escritura no realizan actos de partición, sino que se limitan a aceptar las particiones que el Fuero les concede y a transmitir las en igual forma. Cita en su apoyo la Ley Primera del Título XX del Fuero de Vizcaya y las resoluciones de 19 de septiembre de 1891, entre otras.

Por su parte, el Registrador alegó en defensa de la calificación que, derogado el artículo 71 del Reglamento de 1915, el derecho hereditario sólo es anotable; que la adjudicación se hace en la escritura a título de herencia; que la comunicación foral comienza desde la celebración del matrimonio y que para inscribir los actos de disposición sobre la mitad indivisa que constituye la herencia del causante es necesario que concurren los cuatro hijos y herederos. En este sentido es inaplicable la resolución de 19 de septiembre de 1891.

Mantenida en el auto presidencial la nota calificadora, la Dirección General lo ratifica, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *Es cierto que la comunicación de bienes entre cónyuge viudo y los hijos supone algo más que un simple cambio en la cotitularidad existente durante el matrimonio; esa comunicación despliega todos sus efectos, una vez que, por ministerio del Fuero, la mitad de los bienes pertenece al cón-*

yuge supérstite y la otra mitad a los hijos, sin que sea necesario liquidar la sociedad conyugal, según reconocen las resoluciones de 28 de abril de 1896 y 15 de septiembre de 1891.

B) *Ello no implica que puedan inscribirse los actos dispositivos realizados por alguno de los comuneros sobre participaciones concretas en finca determinada ni obsta a la posibilidad de anotar el derecho hereditario en abstracto, o inscribir los actos dispositivos realizados por "todos" los condomínios.*

C) *La escritura calificada adolece de oscuridad y cierta contradicción lo cual, unido a la circunstancia de no haber comparecido uno de los coherederos, pone de relieve la inobservancia del artículo 83 del vigente Reglamento Hipotecario y la imposibilidad legal de que se practique la inscripción del derecho hereditario que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley, sólo puede ser objeto de anotación preventiva.*

Pluralidad de votos en las sociedades de responsabilidad limitada

RESOLUCION DE 2 DE AGOSTO DE 1950

Constituida en escritura pública una sociedad de responsabilidad limitada integrada por tres socios, dos de ellos unidos por vínculo conyugal y en la que se confiere a dos de sus miembros el carácter de Gerente, uno de los cuales es además Director técnico de fabricación, por cuya condición se le atribuyen 750 votos y una participación del veinte por ciento de los beneficios líquidos de la sociedad, sin perjuicio de los demás que puedan corresponderle, la referida escritura fué calificada del siguiente modo: "Suspendida la inscripción del documento que precede por los defectos siguientes: 1.º Conceptuar contraria a derecho la concesión de votos a un empleado como tal, en este caso el Sr. Director técnico de la firma que se expresa en el artículo 13 de los Estatutos consignados en esta escritura. 2.º Y por las diferencias que establece el artículo 20 de dichos Estatutos en cuanto a la distribución de los beneficios líquidos, sin acreditarse la autorización ministerial que expresa el Decreto-Ley de 17 de junio de 1947".

Recurrida la anterior nota y evacuados sus oportunos informes del Notario y el Registrador, la Dirección resuelve, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *Las sociedades de responsabilidad limitada son en nuestra doctrina y jurisprudencia una figura intermedia entre las colectivas y las anónimas. Según predominen en ellas las características de las primeras o de las segundas, les serán aplicables por analogía las normas dictadas para una u otra clase de compañías, sin perjuicio de que en todo caso sea de necesaria observancia el artículo 117 del Código de comercio.*

B) *La constituida en el documento calificado tiene marcado carácter por onalista, por reunir las siguientes características: 1.º Número reduci-*

do de socios, en total tres, dos de ellos unidos por lazo matrimonial y cuyos derechos resultan de la escritura social, de los Estatutos o de actos ulteriores de aumento de capital o de cesión de participaciones; 2.º Razón social obligatoria a la que podrá añadirse una denominación objetiva; 3.º Designación de administradores, con el carácter de Directores gerentes, a favor de dos de los socios, uno de ellos al mismo tiempo Director técnico de la fabricación y en cuyo favor, como derecho personalísimo, se altera la proporcionalidad de votos con la cuantía de las participaciones sociales y se le concede en general el veinte por ciento de los beneficios líquidos, mientras que las pérdidas son proporcionales a las cuotas del capital aportado. 4.º Prohibición a los socios de interesarse en actividades comerciales de naturaleza análoga a las de la sociedad, sin previa autorización de los demás, y de enajenar su participación social, sin conocimiento y derecho de tanteo de los consocios; 5.º No se crean acciones, ni títulos equivalentes, representativos del capital aportado y sólo existen participaciones sociales estatutarias.

C) En vista de ese carácter personalista, no cabe reputar ilícita la concesión a uno de los socios, Director Gerente y Director Técnico de la Empresa de determinado número de votos, además de los que le corresponden por su aportación, ya que, guardada la integridad del capital, no es legalmente forzoso que los votos sean iguales o proporcionales a las aportaciones y que la situación de preferencia puede obedecer al deseo de mantener la igualdad atendidas las posibles repercusiones del vínculo conyugal que liga a dos de los tres socios, y, además, se subordina el desempeño del cargo de Director Técnico y conservación de la cualidad de socio.

D) El artículo tercero del Decreto de 17 de julio de 1947, alude a constitución de sociedades que establezcan diferencia entre los títulos representativos del capital y no es aplicable a empresas como la presente, en que las participaciones no están configuradas en tales títulos representativos.

Por todo ello se declara inscribible la escritura.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

1. Composición de la Sala en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SENTENCIA 9 ENERO 1950

ANTECEDENTES.—Durante la apelación de un proceso provocatorio de los substanciados al amparo del art. 41 de la Ley Hipotecaria, se dictó sentencia estando la Sala constituida por tres Magistrados.

MOTIVACIÓN DEL RECURSO.—Contra la resolución de la Audiencia se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegándose como infringido el octavo motivo del art. 1.693, es decir: El «haber sido dictada la sentencia por menor número de Jueces que el señalado por la Ley».

LOS PROBLEMAS.—1.º Se trata de saber si la remisión que hace el art. 41 de la Ley Hipotecaria al procedimiento incidental regulado, a partir del artículo 749 de la LEC. implica también la posibilidad prevista en el art. 317, de resolver la cuestión juridicolligiosa, componiendo la Sala tres Magistrados solamente.

2.º ¿Existe oportunidad procesal para reclamar contra la constitución de la Sala y cumplir así e. requisito previo exigido por el art. 1.693 de la LEC.?

I. Las soluciones doctrinales

Tres artículos de la LEC., en concurrencia con el 41 de la Ley Hipotecaria, son las piezas fundamentales que se han de conjugar para la solución del problema. Esos artículos son: el 317, el 325 y el 348. Veamos, ante todo, qué consecuencias deduce nuestra doctrina científica de la coordinación de dichos preceptos.

En sus *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil* escribe Guasp, a propósito de esta cuestión: «El art. 317 ... trata sólo de las resoluciones que se dictan en el despacho ordinario y de las resoluciones de incidentes; mejor hubiera sido hablar de providencias y autos, porque si bien el despacho ordinario se refiere a las primeras (art. 316), la resolución de incidentes, cuando no adopta la forma de auto, sino la sentencia... no se rige por la norma del artículo 317, sino por la distinta del art. 348: en definitiva, el art. 317 trata, pues, de fijar en esta primera parte el *quorum* de constitución del órgano necesario para que se dicte una providencia o auto...» (1).

•El *quorum* de constitución de una Sala, para celebrar una vista, después

(1) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, I, 1943, pág. 843.

de la cual haya de dictarse una sentencia, oscila, como en los supuestos análogos, entre un límite mínimo y otro máximo. El límite mínimo no se establece con carácter absoluto en el art. 325, sino de modo relativo; las Salas se constituirán con los Magistrados necesarios para dictar sentencia «en aquel negocio»; para saber cuál es el número que se busca hay que conocer el número de votos necesarios para dictar sentencia... Según el art. 348, para que haya sentencia en las Audiencias, son necesarios tres votos conformes de toda conformidad» (2).

El criterio del Tribunal Supremo

La tesis del recurrente para justificar la infracción del octavo motivo del artículo 1.693 está basada en la suposición de que el *quorum* necesario para dictar sentencia en los procesos autónomos ha de exceder en las Audiencias al número de tres Magistrados. Y como el proceso regulado en el art. 41 tiene ese carácter, no importa la remisión que se hace al procedimiento incidental, que sólo se puede referir a la mera tramitación, pero no a las formas exigidas para la resolución en el fondo.

Frente a esta opinión, el Tribunal Supremo estima que al recurrir el artículo 41 de la Ley Hipotecaria a los artículos 749 y sigs. de la LEC., acepta, evidentemente, para las sentencias nada más que las formalidades exigidas a las que se dicten en los incidentes ordinarios (Cons. 1.º). Por lo que «no se ha cometido infracción procesal alguna al ser únicamente tres los Magistrados que vieron, votaron y fallaron la apelación de este litigio, ya que, al tratarse de procedimiento incidental, tres Magistrados pueden, según el art. 317 de la ley rituaría, resolver los incidentes, y, aparte lo dispuesto en la Ley de 7-VII-1934 para las apelaciones de los juicios de menor cuantía, en todo caso, por aplicación del principio general contenido en el art. 348 de la Ley procesal aludida, hay sentencia en las Audiencias habiendo tres votos conformes, como ocurrió en el caso presente, según acredita la certificación negativa de votos reservados que figura en los autos, y por la interpretación que la doctrina jurisprudencial viene dando a dicho art. 348 (S. de 8-III-1933, y otras), se establece que las vistas de los pleitos pueden celebrarse con sólo tres Magistrados y dictada sentencia por los mismos con votos de toda conformidad, no existe el quebrantamiento de forma a que se refiere el núm. 8.º del artículo 1.693 de la LEC.».

Apreciaciones críticas

Una cosa resulta claramente del examen de nuestra LEC.: que no existe ninguna exigencia literal categórica de que se constituya la Sala con un número mayor de tres Magistrados cuando las apelaciones no se limiten a una cuestión incidental. Ahora bien: como ya Guasp advierte, aunque la Ley de enjuiciamiento hable en su art. 317 de «resolución de incidentes», hay que entender esta expresión como completada por lo dispuesto en los arts. 348 y 325, y leer «resoluciones de incidentes cuando no requieran la forma de sentencia». Tal aclaración sería favorable a la tesis del recurrente, con tal que se lograra demostrar que la LEC. no sólo se propuso dejar establecida una correspon-

(2) GRASP: Ob. cit., pág. 565.

dencia entre el número de Magistrados llamados a decidir y la naturaleza jurídicoprocesal del «negocio», sino que, además, dió por realizado adecuadamente el intento. En efecto; en mi opinión, el art. 325 no permite dudarle, si se interpreta, de acuerdo con los cánones de la lógica, sin *desajustarle* de los demás preceptos hasta hacer de él una pieza sobrante.

Sea como quiera, no es difícil poner de relieve que si nuestra Ley procesal no se ha manifestado aquí de un modo rotundo, tampoco ha silenciado la cuestión por completo. Al contrario, el mismo art. 317 contiene una alusión que basta para reconstruir por vía deductiva el precepto legal insuficientemente enunciado. El razonamiento es sencillo: si para el despacho ordinario y para la resolución de incidentes que no lleven aparejada la forma de sentencia, la Sala deberá constituirse con tres Magistrados, por lo menos, bien cabe inferir que si esta posibilidad *sólo se tiene en cuenta para un caso particular* será porque *el supuesto general no se rige por el mismo principio*. En consecuencia, salvo esos casos especiales, la Sala debe quedar integrada por más de tres Magistrados.

Tal es el espíritu de las disposiciones de la LEC. Frente a ella, sin embargo, la Ley de 7-VII-1934, derogando en este punto el Decreto de 2-II-1931, dispuso que para las apelaciones de los juicios de menor cuantía podría estar compuesta la Sala por tres Magistrados solamente. Pero esta prescripción legal ¿se puede hacer extensiva a otros procedimientos especiales o al juicio de mayor cuantía? Yo creo que no; precisamente, porque todo lo excepcional ha de ser interpretado en forma restrictiva.

Tampoco me parece aceptable otro argumento del Tribunal Supremo, que ya fué sostenido en sentencia de 22-V-1912, según el cual, bastando para que haya sentencia en las Audiencias con tres votos conformes de toda conformidad, no se ve motivo para exigir mayor número que éste de Magistrados, cuando entre ellos no exista ninguna discrepancia. Este alegato sería admisible si los arts. 317 y 325 no implicaran cabalmente la tesis contraria. Por lo demás, deducir la plena conformidad por la certificación negativa de votos reservados, puede ser legalmente correcto; pero de hecho cabe muy bien, a tenor del art. 367 de la LEC., que el disidente firme con la mayoría y no formule después voto reservado. Entonces, aunque parezca que las condiciones legales sobre el *quorum* indispensable para que exista resolución han quedado cumplidas, se ha cometido en realidad una violación del art. 348. Es cierto que un disenso parcial de esta índole tendría muy escaso valor cuando la sentencia de apelación se limitase a confirmar la de instancia; pero sería realmente grave si decidiera su revocación.

Otra buena razón de política jurisprudencial contribuye a reforzar una interpretación diversa de la que nuestro Tribunal Supremo propugna. Una Sala compuesta únicamente por tres Magistrados, que deban decidir con absoluta unanimidad, corre un riesgo excesivo de discordia—con su cohorte de dilaciones y perjuicios para las partes—por lo que parece poco recomendable.

Pero, a pesar de todos estos argumentos contrarios, el criterio mantenido por la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal tiene a su favor consideraciones de gran trascendencia. En efecto; al tiempo de promulgarse la resolución, el Tribunal Supremo se enfrentaba, por un lado, con precedentes concretos, que constituían doctrina legal, a los que estaba ligado moralmente

(Sentencias 22-V-912 y 8-III-933) y, por otro, con una disposición poco clara de la LEC. que ya había recibido el impacto reiterado de una interpretación antitética. Era indudable que las Audiencias, al constituirse con tres Magistrados y decidir por votación unánime procesos autónomos que no fueran de menor cuantía, no incurrieran ya en quebrantamiento de forma, puesto que se limitaban a dar a los arts. 317 y 348 de la LEC. el mismo valor que les había otorgado la Jurisprudencia. Así, pues, al no mediar detrimento de la Justicia, que impusiera un cambio, el Tribunal Supremo obró con la mayor cordura, prefiriendo mantener una doctrina *cierta* antes que rectificar en pro de una interpretación más probable, pero de muy poca o ninguna importancia.

Así todo, para prevenir discordias, cuando la sentencia requiera tres votos conformes, no parece prudente constituir la Sala con sólo este número de Magistrados.

II

Con un propósito plausible de afrontar todos los problemas planteados, la sentencia se ocupa también, en su segundo considerando, de una cuestión que, si ya era inoperante para el éxito del recurso—frustrado por la declaración anterior—ofrecía, en cambio, cierto interés teórico. Dicha cuestión es ésta: La constitución defectuosa del Tribunal ¿encaja en la hipótesis del art. 1.697 ó, por el contrario, en la regla general del 1.696?

El Tribunal Supremo entiende que el art. 334 de la LEC. brinda una excelente oportunidad para que la parte agraviada reclame, durante la vista, contra la defectuosa constitución del Tribunal.

Esta doctrina, ya establecida en sentencia de 5 II-934. es, a mi juicio, irreprochable, pues en la vista existe, evidentemente, momento procesal adecuado para pedir la subsanación de la falta. Es a partir de la conclusión de este trámite cuando ya no cabe formular reclamación alguna, y, entonces, y sólo entonces, se estará frente a las condiciones hipotéticas a que el art. 1.697 alude y se aplica.

José LOIS ESTEVEZ

2. Asunción de deuda

SENTENCIA 10 FEBRERO 1950 (*)

COMENTARIO

1. A partir del fundamental estudio de De Diego (*Transmisión de las obligaciones*, Madrid, 1912), nuestra doctrina es francamente favorable a la transmisibilidad de los débitos por título particular.

Los anotadores del Tratado de Enneccerus, Pérez González y Alguer, siguiendo el rastro del llorado maestro, realizaron un fino análisis exegético

* Vide los antecedentes, motivos y considerandos en el fasc. 3, t. III de este ANUARIO.

de los preceptos del Código civil atinentes a la novación que les condujo a las siguientes conclusiones:

1.^a El término novación, a la luz de los precedentes inmediatos del Código civil y del articulado del mismo, puede significar tanto la extinción de una obligación preexistente mediante la creación de una obligación nueva como la modificación de una obligación que subsiste con la variación, sustitución o subrogación de alguno de sus elementos.

2.^a No hay precepto en el Código civil español que de un modo inequívoco sancione que la sustitución de la persona del deudor implique *a fortiori* la extinción de la obligación primitiva y la creación de una nueva.

3.^a La novación no se presume, y esta ausencia de presunción debe referirse también al caso de sustitución de deudor.

4.^a El Código civil español no regula la institución de la asunción de deuda, pero no prohíbe ni excluye el que se lleve a la práctica (1).

Hoy, esta doctrina ha tenido ya una expresa consagración jurisprudencial, reconociendo en un buen número de sentencias recaídas sobre supuestos de no-

(1) Anotaciones al *Tratado de Derecho civil*, de ENNECOBRUS, t. II, vol. 1, págs. 410 y siguientes, esp. pág. 414; DE DIEGO, *Op. cit.*, págs. 268-293, que contienen, más que en germen, bastante elaborados, ya los razonamientos desenvueltos por PÁREZ y ALGUER para justificar la naturaleza *bifronte*—extintiva y modificativa—de la novación española. En el mismo sentido, entre otros, CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 6.ª ed. revisada, t. II, Madrid, 1943, págs. 581-582; DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, t. III, Madrid, 1924, pág. 282; BONET, *Comentario a la sentencia del T. S. de 22 de febrero de 1946*, en *Revista de Derecho privado*, 1946, pág. 550-551; PUIG PANA, *Tratado de Derecho civil*, t. IV, vol. I, Madrid, 1946, págs. 153-155, y, últimamente, AZURZA, *Notas sobre novación en Revista de Derecho privado*, julio-agosto de 1950, págs. 595-599.

Al margen de esta directrix, admiten también en nuestro derecho la transmisión pasiva de las obligaciones por título singular, GONZÁLEZ PALOMINO y COSSÍO. Para el primero, en nuestro derecho, la novación (que es una forma de extinguir obligaciones) exige uno de estos dos requisitos alternativos: el «animus novandi» o la incompatibilidad de las obligaciones (art. 1.204). Faltando ambos no habrá novación. Habrá otra cosa (cesión de crédito o asunción de deuda). (*La adjudicación para pago de deudas*, apartado IV, *Nota sobre la transmisión pasiva de obligaciones en el Derecho español*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Año I, 1945, págs. 219-237, esp. pág. 227). Por su parte, COSSÍO en su brillante conferencia *La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular* (ibídem, págs. 187-206), fundamenta la posibilidad legal de la asunción de deuda dentro del Código, no sobre la base y obsesión de creer que la novación pueda ser meramente modificativa, sino simplemente aprovechando la regulación que de ella hace el Código civil, atendiendo, más bien que a la nomenclatura, a sus consecuencias. Pero, aun dentro de su valiosa construcción, se observa que la distinción entre novación extintiva y no extintiva, que late en el artículo 1.204, no está desprovista de fundamento ni es indiferente, como el propio COSSÍO se ve obligado a reconocer al determinar el alcance del artículo 1.207. (*Vide op. cit.*, págs. 196-196.)

En sentido contrario tan sólo se manifiestan, según nos consta, ROCA SASTRE y PUIG BRUJAR (*La transmisión pasiva de las obligaciones*, en el vol. I de sus *Estudios de Derecho privado*, Madrid, 1948, págs. 295-321, esp. págs. 297-300 y 318), quienes se hacen eco de las críticas generales negadoras del concepto de cesión de deuda. A su juicio, seguir manteniendo que la deuda no ha cambiado, después de haber pasado a otro deudor, de estar respaldada por un patrimonio distinto y de haberse extinguido los derechos accesorios de garantía, parece un intento infructuoso. Los efectos de la sustitución de deudor son, en realidad, los propios de la extinción de la obligación antigua y de la creación de otra nueva entre el acreedor y el nuevo deudor (*op. cit.*, pág. 318). Sobre todo esto, *vide lo que decimos más adelante*.

lación objetiva, que junto a la novación tradicionalmente considerada como extintiva, hay lugar para una «novación meramente modificativa» (2), y más tarde, dando entrada abiertamente en nuestro ordenamiento a la llamada asunción de deuda (*Schuldübernahme*), dentro de la amplia y generosa mecánica novatoria del Código civil.

La sentencia de 22 de febrero de 1946, por vez primera, alude al instituto al decir en uno de sus considerandos que «aun cuando nuestro Código civil no hace referencia expresa a la asunción de deuda, únicamente regulada en el Código civil alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor invocadas en el recurso—artículos 1.203, núm. 2.º, 1.204 y 1.205—, y si bien es cierto que éstas exigen para la eficacia de dicho cambio que el acreedor preste su consentimiento, lo que puede verificarse por el acreedor en cualquier momento y forma, según se desprende de la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1908 (debe entenderse 16 de junio) (3), es del mismo modo manifiesto que este requisito, como sostiene la sentencia de 13 de abril de 1918, está establecido en beneficio del acreedor y no puede ser alegado por los causahabientes del deudor, y por ello no cabe estimar en el caso presente la invocación que se hace de la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1943.

El Tribunal Supremo, dando un paso decisivo, va mucho más lejos en la sentencia objeto de nuestro comentario, al decir categóricamente que «como ya hizo notar la sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1947 (3 bis), el texto de los artículos 1.203 y 1.207 (*a sensu contrario*) del Código civil autoriza a firmar que este Cuerpo legal admite, al lado de la novación extintiva, una novación meramente modificativa, debiendo advertirse igualmente que no existe en dicho Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva, siendo de advertir ahora, como complemento de la indicada doctrina, que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obliga-

(2) Sentencias de 28 de junio de 1940, 24 de marzo, 29 de abril, 11 de julio y 5 de diciembre de 1947. Especialmente interesantes son las de 29 de abril y 5 de diciembre de 1947. Vide el comentario de BONSER en «Revista de Derecho Privado», 1948, págs. 372 y 240-241, respectivamente, y también AZURZA, op. cit., págs. 595-599.

(3) Vide el comentario de BONSER en «Revista de Derecho privado», 1946, págs. 550-551.

(3 bis) «Si bien el artículo 1.204 del Código civil exige, para que la novación se produzca, una declaración terminante de las partes, o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto—novación extintiva—, no a la meramente modificativa, que el Código civil también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1.203 e igualmente *a sensu contrario* del texto del artículo 1.207, y es lógico la admita, porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior, cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esta relación posterior como completamente distinta de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por esta Sala en su Sentencia de 30 de diciembre de 1935, en cuanto declara que: en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea la modificación no extintiva de la obligación.»

ción preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo». Y partiendo de estas consideraciones generales, con relación al caso de autos, sostiene que si bien, al asumirse las deudas, «se operó indudablemente una novación modificativa de las obligaciones existentes por cambio de deudor, no pueden estas obligaciones reputarse extinguidas, conclusión que se reafirma, teniendo en cuenta que tampoco significa extinción de una relación obligatoria, sino modificación de la misma, por cambio de acreedor, el caso de cesión del crédito, y así demuestran el artículo 1.112 y los 1.526 y siguientes del Código civil».

2. Después de este expreso reconocimiento por parte del Tribunal Supremo—que tiene valor de doctrina legal—de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones mediante negocio jurídico *inter vivos*, carece ya de interés la discusión acerca de la posibilidad lógico-jurídica de la sucesión particular en los débitos (4), tanto más que en nuestro ordenamiento se encuentra ahora disciplinado un supuesto de asunción de deuda en el art. 118 de la nueva Ley Hipotecaria que se ocupa del importante problema de la transmisión de finca hipotecada (5).

Hay que partir, por tanto, de la posibilidad legal del fenómeno. Sin embargo, no estará de más hacer una ligera indicación a aquel respecto.

Superada la vieja concepción romana del fuerte subjetivismo y personalismo de la relación obligatoria, como vínculo inseparable del acreedor y del deudor, esa relación jurídica pasó a tener en el Derecho moderno naturaleza patrimonial y se tornó transmisible, tanto por su lado activo como por el pasivo. Créditos y débitos entran ya en circulación jurídica, son objeto de trans-

(4) Sobre este problema, para no multiplicar las citas, remitimos a las clásicas obras de DE DIEGO, págs. 190 y sigs.; CARNEIRO PACHECO: *Da successão singular nas dividas*, Coimbra, 1912, págs. 10 y sigs.; COVIELLO, N.: *Della successione nei debiti a titolo particolare*, en «Archivio giuridico», LVI (1896), págs. 267-343, y LVII (1896), págs. 89-200 y 334-386, especialmente págs. 181-194; GAUFEMET: *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898, págs. 304-316. En Alemania se pronunció en contra LIPPMANN: *Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, en «Archiv für die civilistische Praxis», 107 (1911), págs. 1 y sigs., esp. págs. 26 y sigs.

Modernamente, el más decidido adversario de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones es PACCHIONI: *Diritto civile italiano*, Parte segunda, vol. I, *Delle obbligazioni in generale*, 2.ª ed., Padua, 1935, págs. 345-357, donde recoge sus anteriores estudios sobre el tema, especialmente *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto di obbligazione*, publicado en «Rivista del Diritto commerciale», 1911, I, págs. 1045 y sigs., y *La successione singolare nei debiti*, ibidem, 1913, I, págs. 61 y sigs. Pero su crítica negativa no encontró mucho eco en Italia. Cfr. ANDREOLI: *Delegazione privata e delegazione di pagamento*, en «Rivista di Diritto civile», 1934, págs. 529 y sigs., y *La delegazione*, Padua, 1937, págs. 273 y sigs.

(5) «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.» Sobre el precepto, vide ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo III, 2.ª edición, págs. 151-162; SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, páginas 351 y sigs.; *Compraventa de finca hipotecada*, con referencia en el Colegio Notarial de Barcelona (21 abril 1944); DE LA RICA: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 202 y sigs.; DE CASSO: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, págs. 519 y sigs.; COSSIO: *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona 1945, págs. 227-228.

misión, legal o voluntaria, universal o singular, *mortis causa* o *inter vivos*. La deuda, mero reverso del derecho de crédito, puede, como éste, transferirse de persona para persona, porque la mudanza subjetiva del titular no siempre altera su identidad; tan sólo en las obligaciones contraídas *intuitu personae* (sociedad, arrendamiento de obra, mandato, fiducia), en las que la consideración del sujeto obligado juega como factor decisivo, el *idem debitum* se destruye con el cambio de deudor. En los demás casos, la variación pasiva de la titularidad no afecta substancialmente a la permanencia del *mismo* vínculo.

Y no se diga en contrario que mudando la responsabilidad patrimonial (artículo I.III), a consecuencia de la mudanza de la persona del deudor, necesariamente cambiaría también el débito, porque la garantía no es la esencia misma de la obligación, sino una consecuencia eventual que incluso puede no entrar en juego.

Siendo los débitos un elemento del patrimonio representan un valor—siquiera negativo—, tienen por sí existencia económica y jurídica, y como tales pueden ser movilizables, siempre que no los hiera una razón *especial* de intransmisibilidad (obligaciones personalísimas *ex lege*, como, por ejemplo, la deuda alimenticia).

3. Mas, como observa Cossío, el carácter patrimonial que actualmente se reconoce a la obligación, no debe llevarnos a otorgar un favor incondicionado a la movilidad de los débitos en el tráfico con sacrificio de los legítimos intereses de cada uno de los sujetos afectados por la transmisión. Ello equivaldría, por otra parte, a prescindir por completo de la consideración de la persona, en una concepción deshumanizadora del Derecho. «Técnica el Derecho de la justicia, *arte de lo bueno y de lo justo*, como Celso lo definiera, hemos de hacer que nuestras fórmulas dejen de ser frios moldes de hielo y que nuestras construcciones se animen con calor de humanidad» (6).

Sentado esto, la sucesión particular en la deuda no puede ser construída paralelamente a la cesión en el crédito (7).

Como se sabe, la cesión de créditos se actúa por el sólo acuerdo del acreedor cedente con el tercero cesionario, no exigiéndose la intervención del deudor (8). Y como el crédito se transmite tal cual es en el momento de la trans-

(6) *La transmisión pasiva*, cit., pág. 206. La «humanización» del *Ius civile* es rotundamente defendida por F. DE CASTRO a lo largo de su obra (*Derecho civil de España*, 2.ª edición, Madrid, 1949). A este propósito, vide nuestro trabajo *Novos rumos do Direito civil*, en «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», vol. VI (1949), págs. 170 y siguientes.

(7) Como pretendieron DELRÜCK: *Die Uebernahme fremder Schulden*, Berlín, 1853, páginas 16 y sigs., y SALEILLES: *De la cession des dettes*, en «Annales de Droit Commercial», 1890, I, págs. 39 y sigs. Para la crítica de esta posición, vide COVIELLO, op. cit., LVII, páginas 336 y sigs. Cfr., no obstante, CORTE-ENNA: *Intorno al concetto dogmatico di cedibilità del debito*, en «Il Filangieri», 1911, págs. 30 y sigs., quien configura, en abstracto, una cesión del débito, para cuyo perfeccionamiento se prescinde del consentimiento del acreedor. Pero, como escribe RUSSO (*Cessione di debito*, en «Nuovo Digesto Italiano», vol. IV, Turín, 1833, págs. 558), «no es el contrato de cesión el que puede servir para transmitir el débito».

(8) «Es principio de Derecho que la cesión de crédito pueda hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación al mismo (cfr. art. 1.527 C. c.) tenga otro alcance que el obligarla con el nuevo acreedor, no reputando pago legítimo desde aquel acto el hecho a favor del cedente» (Sentencia de 27 febrero 1891).

ferencia, le acompañan siempre las garantías personales y reales accesorias (artículo 1.528).

Ex inverso, la transmisión de deuda no comporta un régimen similar.

Es cierto que idealmente bastaría el convenio de los dos deudores, sin que fuera necesaria la intervención del acreedor. Así, en la forma más común de sustitución del sujeto pasivo de la obligación (*delegatio*), que implica un acuerdo entre el deudor primitivo y el nuevo. En la *expromissio*, en cambio, que supone un pacto entre el nuevo deudor que asume la deuda y el acreedor, se prescinde del consentimiento del deudor antiguo, análogamente a como en materia de créditos un tercero, de acuerdo con el deudor y a espaldas del acreedor originario, puede subrogarse (por el pago) en los derechos de este último (cfr. arts. 1.203, núm. 3.º, 1.210, núm. 2.º, 1.211 y 1.212). Las garantías personales o reales serían arrastradas automáticamente al transferirse la deuda de que son secuela y refuerzo.

Pero por muy lógica y expedita que parezca esta construcción, y no obstante las posibles ventajas que pueda ofrecer desde el punto de vista práctico, el hecho es que ni los Códigos más modernos la han consagrado con tal amplitud.

La cesión de deuda es algo que no afecta de modo exclusivo al deudor cedente y al cesionario, sino que eventualmente importa también—y mucho—al acreedor y a los titulares pasivos de los derechos accesorios de garantía de la obligación principal transmitida (9).

De ahí que no pueda admitirse de forma incondicionada, a diferencia de lo que ocurre con el acreedor (10), la fungibilidad del sujeto pasivo de la obligación se imponga la necesidad de subordinar los efectos que normalmente tendría la transmisión de deuda al libre asentimiento de los que puedan ser directamente perjudicados por la presencia en la obligación de un nuevo deudor, poco honesto, inepto—lo que tiene la máxima trascendencia en las obligaciones consistentes en un *fare*—o insolvente.

Acertadamente, pues, la sentencia en examen (11) exige en todo caso (sin exceptuar la *delegatio*) el asentimiento del acreedor para que respecto del mismo la transferencia de deuda sea eficaz, es decir, para que libere al deudor primitivo y vincule al nuevo en la obligación preexistente.

Por lo que se refiere a la suerte de las garantías personales o reales del débito transferido, faltando en nuestro Derecho un precepto equivalente al § 418 del B. G. B. y no siendo directamente aplicable el artículo 1.207 del

(9) En el cuadro de los sujetos afectados por la transmisión de deuda hay que colocar también a los deudores solidarios del antiguo deudor, porque el cambio de éste puede perjudicar el buen éxito de su derecho de regreso. Ellos están, pues, como los terceros garantes, directa y eventualmente interesados. Los acreedores del acreedor, en cambio, sólo pueden ser afectados por la mudanza del deudor del segundo de modo eventual e indirecto, y tienen siempre el remedio de la acción pauliana (art. 1.111, *in fine*).

(10) La consideración de la persona del acreedor importa menos al deudor. Con todo, no puede ser a éste indiferente tener un acreedor más exigente o menos escrupuloso que el originario. Pero el Derecho sacrifica ese interés—ciertamente no tan grave como el del acreedor en la hipótesis inversa—en aras de la fácil circulación de los créditos.

(11) Como ya las de 16 de junio de 1906 y 22 de febrero de 1946, que juzgan también aplicable a la novación meramente modificativa *mutato debitore* lo dispuesto en el artículo 1.205 del Código civil.

Código civil, por referirse a la novación extintiva, cabría pensar que, toda vez que la deuda continúa siendo la misma, las fianzas, prendas o hipotecas seguirían en pie aun después de la transmisión.

Sin embargo, creemos que para que aquéllas subsistan hará falta que quienes las concedieron—normalmente en consideración a la persona del deudor garantido—otorguen su consentimiento, porque de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor, sobre todo si el nuevo resultara insolvente.

La solución propugnada tiene un punto de apoyo en el artículo 1.851 (12), del cual se desprende que no puede agravarse la posición de los fiadores sin su consentimiento. Cumple, por tanto, colmar la laguna de la ley mediante la interpretación integradora, completando el sistema dentro de su propio estilo, sin menoscabo de sus trazos generales, de sus líneas arquitectónicas (13). El régimen establecido por el artículo 1.207 para la *novación* sería así también utilizable en materia de asunción de deuda, si bien con las restricciones postuladas por la diferente naturaleza de la figura: las garantías (prenda o hipoteca) prestadas por el deudor primitivo que de algún modo interviene en la asunción de deuda deben continuar afectas, no sólo porque entonces hay que presumir su tácito consentimiento para la subsistencia, sino también porque ningún interés *ajeno* impone en este caso el desvío de lo que constituye una consecuencia normal del negocio. No interviniendo el deudor, estaría en la misma situación que los terceros garantes.

4. Después de lo dicho resulta claro que la transmisión voluntaria de los débitos (asunción de deuda) se distancia de la cesión particular de créditos.

Mas cabe preguntar si, por contra, ese condicionamiento del instituto no lo asimilará prácticamente a la novación extintiva *mutuo debitore* (14).

Porque si para que la transmisión se opere con plenitud de efectos liberatorios es exigido el consentimiento del acreedor (cfr. art. 1.205) y si para que las obligaciones accesorias de garantía persistan es necesaria la conformidad de los obligados a prestarla (cfr. art. 1.207, *in fine*, a sensu contrario). ¿qué otras ventajas o consecuencias especiales llevará consigo la sucesión singular en la deuda que no tenga la novación por cambio de deudor?

(12) En el mismo sentido PÉREZ Y ALGUER: *op. cit.*, pág. 421.

(13) Cfr. M. DE ANDRADE: *Anuario de Derecho civil*, en «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. XXV (1949), pág. 449.

(14) Teóricamente, el procedimiento novatorio por cambio de la persona del deudor se distingue netamente de la asunción de deuda, a pesar de ésta requerir—como hemos visto—la autorización del acreedor y de los terceros garantes para surtir todos sus efectos naturales. Esa autorización, si bien imprime un cuño especial (personalista) a la transmisión voluntaria de los débitos, no la identifica con la *novación*: es una particularidad de la figura y no un obstáculo de su existencia autónoma.

En efecto, la asunción de deuda implica una transmisión: el nuevo deudor asume una deuda preexistente, colocándose en el lugar del hasta entonces deudor. La obligación continúa siendo la misma, tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista jurídico: hay una sucesión particular en el débito.

Por el contrario, la novación propia por sustitución del sujeto pasivo lleva aparejada, de modo necesario, la extinción de la obligación primitiva y la creación de otra nueva. Aun cuando económicamente la novación consista en la *transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*, jurídicamente se rompe la continuidad de la deuda, ya no es la misma: «hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituantur, ut prior perimatur» (ULPIANO, D. 46, 2. 1. pr.).

En primer lugar, como ya se ha dicho, el régimen de las garantías no es exactamente el mismo: las establecidas por el antiguo deudor que consiente en la transmisión de deuda acompañan a ésta, si de forma expresa no se excluyen; en tanto que en la novación por mudanza del deudor, dado el texto del artículo 1.207, las obligaciones accesorias, sin distinción, se extinguen siempre, a no ser que se haya acordado su permanencia.

Varian también las excepciones oponibles por el nuevo deudor al acreedor. Mientras que en la asunción de deuda se transmiten con ésta *todas* las excepciones (14 bis) y objeciones que la informan, en la novación *mutato debitore*, si no existe un pacto de reserva de excepciones, tan sólo pueden oponerse las que sean consecuencia de haberse concertado deudor y acreedor para transfundir el mismo contenido objetivo de la antigua obligación en la nueva.

Por lo demás, hay una serie de efectos peculiares de la asunción de deuda que por sí mismos justificarían el relieve teórico de que goza la figura. Tales son:

a) En virtud de la subrogación, el nuevo deudor queda obligado a pagar la indemnización de daños y perjuicios por culpa contractual cometida por el deudor originario y la pena convencional a que éste hubiere incurrido antes de la asunción de deuda.

b) Asimismo, el nuevo deudor queda obligado a pagar los intereses devengados no sólo a partir de la asunción de deuda, sino también desde la fecha inicial del débito, aunque después—como en el anterior caso—le sea permitido ejercitar la *actio in rem verso* contra el primitivo deudor, a menos que se hubiera comprometido expresamente a hacerse cargo de dichas responsabilidades.

c) Puesto que la obligación originaria pasa al asumente, conservando inalterada su propia naturaleza, es indudable que si aquella obligación estaba sometida a un plazo de prescripción diverso del normal, este mismo término se deberá aplicar aun después de verificarse la transferencia de la deuda. En la hipótesis de novación, por el contrario, aun admitiendo que el nuevo deudor puede oponer todas las excepciones inherentes a la deuda originaria, es obvio, precisamente por tratarse de *novación*, que a la nueva deuda no se podrá aplicar el mismo plazo especial, válido para la antigua (15).

d) La asunción de una deuda ajena no importa la mudanza del carácter de la obligación originaria, la cual, por ejemplo, sigue siendo mercantil aunque

(14 bis) Personales del deudor primitivo e inherentes a la deuda. Constituye un punto de apoyo de esta consecuencia el artículo 1.148 del Código civil, directamente para la asunción cumulativa—que, como se sabe, implica la solidaridad de los dos deudores—e indirectamente para la asunción privativa o perfecta, puesto que puede decirse que es ese el espíritu del Código. El hecho de que el fiador no pueda oponer al acreedor las excepciones puramente personales del deudor (cfr. art. 1.853), confirma en cierto modo esta idea, porque en la fianza no hay subrogación en la deuda, sino aseguramiento de la misma. Si la Ley facilita la defensa del fiador, permitiéndole esgrimir en lugar del deudor principal todas las excepciones que al mismo competen y sean inherentes a la deuda, ello responde a una elemental razón de justicia.

(15) BIGLIANI (*Novación y sucesión en la deuda a título particular*, en «Revista de Derecho Privado», 1943, págs. 489 y sigs., concretamente pág. 495) pone un especial empeño en esta consecuencia peculiar, de la asunción de deuda. Cfr. también, del mismo autor, *La delegazione*, Padua, 1940, págs. 117-118.

la persona que la asume no sea comerciante. Viceversa, la novación, creando una deuda nueva, puede suprimir aquella cualidad (16).

Téngase en cuenta, por otra parte, que los puntos de contacto entre novación *mutato debitore* y sucesión particular en la deuda casi desaparecen, acentuándose las divergencias cuando se comparan las dos figuras en la pureza de sus límites sin la mixtificación que supone la novación con reserva de garantías y excepciones, tan contraria a la esencia misma del procedimiento novatorio. Ello responde, en realidad, a la tendencia de actuar en el campo de la novación propia resultados que lógicamente se deberían conseguir mediante el instituto de la asunción de deuda. Tanto esto es así que ha hecho decir a más de un autor que la novación subjetiva por cambio de deudor, si bien se mira, no es otra cosa que la sucesión singular en el débito y que lo mismo da bautizar el fenómeno con uno u otro nombre (17).

Pero la verdad es que por mucho que se haga, nunca se llegará a colmar totalmente el foso que separa la novación de la asunción de deuda.

Finalmente, no debe olvidarse que la transmisión del débito es el medio jurídico más práctico, natural y sencillo de transferir el *onus* o encargo económico de la deuda, superior con mucho al artificioso y retorcido procedimiento de la novación.

5. La sentencia define muy correctamente la asunción de deuda como «el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo».

La asunción de deuda puede concluirse mediante contrato del asumente con el acreedor o con el deudor (*expromissio* y *delegatio* meramente modificativas, respectivamente).

Si se realiza por convenio del que toma la deuda con el acreedor, aquél se constituye inmediatamente en deudor y el anterior deudor queda también liberado de forma inmediata. No es necesario, según se desprende del artículo 1.205, el consentimiento del hasta entonces deudor.

Si se concluye mediante contrato entre el que asume la deuda y el deudor primitivo, su eficacia pende provisionalmente de la ratificación del acreedor, que puede darla en cualquier tiempo e incluso de modo tácito, tratando como deudor efectivo al asumente. Así resulta del artículo 118 de la Ley Hipotecaria y de la sentencia de 16 de junio de 1908, según la cual el precepto del artículo 1.205 no significa ni requiere que el consentimiento del acreedor en el cambio de deudor se haya de prestar precisamente en el acto mismo en que los deudores acuerden la sustitución, porque siendo su notorio objeto el mantenimiento íntegro del derecho del acreedor, basta con que éste manifieste dicho consentimiento *en cualquier forma y momento*, mientras el acuerdo de los deudores permanezca subsistente (18).

(16) Cfr. BIGIARI, op. et loc. últ. cit.

(17) Cfr. COVILLO, op. cit., LVI, pág. 304; COSSIO, *La transmisión* cit., págs. 190-191 y 185-197.

(18) Es claro que—como dice la Sentencia de 27 de mayo de 1931—siempre debe constar de un modo cierto e indudable. Frente a la doctrina consagrada por la Sentencia de 16 de junio de 1906, repetida en varias ocasiones por el Tribunal Supremo, la Sentencia de 10

La naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda concluido entre los dos deudores es discutidísima y ofrece serias dificultades de orden conceptual.

No es nuestro propósito examinar aquí, con el detenimiento que merecen, las diferentes teorías presentadas por la doctrina. Simplemente queremos hacer notar que la explicación más simple y realista del fenómeno sea, tal vez, la que se cifra en combinar el negocio de toma interna de deuda con la teoría de la disposición del derecho ajeno, acogida por la opinión dominante (19), a la que no vacilamos en adherirnos, si bien con ciertas restricciones y precisiones que procuraremos sintetizar en pocas líneas.

In limine a la indagación dirigida a encontrar el fundamento técnico-jurídico de la asunción de deuda hecha a espaldas del acreedor debe tenerse por cierto un dato que parece imponer, no sólo el resultado práctico del negocio normalmente querido por las partes (en el 99 por 100 de los casos), sino también el derecho positivo: y es el carácter retroactivo de la *ratihabito* del acreedor. Como toda ratificación, aquélla opera dentro de nuestro ordenamiento con efectos *ex tunc* (cfr. arts. 1.259, 1.313, 1.727 y 1.892 del C. c.), y así lo comprueba el nuevo texto del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, pues a propósito de la subrogación en la obligación principal convenida por el vendedor y el comprador de finca hipotecada, no dice que el primero quedará desligado de dicha obligación *cuando* el acreedor prestare su consentimiento, sino *si* lo prestare (20).

Por consiguiente, hay que explicar satisfactoriamente tanto la eventual eficacia *ab initio* del contrato de toma de deuda—cosa que no resulta de la teoría de la oferta colectiva ni tampoco de la teoría del contrato a favor de tercero (21)—como su producción de efectos respecto de quien, no siendo parte (acreedor), aquel convenio sería una *res inter alios acta*, como tal irrelevante.

de junio de 1943 volvió al sistema de la de 3 de enero de 1907, en lo referente a entender que «el consentimiento que el acreedor ha de prestar para la novación no se presume ni revela por la acción que el mismo ejerce en el juicio que sobre ella verse». Vide el comentario de BONET en «Revista de Derecho Privado», 1943, pág. 654.

(19) La formulación primera de la teoría pertenece, como es sabido, a WINDSCHIED (Vide *Diritto delle Pandette*, vol. II, parte I, Turín, 1904, pág. 308, nota 6; una clara exposición se encuentra en la obra de DE DIEGO, págs. 250-251). En Alemania encontró en seguida general aceptación (UNGER, GÜRGENS, REGELSBERGER, COSAK, ENNECCERUS, OERTMANN, DERNBURG, ENDEMANN y otros muchos). Entre nosotros la siguen PÉREZ Y ALGUERA, op. cit., páginas 416-417; BONET, comentario cit., en «Revista de Derecho Privado», 1946, pág. 551; SANZ FERNÁNDEZ, conferencia cit.; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 153; GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., páginas 226 y 228-229. *Contra*: ROCA SASTRE y PUIG BRUYAC, *La transmisión* cit., páginas 302-309.

(20) ROCA SASTRE y PUIG BRUYAC, op. últ. cit., pág. 308. Cfr. ROCA, *Instituciones*, III, páginas 158-159, y DE CASTRO, op. cit., págs. 523-524.

(21) La teoría de la oferta fué brillantemente defendida por COVELLO, op. cit., LVII, páginas 363-365, y LIPPMANN, op. cit., págs. 72 y sigs. ROCA y PUIG BRUYAC, siguiendo el rastro de este último, parecen liliarse también a ella en el citado estudio sobre la transmisión pasiva de las obligaciones, págs. 306-309. Para la crítica de esta teoría, vide ENNECCERUS, op. cit., págs. 400-410. La teoría del contrato a favor de tercero (sobre la cual puede verse la exposición de COVELLO, op. cit., págs. 351-356, y ANDREOLI, *La delegazione* cit., páginas 363-370) fué atribuida por DE DIEGO a la Sentencia de 16 de junio de 1908. Vide la crítica de la misma en *La transmisión de las obligaciones*, págs. 313-319, y también, GONZÁLEZ PALOMINO, op. cit., págs. 227-228, y COSSIO, op. cit., pág. 201.

Es manifiesto que cuando la asunción de deuda se pacta directamente con el acreedor el negocio es válido y eficaz de una manera instantánea, explicando por sí solo el fenómeno, porque en él interviene directamente como parte el acreedor, que es el único que tiene el derecho de liberar al antiguo deudor y de poner en su lugar uno nuevo.

Pero cuando con tal fin se concluye un negocio de transmisión de deuda entre el deudor cedente y el cesionario, el primero se sustituye al acreedor, atribuyéndose en el fondo la titularidad de aquel derecho o interés ajeno, del que dispone en nombre propio sin estar para ello autorizado (22). Es decir, estamos ante un negocio practicado sin *legitimación*, al que, por tanto, cumple aplicar el régimen de los actos desprovistos de ese presupuesto o requisito (23).

Siendo así, el contrato de toma interna de deuda, como negocio obligatorio válido, que tiende a la vinculación de un tercero, no podrá producir sus efectos típicos (liberatorio y constitutivo de deudor) en tanto que no sea ratificado por el acreedor, porque su eficacia potencial no se agota en la esfera de las partes, sino que se proyecta sobre un otro, de tal forma que significa una efectiva intromisión en la esfera jurídica ajena.

La *ratihabito* del acreedor, subsanando el defecto de legitimación, operará así retroactivamente, en armonía con la voluntad normal de los tres interesados en el negocio. En el interin o en caso de que el acreedor se niegue a prestarla, la asunción de deuda *privativa* o *perfecta* podrá valer como *asunción de cumplimiento*, o sea como promesa del nuevo deudor al primitivo de satisfacer oportunamente al acreedor, porque es este el único efecto—ciertamente, por ser lo menos, comprendido en lo más—que aquel convenio puede producir sin implicar un negocio sobre el patrimonio ajeno en sentido técnico (*negotio sul patrimonio altrui*, en la terminología de Cariotta Ferrara (24): cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor, está legitimada para hacer el pago (artículo 1.158).

La asunción acumulativa o de refuerzo (adhesión a la deuda o coasunción), en cambio, no parece que sea subsidiariamente utilizable, porque ni el antiguo deudor tiene por sí facultad para extender a otro la deuda con carácter solidario, ni el nuevo puede adherirse en tal concepto sin el consentimiento del acreedor, que es el único legitimado para dar ingreso y colocar al asumente junto al deudor originario.

Juan-Bautista JORDANO

(22) Si la autorización del acreedor precediera o fuera concomitante al acto dispositivo del deudor cedente no habría problema. El deudor actuaría entonces estando previamente legitimado para transmitir la deuda con efectos liberatorio y constitutivo.

(23) La legitimación, como se sabe, consiste en aquella posición del sujeto respecto del objeto del negocio (interés que está llamado a regular), que se requiere para que ese sujeto pueda practicar con perfección determinado acto. Normalmente, aquella posición relativa del sujeto corresponde a la titularidad del derecho sobre el que versa la disposición, modificación, etc. Desde el punto de vista subjetivo se traduce en una facultad. Para mayores desenvolvimientos, vide MENGONI: *L'acquisto ex non domino*, Milán, 1949, capítulo II, y MAGALHÃES COLLAÇO: *Da legitimidade no acto juridico*, Lisboa, 1949, y autores allí citados.

(24) *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936.

3. Naturaleza y efectos de la promesa de venta

SENTENCIA 1 JULIO 1950 (1)

A los antecedentes expuestos en el lugar oportuno de este ANUARIO, queremos añadir ahora algunos detalles: en primer lugar, el texto del documento privado en que se formalizó la promesa de venta origen del litigio: «Por el presente documento, yo, B. F. S., declaro que al fallecimiento de mi esposa, doña A. M. V., no se ha practicado la correspondiente partición de bienes, figurando como gananciales de la misma la mitad proindivisa de una dehesa denominada B. de O., en término de Trujillo, y habiendo convenido con don M. T. R. la venta de la parte que se me adjudique, a razón del precio de 50.000 pesetas toda la mitad, me comprometo por medio del presente documento a que tan pronto se formalice la expresada participación de bienes, vender la parte que se me adjudique de la repetida mitad de dehesa al don M. T. R. por el precio correspondiente a razón del indicado toda la mitad.»

Por otra parte, hay que hacer constar que en ambas instancias se condenó al demandado a otorgar la correspondiente escritura de venta a favor del actor, con apercibimiento de otorgarla el Juez en su nombre si no lo hacía voluntariamente.

Respecto de los antecedentes de hecho, es preciso hacer algunas observaciones: en primer lugar, la de que, aunque no conste claramente en los resultandos de la sentencia, y el demandado lo negase, parece evidente que la promesa fué aceptada, y hubo, por tanto, vinculación del promitente. Lo que no resulta tan claro es si la promesa fué unilateral o bilateral; las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo parecen partir de la base de que fué bilateral; no obstante, de los resultandos de la segunda no se deduce así, hasta el punto de que el documento antes copiado parece expedido solamente por el futuro vendedor, sin que la otra parte se comprometa a nada. En la duda, por tanto, nuestra nota debe abarcar ambas hipótesis; por otra parte, veremos cómo las soluciones posibles para una y otra están íntimamente relacionadas.

En segundo lugar, hay que advertir cómo la razón de que sólo se concertase la promesa de venta, y no la venta perfecta, fué, probablemente, el no haberse realizado aún la partición de gananciales, y ser, por tanto, incierta la participación que había de ser vendida.

La presente sentencia tiene el valor fundamental de que en ella el T. S. se enfrenta por primera vez, según lo que hemos podido ver, con el caso clave para determinar la naturaleza y eficacia de la promesa de venta: el del promitente que se niega, abiertamente y sin otra razón que la de la naturaleza de dicha promesa, a cumplir ésta (2). Por otra parte, el planteamiento del pro-

(1) V. en el tomo III, fasc. III, de este ANUARIO, págs. 997 y sigs.

(2) En primera instancia se alegó que la petición, por el demandante, de la división material de la cosa, suponía la no aceptación de la promesa; aparte de que este argumento era improcedente, el problema no pasó a casación.

blema y la solución dada por el T. S. pueden servir de guía y pauta para otros casos de precontratos de contratos consensuales.

Tal vez los dos problemas de más trascendencia que ha planteado la promesa de venta, y en general el precontrato, han sido éstos: 1.º Su naturaleza: ¿Cabe construirlo como figura independiente del correlativo contrato, o es preciso equipararlo a éste, si bien con alguna especial modalidad? 2.º Si se acepta la construcción del precontrato como figura independiente, ¿cuál es su eficacia? ¿Puede el Juez sustituir la voluntad del obligado para dar vida al contrato prometido, en caso de que aquél se niegue arbitrariamente a cumplir la promesa?

Vamos a comenzar (3) analizando la posición del T. S. respecto de cada uno de estos problemas: A) En cuanto al primero, tradicionalmente ha venido el T. S. separando la promesa de venta de la compraventa perfecta, aunque fluctuando en cuanto al criterio de distinción y adoptando en ocasiones posiciones difícilmente sostenibles (4). Prescindiendo de estas desviaciones, hallamos cómo se advierte ya la separación en la sentencia de 13 de febrero de 1897, que hace prevalecer una compraventa sobre una promesa anterior hecha a distinta persona, aun al margen de la aplicación del artículo 1.473 C. c.; en la de 11 de octubre de 1899, sobre novación de la promesa por compraventa ulterior; en la de 18 de marzo de 1911, según la cual la compraventa, aunque tenga, su iniciación en una promesa, no se formaliza y complementa hasta la escritura posterior, a la que hay que atenerse para calificar el contrato; más importante que las anteriores es la sentencia de 14 de noviembre de 1927: en ella se nos da como característica la promesa, que al parecer la distingue de la compraventa, la de no transmitir el dominio; es evidente que tampoco la compraventa, por sí sola, lo transmite; pero lo que parece querer decirse es que la promesa no es título para dicha transmisión, es decir, que aunque se verifique la tradición o se otorgue escritura, no se adquiere el dominio. Esta sentencia añade que por ser el cumplimiento de la promesa un hecho futuro podría sobrevenir su imposibilidad, por lo que el legislador equipara el incumplimiento fortuito al voluntario en el párrafo segundo, artículo 1.451: se puede objetar que también en una compraventa de ejecución no simultánea al contrato puede sobrevenir la imposibilidad; pero lo que se quiere decir creemos que es que por no ser la promesa título apto para la transmisión, tampoco se transmiten los riesgos al futuro comprador. La doctrina francesa, sobre la base del artículo 1.589 de su C. c., ha tenido que admitir que la promesa transmite los riesgos (5): el artículo 1.373 del Proyecto de 1851 recogió sustancialmente el contenido del citado artículo francés; pero ya García Goyena disenta

(3) Preferimos abstenernos de un planteamiento general del problema del precontrato, que excede de la índole de esta nota; para ello, así como para indicaciones bibliográficas, nos remitimos a los amplios trabajos de MONO LERESMA (*El precontrato*, en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1934), y de ALGUER (*Para la crítica del concepto de precontrato*, «Revista de Derecho Privado», 1935, págs. 321 y sigs., 369 y sigs., 417 y sigs., y 1936, págs. 1 y sigs.).

(4) Puede verse una exposición crítica de esta jurisprudencia en las notas de PÉREZ y ALGUER al *Derecho de Obligaciones de Enneccerus*, trad. esp., Barcelona, Ed. Bosch, 1935, volumen II, págs. 96-97.

(5) V., por ejemplo, DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Ed. Rousseau, París, 1923, t. II, pág. 14.

de la doctrina francesa respecto al problema de los riesgos, que, para él, no se transmitían (6). Pues bien, lo que los autores del C. c. quisieron, en el párrafo segundo, artículo 1.451, fué, probablemente, consagrar la tesis de García Goyena; como dice la sentencia aludida, se asimilan el incumplimiento fortuito y el voluntario, o, mejor dicho, la imposibilidad de cumplimiento por causa fortuita (por ej., destrucción casual de la cosa) y por causa voluntaria (por ejemplo, haberla vendido a otro); asimilación, claro está en el sentido de que en ambos casos se extinguen las originarias obligaciones contractuales de ambas partes, aunque pueda nacer, en el segundo caso, una obligación de indemnización por culpa o dolo; en cambio, en la compraventa, la doctrina suele interpretar el artículo 1.452, párrafo primero, en el sentido de que la pérdida fortuita de la cosa antes de la entrega no exime al comprador de pagar el precio. La sentencia de 11 de noviembre de 1943, a la que luego aludiremos, confirma esta tesis al señalar que el artículo 1.124 C. c. es aplicable al contrato de promesa de venta en virtud de la remisión del párrafo segundo, artículo 1.451, que se aplica tanto al incumplimiento voluntario como al forzoso; es decir, volviendo al supuesto de pérdida fortuita de la cosa, el promisorio puede en tal caso dar por resuelto el contrato; el comprador no, porque la cosa estaba a su riesgo.

La sentencia de 10 de marzo de 1928 señala que de la promesa de venta no cabe obtener, desde luego, la efectividad de la entrega de lo vendido, en que consiste el derecho originado del contrato de compraventa perfecto.

La importante sentencia, ya citada, de 11 de noviembre de 1943, consagra, con gran lujo de razonamientos, la separación entre promesa y compraventa, a propósito de la aplicación del artículo 1.124 C. c. Dice esta sentencia: «1.º Que la interpretación del artículo 1.451 de nuestro Código, a la luz de un criterio histórico, no abona la tesis de la asimilación absoluta de la promesa bilateral de comprar y vender a la compraventa verdadera y propia, pues si bien el Código francés, resolviendo una antigua cuestión, declaró, en su artículo 1.589, que la promesa de venta equivale a la venta cuando haya consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio, y esta norma pasó al Proyecto español de 1851, en cuyo artículo 1.373 se establecía que la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a un contrato perfecto de compra y venta, ya los Motivos y Comentarios redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora de dicho Proyecto, y que constituía una interpretación moralmente auténtica de su espíritu y disposiciones, por haber sido discutidos y aprobados por la Sección, se

(6) «Equivale a un contrato perfecto de compra, porque hay los tres requisitos esenciales de este contrato, a saber: consentimiento, cosa y precio cierto. Sin embargo, sea que la promesa contenga o no limitación de tiempo para su ejecución o cumplimiento, la cosa queda, entretanto, a riesgo del que prometió su venta, y para él perece si llega este caso, porque no es deudor de la cosa, sino de un hecho.

«POTHIER lo sentía así: Hay una grande diferencia entre la promesa de vender y la venta misma.

«Nuestro artículo dice más: Contrato perfecto; y, sin embargo, estoy con POTHIER; por ejemplo: Te venderé, por tanto, esta heredad dentro de seis años; si esto basta para transferirme la propiedad y los riesgos, habré también de hacer míos los frutos de los seis años, lo que no puede sostenerse: la Comisión opinó por lo mismo», GARCÍA GOYENA, Concordancias, t. III, pág. 363.

cuidaban de poner de relieve alguna importante diferencia que separa en todo caso la promesa de vender y la venta misma; lo cual acaso ha podido ser causa de que el definitivo Código civil diese una nueva redacción al precepto, en el que queda abandonado aquel principio tajante que sólo con aclaraciones que lo desvirtuaban parecía estar sostenido. 2.º Que tampoco la interpretación lógica es favorable a la tesis de referencia, pues aparte de que el respeto a la voluntad de los contrayentes, piedra angular del Derecho de la contratación, exige distinguir del contrato definitivo la mera promesa, cuando pueda probarse que aquéllos, al prometer comprar y vender, quisieron excluir los efectos de la compraventa actual, es bien notorio que el apartado 2.º del propio artículo 1.451, al disciplinar los efectos de la promesa de compra y venta en caso de imposibilidad de cumplimiento de la misma, aplicando a este respecto, no las reglas de la compraventa, sino las generales, relativas a las obligaciones y contratos, descarta el criterio de equiparación e identidad entre ambas figuras jurídicas. 3.º Que, en conclusión, a falta de una norma tan explícita cual la indicada del Derecho francés, hay que aceptar en el nuestro, como más racional y fundada, la concepción de la promesa bilateral de comprar y vender como un contrato preparatorio—o precontrato, como también, con técnica más moderna, pero menos acertada, se le designa—, que tiene por objeto la futura celebración de un contrato de compraventa y cuyos efectos no pueden coincidir en absoluto con los de la venta actual y definitiva.»

Por primera vez vemos, pues, encuadrada la promesa de compraventa en el marco de la figura conceptual del precontrato; en cambio, en cuanto a los efectos distintivos, no se dice en lo sustancial nada nuevo.

Complementaria de la anterior sentencia es la de 28 de marzo de 1944, que insiste en la dirección señalada en la de 1943, sin aportar nuevos argumentos de interés.

Las sentencias de 19 y 26 de octubre de 1946 y la de 19 de diciembre del mismo año rechazan, en sus respectivos supuestos, la existencia de promesa de venta por entender que se trataba de ventas perfectas. Pero admiten la posibilidad jurídica de la promesa y fijan su esencia, centrándola en el carácter preparatorio, con el efecto de obligar a la celebración de un contrato (sent. 19 de octubre); en la promesa, las partes, aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales de una compraventa, sólo se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrarla posteriormente (sent. 26 de octubre), siendo, por tanto, una modalidad contractual preparatoria de la compraventa y referida a un hecho futuro (sent. 19 de diciembre).

Hasta aquí, pues, es constante la tendencia favorable a la distinción; ésta viene, sin embargo, algo enturbiada por las sentencias de 23 de marzo de 1945 y 18 de enero de 1947, que tratan de distinguir la promesa de compraventa del contrato de opción, sobre la base de atribuir carácter bilateral a la promesa y unilateral a la opción (ésta sólo tendría carácter bilateral si se estipula el pago de una prima, lo cual es distinto de la promesa bilateral, en que la obligación de ambas partes se refiere a la celebración del contrato futuro), y estimar inaplicable a la opción el artículo 1.451. Pues bien, después veremos cómo este criterio distintivo puede suponer un factor de asimilación entre la promesa de compraventa y la compraventa. Precisamente la sentencia de 23 de

marzo de 1945 alude a las dificultades que técnicamente existen para distinguir las promesas bilaterales y los respectivos contratos definitivos.

En torno a la jurisprudencia hasta ahora reseñada, hay que observar que, al centrarse especialmente sobre la interpretación del artículo 1.451, no aborda el problema de la posibilidad lógica de la promesa como precontrato tal como ha sido fundamentalmente planteado por Alguer; consecuencia de ello es que no se encuentran en dicha jurisprudencia casos de promesa que no puedan ser técnicamente reconducidos a una compraventa bajo alguna de las modalidades a que el citado autor (7) reduce los supuestos de precontrato.

B) En cuanto al segundo problema, es preciso atender a sentencias dictadas, no sólo a propósito de promesas de compraventa, sino de otros supuestos de precontrato. En esta cuestión, las sentencias más claras se manifiestan contrarias a la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez. Así, la de 9 de julio de 1940, ocupándose de un precontrato de contrato de sociedad en que no se determinó la forma social a adoptar, el T. S. declaró que infringía los artículos 1.273 C. c., 151 y 153 C. de c. y 924 L. E. C. la sentencia que condenó a constituir sociedad anónima, como pretendía la mayoría, pero no la totalidad, de los precontratantes. Declara esta sentencia «que el contrato por el cual los partícipes en la explotación de que se trata pactaron mantener la indivisión, en espera de la estipulación futura de una sociedad que adoptase cualquiera de las formas admitidas en Derecho, merece el calificativo de preliminar (pactum de contrahendo) cuya función esencial consiste en ligar a las partes a la conclusión de un futuro contrato; pero que precisamente por ese carácter, ni tiene otro objeto que el de vislumbrar (¿) la voluntad a la celebración de un negocio ulterior, sin posibilidad de identificación con el del contrato definitivo, que ha de celebrarse después; ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el de un rescaramiento de perjuicios; precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del Juez, dando así vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer». Y añade más adelante: «Si es lícito en el orden procesal vencer mediante la interposición de la autoridad del Juez la resistencia a cumplir una obligación de hacer, y emplear para hacerlo los medios en cada caso adecuados, no lo es en cambio pretender que merced a esa intervención se cumpla una obligación que, además de personalísima, está específicamente indeterminada sin desconocer lo que es de esencia en el contrato previo y que por serlo tiene reflejo obligado en las consecuencias jurídicas del incumplimiento». Insiste en la doctrina de esta sentencia la de 16 de abril de 1941.

Finalmente, la de 21 de junio de 1946, sobre un caso de cláusula compromisoria, declara que si, intentada la avenencia para el nombramiento de amigables compondores, no se logra, no hay en nuestro Derecho medios coercitivos que permitan obligar al rebelde a celebrar el compromiso, por lo que la competencia vuelve a los Tribunales, quedando sólo la posibilidad de indemnización.

(7) Loc. cit., 1936, pág. 14.

No obstante, no cabe dar a estas sentencias un valor general, pues hay que tener en cuenta que en los supuestos contemplados se interfiere el problema del grado de determinación del contenido del futuro contrato. La sentencia de 5 de julio de 1940, respecto a un caso de sociedad, establece el criterio de que sólo cabe condenar al otorgamiento de escritura cuando haya acuerdo previo sobre todos los extremos que el C. de c. y el Reglamento del Registro Mercantil exigen que consten en la escritura de constitución y que no sean de los que pueden ser suplidos por la Ley (como en el nombramiento de socios gestores y representantes y la duración de la sociedad). Claro que esta sentencia no puede servir tampoco de argumento favorable a la posibilidad de sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, ya que parte de la base de que previamente existía un verdadero contrato de sociedad, que, por no haber cumplido los requisitos del art. 119 del C. de c., fué calificado de civil por el juzgador de instancia.

La dirección contraria a la de las sentencias reseñadas se manifiesta en la de 7 de febrero de 1945; se trataba de un derecho de opción otorgado por el marido, respecto de una casa edificada en terreno de la mujer, con dinero común; la cuestión se planteaba en Aragón; ejercitada la opción, la Audiencia condenó al marido a otorgar escritura de venta; el Tribunal Supremo estima el recurso por declarar inaplicable en Aragón el art. 1.404 C. c.; pero desestima el primer motivo, basado en que la promesa de venta no puede conducir a la condena al otorgamiento de la escritura, y declara que el recurrente «parte de una tesis contraria a la sustentada por la Sala, a saber, que se trata de una simple promesa de venta que sólo puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento, siendo así, como de la simple lectura de la cláusula relativa a la venta del contrato de arrendamiento de que se trata, se deduce que aquélla comprende un verdadero compromiso de vender durante un determinado tiempo, cuyo cumplimiento puede perfectamente ser exigido al amparo del citado precepto (art. 1.451 C. c.)». A nuestro juicio, este razonamiento es exacto para el derecho de opción, aunque no por aplicación del art. 1.451; pero, es que dicho derecho es esencialmente distinto a la promesa de venta y, por tanto, a ésta, tal como la entendemos, no puede aplicarse la doctrina de la referida sentencia que, por otra parte, contradice el criterio de distinción entre promesa y opción establecido por las sentencias antes citadas, ya que llama promesa a lo que es verdadera opción (7 bis).

La sentencia de 6 de marzo de 1947 se refiere a un caso de pacto de retroventa no anejo a la venta, sino separado y posterior a ésta; el Tribunal Supremo declara que tal pacto «es constitutivo de promesa de nueva venta, que si bien no es equiparable en absoluto al pacto de retraer, produce igual efecto

(7 bis) Creemos que el criterio exacto de distinción entre promesa y opción es el señalado por la sentencia de 10 de julio de 1946, según la cual, «la diferencia que separa el contrato de opción de la bilateral y recíproca promesa de venta es indudable, pues mientras en ésta las partes no venden y compran, sino que se obligan a vender y comprar, o sea, a prestar ulterior consentimiento, en el de opción, el promitente ha ofrecido la venta, que, al ser ejercitada por el optante al ejercitar la opción, queda la venta perfeccionada y, por tanto, al acordar el Juez la efectividad de la compraventa, no sustituye el consentimiento de las partes, sino que, sencillamente, se limita a ordenar la ejecución de un contrato ya perfecto». Más adelante insistiremos en esta cuestión.

obligacional de cumplimiento de lo pactado, por virtud de lo dispuesto en el art. 1.451 C. c.». Esta última declaración es un poco extraña, ya que el retracto convencional no crea en el comprador una obligación de retransmitir, sino que concede al vendedor un derecho para resolver la venta sin necesidad de que intervenga el comprador; no obstante, resulta evidente que lo que se quiere es declarar la posibilidad de condena al otorgamiento de la escritura con apercibimiento de ser otorgada por el Juez en su caso, ya que éste era el pronunciamiento de la Audiencia, contra el que se entabla el recurso, que es desestimado por el Tribunal Supremo. Ahora bien, quizá no haya inconveniente en asimilar el pacto contemplado a un verdadero retracto convencional, y aplicarle la solución dada por ser tal retracto y no por ser promesa de venta.

Tratemos ahora de señalar el significado que en cuanto a los dos problemas planteados puede tener la sentencia de 1 de julio de 1950. En cuanto al primero, afirma expresamente la distinción entre promesa y compraventa al recoger la doctrina de la sentencia de 28 de marzo de 1944 y al declarar que «dejando aparte las discusiones doctrinales sobre las modalidades que puede revestir este contrato de promesa de venta y si debe ser considerado solamente como contrato preparatorio o precontrato, es inquestionable que la dicha convención, al reunir los requisitos del art. 1.261 C. c., es, por su naturaleza un contrato consensual y bilateral *con vida y entidad propias*». Pero, al tratar de precisar la naturaleza de este contrato, se sostiene que la voluntad expresada en él se proyecta sobre su objeto (la compra o venta prometidas), de modo que es suficiente para la conclusión del contrato de compraventa; es decir, en el contrato de promesa ya se ha prestado el consentimiento para la compraventa; ahora bien, si esto es así, puesto el consentimiento contractual, ¿cómo cabe sostener que no se ha celebrado la compraventa? Esta podrá estar condicionada o aplazada, pero ello no es obstáculo para que exista; y si la compraventa existe, ¿para qué sirve ese otro contrato de promesa, distinto y simultáneo a ella? Precisamente la sentencia comentada afirma que la voluntad expresada en la promesa se proyecta sobre «la realización de la venta o compra prometidas cuando se resuelva la condición circunstancial o de tiempo establecida para su consumación»; es decir, la voluntad, ya puesta, espera para tener eficacia a que se cumpla una condición o un plazo. En definitiva, para el Tribunal Supremo, la promesa de venta no es sino una verdadera compraventa condicionada o aplazada, aunque parezca decir lo contrario.

Sentado esto, el segundo problema carece de sentido; si ya se ha prestado el consentimiento para la compraventa, es evidente que no es preciso reiterarlo y, por lo tanto, no hay por qué hablar de si puede o no el Juez sustituir dicho consentimiento; si hay que otorgar escritura pública, el Juez puede otorgarla, pero, a nuestro juicio, se limitará a declarar la existencia de un consentimiento previo, que es el que se incorpora a la escritura (8).

Por tanto, al rechazar el Tribunal Supremo la argumentación del recu-

(8) Aunque se admita la tesis del carácter dispositivo del instrumento público (V. Núñez Lagos, *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945, págs. 29 y siga.), no se trata de que el Juez preste un consentimiento en nombre del obligado, sino de que dé por reproducido un consentimiento ya prestado; la diferente trascendencia de la cuestión permite un régimen jurídico distinto.

rente, basada en el art. 1.161 C. c., hace algo innecesario y al margen de la tesis fundamental de la sentencia; aparte de que el art. 1.161 parte del punto de vista del acreedor (puede negarse a recibir el pago), mientras que aquí el problema se plantearía desde el del deudor (sólo él podría cumplir, aunque el acreedor se aviniese al cumplimiento por otro).

Ahora bien, la posición del Tribunal Supremo, exacta o no, es, en cierto modo, incongruente con la adoptada por la sentencia de instancia. Esta partía, al parecer, de la base de que, por tratarse de una promesa de venta, era preciso nuevo consentimiento, pero siendo posible que lo prestase el Juez. El Tribunal Supremo, en cambio, cree que no es necesario nuevo consentimiento. El hecho de que en todo caso haya que otorgar escritura permite que la argumentación del Tribunal Supremo sea adecuada, en definitiva, al fallo recurrido; pero, claro está, los fundamentos son diferentes y el significado de la escritura diverso en una posición y en la otra.

De todo lo dicho, se deduce que la sentencia comentada viene a suponer el triunfo en nuestra Jurisprudencia de la tesis de Alguer. El que no se hable abiertamente de la asimilación de la promesa a la compraventa, se debe, sin duda, al deseo de no romper abiertamente con la jurisprudencia anterior que las distinguía y poder así rechazar la argumentación del recurrente, basándose, precisamente, en esa misma jurisprudencia aducida por aquél.

Veamos, finalmente, hasta qué punto debe reputarse acertado este nuevo giro de nuestro Tribunal Supremo en torno a la promesa de venta. Para ello es preciso colocarse en el centro mismo de la cuestión: la naturaleza del consentimiento prestado en el negocio precontractual, sea éste unilateral o bilateral. Caben dos posibilidades: o dicho consentimiento es un verdadero consentimiento contractual cuya eficacia está suspendida por alguna causa, o bien es un consentimiento propiamente precontractual: es decir, vinculador a la emisión futura de una determinada declaración de voluntad. Si la promesa es bilateral, hallaremos en la primera hipótesis un contrato condicionado, aplazado o con facultad resolutoria a favor de las dos o una de las partes; en la segunda, un contrato que obliga a ambas partes a celebrar un contrato ulterior. Si la promesa es unilateral, tendremos en la primera hipótesis una oferta de contrato unida a un pacto dirigido a dar carácter vinculante a dicha oferta (9); en la segunda, un contrato dirigido a que una de las partes quede obligada a prestarse a la celebración de un futuro contrato.

(9) Un sector de la doctrina construye la promesa unilateral como un contrato imperfecto en el que sólo se ha dado una parte de los elementos (la declaración de voluntad de una parte); al prestar su consentimiento la otra, el contrato quedará perfecto; mientras, la primera queda vinculada por la aceptación de la otra, pero no la aceptación sobre el contenido del contrato, sino sobre el hecho de la vinculación del promitente. Vid., con más o menos variantes, DEMOGUE, loc. cit., págs. 108 y sigs.; HILSENRAD, *Las obligaciones precontractuales*, trad. esp. Menéndez Pidal, Madrid, s. a., págs. 21-22; AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil français*, 5.ª ed., París, 1907, t. V, págs. 4 y sigs.; GASOL, *La compraventa civil y comercial*, trad. esp., Santa Cruz Teijeiro y Vicente Gella, Madrid, 1931, I, páginas 290 y sigs.; y PÉREZ y ALGUER, loc. cit. A nuestro juicio, esta construcción supone lo que se indica en el texto; pero supone también la negación del precontrato, en cuanto que excluye el consentimiento de índole precontractual; la construcción citada es la procedente para el contrato de opción; por esto decíamos antes que el centrar la distinción entre éste y el de promesa sólo en el carácter unilateral del primero y bilateral del segundo envolvía un factor contrario a la distinción entre promesa y compraventa, al supo-

Alguer ha centrado su crítica a la posibilidad lógico-jurídica de ese consentimiento precontractual en el contrasentido que para él supone la figura «obligación de emitir una declaración de voluntad», figura que, en efecto, constituye el núcleo conceptual de la cuestión (10). Para ello, parte de criticar la tesis que piensa que el derecho de obligación recae sobre un acto del deudor; para él, el objeto de dicho derecho no puede ser un acto, sino un resultado; pero el objeto de la obligación precontractual es la emisión de una declaración de voluntad, acto esencialmente libre en virtud del principio de autonomía de la voluntad; ello es, para Alguer, imposible, por ser dicha emisión un acto, y un acto libre, lo que pugna con el concepto de obligación; por otra parte, resulta desvirtuado el concepto de declaración de voluntad, puesto que no cabe imaginar un negocio jurídico concluido por obligación, y no libremente. De otro lado, nos dice el citado autor, si el negocio jurídico consiste en querer un efecto, no se puede querer un negocio futuro (el supuesto contrato definitivo) sin querer sus efectos, y, queridos éstos, ya se ha puesto la voluntad contractual necesaria para ese contrato definitivo. Finalmente, la investigación de la causa del precontrato da como resultado la identificación de la misma con la causa del contrato definitivo, lo que prueba la asimilación entre ambos.

A nuestro juicio, la sólida e inteligente argumentación de Alguer no es suficiente para destruir la posibilidad jurídica del llamado precontrato; en efecto, el tratar de hacer del resultado que se trata de obtener a través de la obligación, el objeto de ésta nos parece insostenible, ya que tan difícil es concebir un derecho sobre un resultado como un derecho sobre un acto; en ambos casos, hay una excesiva preocupación por asimilar el derecho de obligación al patrón, conceptualmente previo si se quiere, del derecho real; es decir, se trata de cosificar el objeto de aquel derecho. A nuestro juicio, tiene razón Windscheid cuando sustituye la expresión «derecho sobre un acto» por la expresión «derecho a (auf) un acto» (11); la sustitución no es un simple expediente terminológico, sino que pone de relieve la honda diferencia estructural entre ambos tipos de derechos, derivada, esencialmente, de que en el derecho de obligación se interfiere la libertad humana: el hecho de que si el deudor no cumple sea preciso acudir a satisfacer al acreedor proporcionándole, en la medida de lo posible, el mismo resultado que había de obtener mediante el acto del deudor, no es obstáculo, ya que el incumplimiento produce una transformación en la situación existente que faculta al acreedor para obtener de los órganos competentes del Estado la referida satisfacción a costa del deudor (12); pero del hecho de no poder reclamar dicha satisfacción sin que pre-

ven la asimilación de la índole del consentimiento en la promesa al de la opción, que, según hemos visto, no es un consentimiento precontractual.

(10) V. ALGUER, loc. cit., págs. 421 y sigs.; hemos escogido la obra de ALGUER como centro de la polémica por ser el esfuerzo fundamental que se ha hecho en España para impugnar la posibilidad del precontrato.

(11) *Pandectas*, trad. ital. Fadda y Bensa, Turín, 1925, II, pág. 3, n. 2.

(12) La existencia de esta transformación viene reconocida por ALGUER cuando dice que «... es un error suponer que la ejecución de una sentencia condenatoria a cualquier prestación—sea cual sea su índole—signifique cumplimiento de la obligación (es evidente la diferencia que media entre satisfacción y cumplimiento). La obligación queda definitivamente incumplida, pero se endereza la ejecución al logro de un resultado lo más equiva-

viamente se produzca el incumplimiento, se deduce que el derecho no se dirige en principio al resultado, sino al acto del deudor; lo otro es sólo un expediente que el Derecho ha de arbitrar en favor de la seguridad jurídica, a consecuencia, precisamente, de la citada interferencia del libre albedrío del deudor en la estructura del derecho de obligación. Con la teoría del resultado parece olvidarse el significado de la persona del deudor en la relación obligacional; en efecto, lo más que podría admitirse es que el acreedor tiene derecho a un resultado a través de una actividad del deudor, pero, entonces, ya nos encontramos ésta de nuevo en primer plano.

Tampoco creemos que resulte desvirtuado el concepto de declaración de voluntad por el hecho de que haya de realizarse en virtud de una obligación previa, ya que ello no impide que el deudor sea libre de emitir o no la declaración. Hay una coacción psicológica sobre su voluntad, derivada del hecho de estar jurídicamente obligado; pero para eso ya existen en los Códigos unas normas que delimitan los supuestos en que la coacción anula la voluntad negocial; y el presente supuesto no encaja en dichas normas; en efecto, respecto de la coacción de índole moral, se da en muchos casos de negocios concluidos por obligaciones de conciencia que nadie piensa que sean por ellos nulos; y en cuanto a la coacción derivada de la amenaza de ejercicio del oportuno procedimiento judicial, prevalece en la Jurisprudencia la tesis de que tal amenaza es legítima si con el procedimiento en cuestión se trata de obtener lo mismo que habría de obtenerse con el acto coaccionado (13). Finalmente, basta pensar que el mandatario emite declaraciones de voluntad en virtud de previa obligación de hacerlo, contraída con el mandante, y ello no desvirtúa el carácter negocial de sus actos.

En cuanto al argumento de que no se puede querer un negocio sin querer sus efectos, creemos que adolece del defecto de no delimitar debidamente en el ámbito de la total voluntad psicológica, lo que es voluntad negocial: pensando más en concreto en la voluntad contractual, ésta es voluntad de obligarse, no meramente voluntad en el sentido de desear algo. Se puede, pues, vincularse a la celebración de un futuro contrato, desear a la vez los efectos de ese contrato, pero no querer vincularse de momento a esos mismos efectos; tampoco cabe hablar de que en tal caso haya reserva mental, puesto que no se trata de querer internamente algo distinto de lo que se dice querer, sino de que, con arreglo a la naturaleza del contrato, se prevé la antes citada interferencia de la libertad humana.

Antes de pasar adelante, es necesario detenerse en el segundo de los problemas que estudiamos a través de la Jurisprudencia: la eficacia del precontrato. Presuponiendo la posibilidad jurídica de éste, nos parece evidente que no puede el Juez sustituir la voluntad del obligado; en efecto, ello supondría que el Juez actuara en nombre del deudor sin estar autorizado para ello, es decir, sin tener por la Ley o por la voluntad del deudor su representación. Si en nuestro Derecho hubiese una norma análoga a la del art. 894 del Cód-

lente posible», loc. cit., pág. 434: es decir, la sustitución del acto por el resultado no es cumplimiento de la obligación; para dicha sustitución se necesita una transformación del derecho en vía de ejecución.

(13) V. sentencia de 21 de marzo de 1950

digo procesal alemán (14), no habría necesidad de dicha representación; pero en nuestro Derecho es principio evidente (arts. 1.261 y 1.259 C. c.) que nadie puede quedar contractualmente vinculado sin que preste su consentimiento o lo preste una persona que ostente su representación legal o voluntaria; y si bien hay preceptos que conceden al Juez la representación de un litigante remiso, como el art. 131, regla 17, L. H. (Vid. sent. 9 de febrero de 1943), no hay, en cambio, una norma general al respecto, ni nada autoriza a extender por analogía los preceptos como el citado. No puede pensarse que otorgue tal representación el art. 1.098 C. c., en primer lugar, porque sólo contempla el aspecto económico (a su costa), no el jurídico (en su nombre); en segundo lugar, porque es evidente que tal precepto ha de tener excepciones: una es la del art. 924 L. E. C.; otra es la ahora estudiada, en que, si no hay imposibilidad física para que la prestación debida se cumpla por otro, si hay imposibilidad jurídica, derivada de los citados arts. 1.261 y 1.259 C. c.

Las tesis contrarias a la expuesta se basan, o en consideraciones doctrinales de difícil encaje en nuestros textos positivos, o en la idea de que el deudor ya había prestado, en el precontrato, su consentimiento para el contrato ulterior, tesis esta última de la sentencia comentada y que ya hemos visto es incompatible con el concepto mismo del precontrato.

Esta imposibilidad de que el Juez sustituya la voluntad del obligado es en el último término, a nuestro juicio, el elemento que fundamenta y justifica la posibilidad lógico-jurídica del precontrato; en efecto, éste sólo se da cuando las partes no quieren establecer una vinculación irrevocable, pero quieren obtener una garantía de que en lo futuro la otra parte se prestará a la conclusión del contrato que se desea. Es evidente que en un elevado tanto por ciento de los casos, la razón de que se sustituya el contrato definitivo por un mero precontrato está en que se quiere subordinar la eficacia del contrato definitivo a un plazo o a una condición, o bien a que no se quiere o no se puede dar aún a dicho contrato la forma que, en definitiva, se espera darle (en especial la de escritura pública). En tales supuestos, la tesis de Alguer, la adecuada a la voluntad de las partes, y la que el Derecho debe consagrar en atención a la necesaria eficacia de los negocios jurídicos. Pero puede suceder que esté en el ánimo de las partes la idea de que sólo a través de una ulterior declaración suya de voluntad quedarán vinculadas a los efectos del contrato definitivo; entonces, el precontrato cumple una función de garantía (15) del futuro contrato: garantía de doble índole: económica, en cuanto que si se incumple el precontrato se habrá de indemnizar: moral, en cuanto que la promesa viene a ligar la conciencia del precontratante, que se sentirá obligado por ella al otorgamiento del contrato. Este refuerzo moral es, a nuestro juicio, el que da su matiz característico al precontrato, al que, por ello, parece preferible llamar contrato de promesa (16); y él es el que le dis-

(14) Según este artículo, «... si el deudor es condenado a emitir una declaración de voluntad, tal declaración se considera emitida cuando la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada».

(15) Sobre dicha función, vid. MORO LEDERMA, loc. cit., págs. 95-96.

(16) La «promesa» viene a ser asimilada en nuestra doctrina tradicional a la *stipulatio romana*: desaparecido el significado de ésta en nuestro Derecho por obra del Ordenamiento de Alcalá, se da el nombre a un tipo de contrato vago y demasiado amplio, en el que

tingue del contrato con facultad resolutoria subordinada a la indemnización de daños y perjuicios (17). Por otra parte, en el supuesto de precontrato incumplido, el Derecho adoptará, en general, la actitud de reprobación aneja a todo incumplimiento de obligación; lo que sucede es que el propio Derecho es impotente para proporcionar al acreedor el equivalente de la prestación incumplida; y no cabe decir que esto supone sancionar una actitud inmoral, la del deudor que incumple, puesto que lo que se hace no es proteger a dicho deudor, sino detenerse ante una frontera: la de la libertad contractual, que el Derecho estima preferible no violar. Ello, por otra parte, es lo que asegura al precontrato su carácter específico y su relevancia como figura independiente.

Así, pues, lo precedente es recurrir a una interpretación de la voluntad de las partes en cada caso (18), a base de hallar lo que podríamos llamar la *ratio voluntatis*; si dicha *ratio*, en cuanto a la sustitución del contrato definitivo por el precontrato, es buscar una garantía para la celebración de aquél, sin querer vincularse a los efectos del mismo, sino a través de una ulterior declaración de voluntad, nos encontramos ante un verdadero precontrato tal como lo concibe la doctrina clásica del mismo; si, por el contrario, la *ratio* es no querer los efectos; sino al cabo de un cierto plazo, o subordinándolos a una condición, o bien obligándose a dar al contrato una determinada forma, lo procedente es considerar que se ha concluido el contrato definitivo, si bien con algunas de las modalidades procedentes para dar cauce jurídico a lo que las partes han querido.

Esta solución, acorde en nuestro sentir con la lógica jurídica, no halla obstáculo legal en nuestro Derecho, en el que el precontrato debe buscar su principal apoyo en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 C. c.); el art. 1.451 no puede oponerse a tales conclusiones, porque, ante las dudas que origina su oscura redacción, debe buscarse la interpretación más acorde con dicho principio general: son, por otra parte, bastante convincentes las razones expuestas por la sentencia de 11 de noviembre de 1943.

La conclusión que podemos obtener respecto de la sentencia comentada en que su fallo es justo, porque, al ser, en el precontrato sobre el que versa, la *ratio voluntatis*, la indeterminación actual de la cuota a vender, y admitirse en nuestro ordenamiento los contratos sobre cosas futuras (art. 1.271 C. c.), no se trataba de un verdadero precontrato, sino de un contrato definitivo (19).

ya GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN incluyen lo que hoy se suele llamar precontrato: vid. sus *Elementos de Derecho civil y penal de España*, Madrid, 1877, II, págs. 365 y sigs.

(17) Esta expresión parece preferible a la de contrato principal con cláusula penitencial que da ALGARR (loc. cit., 1936, pág. 14), ya que aquí no ha de haber cálculo previo de la indemnización.

(18) Esta tesis de la interpretación, caso por caso, es la propugnada por VESCI, en sus *Notas a las Istituzioni di diritto civile italiano de Pacifici-Mazzoni*, Torino, 1927, vol. 5.º, I, págs. 367 y sigs.

(19) Es de elogiar la nueva dirección del Tribunal Supremo, en cuanto a los precontratos que no son propiamente tales, porque, aparte de ser más acorde con la voluntad de las partes, viene a darles una eficacia de que estarían desprovistos de quedar acogidos a la concepción clásica del precontrato, y a evitar abusos de precontratantes amparados en principios que pugnan con lo que fué la *ratio* del negocio y estuvo, por tanto, en el ánimo de la otra parte.

Ahora, bien, la argumentación adolece de incongruencias como la ya apuntada de defender externamente la separación entre promesas y compraventa, sosteniendo en el fondo su asimilación, y de inexactitud en cuanto a la generalización respecto a todo precontrato de la doctrina, que sólo es sostenible en los casos de los que no son verdaderamente tales.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
Notario.

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En esta sección colaboran: Abraham Vázquez Saénz de Hermúa
y Julio García Herrero.

1. Sentencias de la Sala Primera

SENTENCIA 13 FEBRERO 1950

Casación por infracción de ley: error de derecho en la apreciación de la prueba.

Para que el recurso de casación promovido al amparo del núm. 7 del artículo 1.642 de la Ley de Enjuiciamiento, por error de derecho en la apreciación de la prueba pueda prosperar, es necesario citar el precepto del Código civil o de la Ley procesal referente a la valoración de la prueba que se estime infringido.

Casación por infracción de ley: necesidad de razonar el concepto en que la ley ha sido infringida.

Es suficiente, para desestimar un recurso de casación por infracción de ley al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil el no razonar el concepto en que se supongan infringidos los preceptos.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia declara probado que el demandante don F. M., obrando en representación y como vocal de la S. M. I. de P., constituida en Sevilla en 8 de septiembre de 1942, mediante escritura otorgada por el mismo en unión de otra persona, adquirió para dicha Sociedad el edificio de dicho M. de la Sociedad demandada I. P. de L. P., con fecha 12 de noviembre del propio año, declarando asimismo la sentencia por el resultado de toda la prueba practicada que la intervención del expresado don F. M., en el referido contrato de compraventa, no fué como agente mediador, sino como directamente interesado en dicho contrato en concepto de comprador, sin que esta apreciación se desvirtúe por cierto documento privado suscrito en P. en 3 de diciembre de 1941 por virtud del cual se conviene por las personas que en dicho documento aparecen como otorgantes la compraventa de dicho M., apareciendo en último lugar, por cierto, y con la antefirma "El agente comercial", la firma del demandante, el que no figura en el encabezamiento, por entender la Sala que tal documento es provisional y preparatorio

de la escritura pública de compraventa de 12 de noviembre de 1942, a cuyo contenido es forzoso atenerse, por lo que absuelve a la Entidad demandada de la demanda interpuesta por M, interesando le sea abonada la comisión correspondiente a su mediación en dicha venta.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso se pretende atacar estas afirmaciones del juzgador al amparo del núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por error de derecho en la apreciación de la prueba, pero sin citar, como es imperativo por la jurisprudencia de esta Sala, el precepto del Código civil y de la Ley procesal, referente a la valoración de la prueba que se estime infringido, y por ello es obligada su desestimación, quedando subsistentes las apreciaciones establecidas en el anterior considerando.

CONSIDERANDO: Que en dicho motivo y en el siguiente se alega la infracción de los artículos 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.261 del Código civil relativos a la definición del contrato y a su eficacia, y sobre la base de que se trata de dos contratos distintos, el documento privado de 1941 y la escritura pública de venta de 1942; pero, aparte de que en el segundo motivo no se razona el concepto en que los aludidos preceptos hayan sido infringidos, lo que sería suficiente para desestimarlos, y de que la firma del pretendido agente, que es el que presentó el documento privado en segunda instancia, figura la última en el citado documento, sin que su nombre aparezca en el encabezamiento del mismo, es lo cierto que, como no se combate en forma legal y eficaz las apreciaciones de la Sala, hay que concluir que lejos de haber infringido el Tribunal de instancia los citados preceptos aplicó acertadamente al único contrato de compraventa cuya existencia aprecia las disposiciones que se invocan en el motivo como quebrantadas, por lo que procede desestimar el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 FEBRERO 1950

Casación—hechos.

Las cuestiones de hecho resueltas por la sentencia recurrida no pueden impugnarse en casación invocando el número 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Compraventa mercantil—prescripción de derecho de las mercaderías.

La aplicación del art. 85 del Código de comercio no exige que el establecimiento abierto al público en que tenga lugar la adquisición de las mercaderías pertenezca legítimamente a la persona individual o jurídica que notoriamente lo rija.

Compraventa mercantil—prescripción de derecho de las mercaderías.

La existencia de los requisitos a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 85 del Código de comercio, implica una cuestión de hecho a efectos del recurso de casación.

Fuerza mayor—exención de responsabilidad.

La exención de responsabilidad que establece para el supuesto de fuerza mayor el art. 1.105 del C. c., no queda sin efecto aunque en la obligación se haya declarado la responsabilidad por "extravío" de determinados efectos, si éste obedece a una causa inevitable, como es la guerra.

Fuerza mayor—guerra

La guerra, como suceso inevitable por los contratantes, constituye un caso de fuerza mayor a efectos del art. 1.105 del Código civil.

Réplica—modificación de la súplica de la demanda.

El fallo del pleito prescindiendo de la modificación de la súplica de la demanda efectuada en el escrito de réplica y ateniéndose a aquella, no implica infracción del art. 548 de la LEC., si pese a dicha modificación la súplica de la réplica queda comprendida en la de la demanda.

Casación.

El recurso de casación se da contra el fallo de la sentencia y no contra las razones o fundamentos legales del mismo alegados en ella.

ANTECEDENTES.—A raíz de iniciarse el Movimiento Nacional, fueron incautados por una entidad marxista los negocios de elaboración y venta de vinos de distintas personas, establecidas en Villena (Alicante) y, por tanto, las mercancías y envases que en ellos existían en el momento de la incautación.

El Comité de incautación continuó el desarrollo normal de los negocios incautados, como consecuencia del cual concertó una operación de venta de vinos con una casa de Bilbao, mediante contrato en el que se estipuló que la venta, cuyo precio fué hecho efectivo por la casa compradora, se efectuaba sobre bordo en Alicante en envases propiedad de la vendedora, que habrían de ser devueltos a ésta dentro del plazo de cuarenta días, devengando en otro caso a favor de aquélla un canon diario que se estipuló una vez transcurrido dicho plazo; transcurrido éste y hasta su devolución, el canon diario que se estipuló a favor de la vendedora no se abonó, siendo responsable la compradora del "extravío" de dichos envases. Estas estipulaciones son las usuales en esta clase de negocios en la plaza de Villena.

Efectuada la carga de la expedición en el puerto de Alicante, pocos días antes de la liberación de Bilbao, a donde iba consignada la mercancía, los buques que la conducían no llegaron a su destino; uno de los cuales la desembarcó en Santander, donde fué incautada con los envases por la Intendencia del Ejército Nacional, sin que posteriormente se pudieran recuperar éstos, y el otro, después de atracar en Burdeos, sin desembar-

car la mercancía y envases, zarpó sin que se hayan vuelto a tener noticias de él.

Terminada la guerra, los titulares de los negocios incautados, una vez desaparecida la incautación, promovieron demanda en juicio ordinaria de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Villena, que previa decisión de cuestión de competencia se tramitó por el número 2 de Bilbao, contra la casa compradora, en la que partiendo de que el vino vendido era parte del que existía en sus establecimientos en el momento de la incautación, así como los envases en que se suministró, y de que en cuanto a éstos, la obligación de pago de un canon diario por demora en la devolución derivaba de constituir ésta uso de comercio en la plaza de Villena y no del contrato celebrado con la entidad marxista que se incautó de los negocios de los demandantes, ejercitaron acción reivindicatoria del vino y envases, suplicando que se condenara a la demandada a entregarles uno y otros o, en su defecto, su precio y, además, la cantidad correspondiente por canon de demora en la devolución de envases desde el día de la liberación de Villena hasta la entrega de éstos o de su importe.

Contestada la demanda en el sentido de que las mercancías y envases no habían llegado a poder de la demandada, por haber desaparecido por fuerza mayor, a más de que aquéllas habían sido pagadas y no correspondían a las existencias de vinos de los demandantes en el momento de la incautación, puesto que posteriormente y antes de la venta se habían elaborado otras cosechas en los almacenes o bodegas, circunstancias todas determinantes de la improcedencia de la acción ejercitada, los demandantes, admitiendo la realidad de la pérdida de las mercancías y envases alegada por la demanda, limitándola, al excluir de ella la petición de devolución de unas y otros, a la de pago de su valor y del canon por demora en la devolución de envases.

El Juzgado dictó sentencia, confirmada por la A. T. de B., en la que partiendo de que la venta origen del litigio se había efectuado en almacenes abiertos al público y de la existencia de una causa de fuerza mayor, por aplicación del art. 85 del C. de c., que al parecer, así como los supuestos de hecho en que se basa, no había sido alegado en el pleito por la demanda, conforme a cuya súplica se falló el pleito, sin tener en cuenta la modificación efectuada en la réplica.

MOTIVOS.—Primero.—Del número 1.º del art. 169 de la LEC. Infracción por aplicación indebida del art. 85 del C. de c. y de la doctrina sentada en Sentencia de 1.º de abril de 1889.

El art. 85 del C. de c. exige para la irreivindicabilidad de las mercancías, que éstas se hayan adquirido en almacenes abiertos al público por comerciantes y que la operación en virtud de la cual se hayan adquirido aquéllas sean precisamente una compraventa, y como en el caso de autos los establecimientos de los demandantes no eran almacenes, sino bodegas destinadas a la elaboración de vinos y, además, los vendedores no eran los legítimos dueños de aquéllos, por lo que no cabe atribuirles la cualidad de comerciantes, es manifiesta la infracción denunciada en este motivo, que aun se hace más patente en cuanto la sentencia declara la irreivincabilidad de los envases, a pesar de que en cuanto a éstos la operación en virtud de la cual se entrégaron a la demandada no fué una compraventa y, además, porque la venta de los vinos se efectuó sobre bordo en Alicante. Por otra parte, la doctrina sentada en la Sentencia de 1.º de abril de 1889 rechaza la aplicación del art. 85 del C. de c. en fraude de acreedor con el concurso de vendedores y compradores, circunstancias que concurren en el presente caso, como consecuencia de la incautación realizada de los negocios de los demandantes.

Segundo.—Del número 1.º del art. 1.692 de la LEC. Infracción por "aplicación" e interpretación errónea del art. 548 de dicha Ley.

La sentencia recurrida ha partido para resolver el pleito de la súplica

de la demanda, sin admitir la modificación que de la misma se hizo en el escrito de réplica, por entender que ello implicaba una alteración completa de lo que en la demanda se pidió, pero como la acción reivindicatoria ejercitada en ésta ya llevaba implícita la petición de indemnización para el caso de que el vino y los envases no pudieran ser devueltos, que es a lo que se limitó en la réplica el objeto del pleito, la Sala, al no tener en cuenta esta modificación, ha infringido el art. 548 de la LEC., al haberle interpretado erróneamente.

Tercero.—Del número 1.º del art. 1.692 de la LEC. Infracción por aplicación indebida del art. 1.105 del Código civil.

Pactada en la operación base del pleito la responsabilidad del adquirente de los vinos de indemnizar el valor de los envases en caso de que no los devolviera por "extravío", ha de entenderse que este concepto genérico comprende sin distinción todas las causas y motivos de desaparición de aquéllos, por lo que resulta evidente la inaplicación al caso del artículo 1.105 del C. c., en cuanto declara que nadie responderá en el cumplimiento de sus obligaciones de los sucesos imprevistos o inevitables que determinen el incumplimiento, ya que el pacto expreso de responsabilidad por "extravío" excluye la aplicación de dicho precepto.

CONSIDERANDO: Que las cuestiones sobre si los establecimientos de los recurrentes son o no almacenes abiertos al público; sobre si han sido *establecidos* por comerciantes inscritos, y si han permanecido abiertos al público por espacio de ocho días consecutivos o anunciados por alguno de los medios previstos en el artículo 85 del Código de comercio, y sobre si los vinos y alcoholes objeto del pleito se adquirieron o no en dichos establecimientos, como cuestiones de hecho, no pueden, en cuanto hayan sido resueltas por la sentencia recurrida, impugnarse en recurso de casación invocando el número primero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que la interpretación del art. 85 del C. de c., en el sentido que pretenden los recurrentes, de que, para su aplicación fuese preciso que el establecimiento abierto al público, en que tuvo lugar la adquisición, pertenezca legítimamente a la persona individual o jurídica que notoriamente lo rija, dejaría prácticamente sin efecto el fin perseguido por ese precepto legal, puesto que sería tanto como obligar al público para adquirir cualquier mercancía con la seguridad de ser irrevindicable, a una investigación, imposible para la mayor parte de los compradores en tiendas y almacenes abiertos al público y desproporcionadamente costosa para todos, conclusión inadmisibles en cuanto privaría de su finalidad a un precepto legal que la tiene tan razonable en su fundamento y tan necesaria en la práctica que la misma Ley de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja (artículo quinto) exceptúa de sus disposiciones, referentes a contratos anulables por violencia, intimidación, solo y otras causas, a los de compra de mercaderías en almacenes o tiendas que merezcan tal concepto, según definición del citado artículo 85 del Código de comercio, lo que impone la desestimación del recurso por su primer motivo en cuanto la demanda se refiere a vinos y alcoholes, desestimación que hace inútil el examen de los demás motivos relacionados con el mismo extremo.

CONSIDERANDO: Que en cuanto la reclamación se refiere a los enva-

ses, como éstos no fueron adquiridos por la Asociación de Vinos al por mayor de Vizcaya en virtud de un contrato de compraventa, sino mediante título que le obligaba a devolverlos, no puede resolverse por la aplicación del citado art. 85 del C. de c.; pero como el recurso no se da contra las razones o fundamentos legales del fallo, sino contra éste, de haber otros determinantes del recurso, lo que se considerará al examinar los motivos siguientes, no podrá darse lugar al mismo, por el presente.

CONSIDERANDO: Que lo mismo puede decirse respecto al motivo segundo, puesto que ateniéndose la sentencia recurrida, en su fundamentación y resolución, a la súplica de la demanda, y estando comprendida en dicha súplica la más reducida, formulada en la réplica, como reconocen el propio recurrente, se consideraron y resolvieron en la sentencia las peticiones objeto del pleito, según se formularon definitivamente en la réplica, pese a la alteración apreciada en esas peticiones, alteración que, conforme a lo dicho, no ha trascendido al fallo.

CONSIDERANDO: Que la responsabilidad de la demandada respecto a la devolución de los envases, cuyo valor convenido se reclama, se ha de concretar a la derivada de la obligación por ella contraída, por la que asumió la de responder por "extravío" de los envases, es decir, según el significado del vocablo, por imposibilidad de encontrarlos a causa de ignorarse su paradero, pero no si la causa de la imposibilidad de encontrarlos fuese la mayor fuerza de la guerra, que, según los hechos que, en la sentencia recurrida, se estiman probados, no impugnado en el recurso, fué la que produjo la desaparición, antes de llegar efectivamente a poder de la demandada, de los envases en cuestión, por lo que aquella sentencia palica rectamente, para absolver de la demanda, el artículo 1.105 del C. c., que exime de responsabilidad por sucesos inevitables, como es el de la guerra, y esa responsabilidad no se había declarado, como se ha dicho, en la obligación, lo que demuestra la improcedencia del tercer motivo y, en consecuencia, la de todos los demás referentes al mismo extremo y de los cuales es supuesto indispensable la responsabilidad negada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 FEBRERO 1950

Casación por infracción de ley: interpretación de contratos

Es reiterada la doctrina jurisprudencial que enseña que cuando se trata de interpretar un contrato ha de preferirse la interpretación que el Tribunal haya establecido si el recurrente no demuestra el error cometido por aquél.

Casación por infracción de ley: documento auténtico a los efectos de un error de hecho.

El documento que como auténtico se presenta para acusar el error de hecho no puede ser el mismo que es objeto de interpretación y no puede hacerse valer como elemento probatorio de sí mismo.

SENTENCIA 28 FEBRERO 1950

Incongruencia.

No existe incongruencia cuando el fallo, en conexión con la súplica de la demanda, accede parcialmente a ésta, deestima las excepciones opuestas y condena al demandado.

Casación—incongruencia.

Si la alegación de incongruencia implica contradicción con los hechos estimados probados en la sentencia recurrida, el recurso no puede prosperar fundado en el número segundo del art. 1.692 de la LEC., pues debe formularse al amparo del número séptimo.

Casación—incongruencia

El recurso que funda la incongruencia en no haber resuelto la sentencia recurrida sobre una alegación formulada en el pleito debe ampararse en el número tercero del art. 1.692 de la LEC., por ser el que se refiere a la incongruencia por defecto, y no el número segundo.

Casación—error de derecho en la apreciación de la prueba.

La infracción de los preceptos reguladores de la valoración de las pruebas no puede ser denunciada en casación al amparo del número primero del artículo 1.692 de la LEC., sino fundada en el número séptimo.

Confesión judicial.

La infracción del art. 1.232 del C. c., en orden a la fuerza y valor que debe reconocerse a la prueba de confesión, sólo puede ser impugnado en casación al amparo del número séptimo de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Novación—por sustitución del deudor.

La declaración de la sentencia recurrida de existir una novación por sustitución del deudor no puede impugnarse en casación sino impugnando los hechos en que se basa, al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Libros de los comerciantes—fuerza probatoria.

La infracción del art. 48 del Código de comercio en orden a la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes sólo puede ser invocada en casación al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Libros de los comerciantes—fuerza probatoria.

No existe infracción del art. 48 del Código de comercio cuando la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes se estima, no teniendo en cuenta solamente tal elemento de prueba, sino en conjunción con las demás practicadas.

Casación—hechos.

Las declaraciones de hechos de la sentencia recurrida han de impugnarse en casación al amparo del número séptimo del art. 1.962 de la LEC. y no del número primero.

AN. ECEDENTES.—Dos empresas de producción y distribución de energía eléctrica concertaron un contrato de suministro en virtud del cual una reciliría de la otra la energía precisa para su distribución y reventa en varios pueblos en las condiciones de frecuencia y voltaje que se determinaron, en una caseta en la que se instalaría el contador de alta tensión para medir la energía vendida, cuya lectura se haría el día y hora a tal efecto fijado, consignándose el resultado en una libreta que existiría en la caseta indicada.

Posteriormente, la empresa suministradora vendió su negocio a tercera persona, que reconoció quedar subrogada en los derechos y obligaciones derivadas del contrato de suministro, y lo mismo hizo la suministrada, que igualmente vendió todo su negocio a otra empresa que en las relaciones derivadas del contrato de suministro sostenidas con aquella cesionaria también reconoció que se había subrogado en los derechos y obligaciones derivadas de dicho contrato en lugar de su cedente.

En esta situación surgieron diferencias entre las empresas cesionarias en relación con el contrato de suministro, consecuencia de haberse fusionado la zona a que en virtud de éste se atendía con otra también servida por la empresa suministrada, pero con energía que la venía siendo cedida por otra suministradora a precio inferior al fijado en aquel contrato de suministro, por lo que aquélla entendía que como la fusión de zonas había sido ordenada por la Delegación de Industria, la energía suministrada para los pueblos agregados a la zona que se señalaba en el contrato debía ser facturada al precio que venía haciéndolo la empresa que anteriormente se la suministraba.

Como las partes no llegaron a un acuerdo sobre este punto, la suministrada dejó de abonar varias facturas correspondientes al suministro, por lo que la suministradora dedujo demanda en juicio ordinaria de mayor cuantía, que correspondió al Juzgado número 3 de Madrid, en reclamación del importe de aquéllas, que fueron acompañadas, expedidas a nombre del cedente de la demandada y en las que se hacía constar correspondían a una póliza de suministro distinta, al parecer, del contrato bases del litigio.

La empresa demandada se opuso a la demanda, alegando que las facturas cuyo pago se reclamaba correspondían a una póliza que no había sido acompañada y a la que era ajena, pues su subrogación en el contrato de suministro no implicaba una subrogación en todos los derechos y obligaciones del cedente, por lo que oponía la excepción del número segundo del artículo 533 de la LEC., ya que la demandante no tenía el carácter de acreedora de la demanda; que de las facturas presentadas también resultaba que el lugar del pago no correspondía a la jurisdicción de los Juzgados de Madrid, por lo que éstos eran incompetentes para conocer del juicio; que parte de la energía suministrada lo había sido para pueblos distintos de los que figuraban en el contrato; que el suministro se había

efectuado con las características fijadas en éste; que las facturas se habían formulado sin basarse en las lecturas conformes del contador instalado en cumplimiento del contrato para determinar la energía suministrada, y, por último, la prescripción de algunos de los créditos reclamados.

En período de prueba se practicó, a instancia de la actora, la de sus libros de comercio, que acreditó que en la cuenta de la demandada figuraba sin abonar el importe de las facturas reclamadas, y, a petición de la demandada, la de sus libros de comercio, que comprobó que en el de Balances, en uno posterior a la fecha de la última factura reclamada, figuraba una partida correspondiente a cuenta del cedente del negocio, con un importe ligeramente inferior al reclamado en la demanda; también a instancia de la demandada absolvió posiciones el representante de la actora, que admitió que entre los cedentes de los litigantes existía evidentemente una póliza de suministro de energía que debió extraviarse.

El Juzgado dictó sentencia, confirmada en apelación por la Sala Primera de la A. T. de Madrid, desestimando las excepciones de incompetencia y falta de acción propuestas por la demandada y condenando a ésta a abonar a la actora la cantidad reclamada, con excepción del importe de algunas facturas que se consideraron prescritas.

Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso por la demandada recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los siguientes:

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primeramente.—Fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la LEC. Incongruencia por no resolver la sentencia todas las cuestiones debatidas en el pleito.

Este defecto de la sentencia resulta, según el recurrente, de que habiéndose formulado la oposición a la demanda, entre otras razones porque las facturas reclamadas correspondían a una póliza de suministro distinta del contrato invocado por la demandante como base de la demanda y porque el suministro no se había efectuado en las condiciones fijadas en este contrato, aquélla no resuelve estas cuestiones, pues ninguna alusión se hace a ellas en los considerandos.

Segundo.—Fundado en el número primero del art. 1.692 de la LEC. Infracción de los arts. 1.232, 1.158, 1.209 y 1.210 del Código civil.

La sentencia recurrida, al estimar que la obligación del pago a que condena deriva de una subrogación de la demandada en el contrato alegado por la demandante, como base del suministro, infringe el artículo 1.692 del Código civil, al no dar pleno valor a la confesión prestada por la actora, en la que reconoció existir una póliza para dicho suministro distinta del mencionado contrato. Por la misma razón, la sentencia infringe los artículos 1.158, 1.209 y 1.210 del propio Código, puesto que correspondiendo las facturas reclamadas a la póliza los pagos de otras anteriores, derivadas también de ella, por la demandante, determinaría en todo caso una subrogación en relación con aquélla, pero nunca podría darse para una condena basada en subrogación del contrato, puesto que las cantidades reclamadas no corresponden a éste.

Tercero.—Fundado en el número primero del art. 1.692 de la LEC. Infracción por aplicación indebida de la regla segunda del art. 48 del Código de comercio.

Esta infracción, derivada a juicio del recurrente de haberse dado pleno valor probatorio a los libros de comercio de la demandante, prescindiendo de los de la demandada, cuando ambos se llevaban con las formalidades legales.

Cuarto.—Fundado en el número primero del art. 1.692 de la LEC. Infracción de los arts. 1.091, 1.281 y 1.256.

Aceptado por la sentencia recurrida que la obligación de pago reclamada en la demanda deriva del contrato de suministro celebrado entre los cedentes de los litigantes, al prescindir de las estipulaciones contenidas en el mismo sobre las características de la energía que debía suministrar-

se, y de la forma de acreditarse la consumida, vulnera los preceptos citados en cuanto estas estipulaciones tienen fuerza de Ley entre las partes y al no aplicarlas deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de la demandante, máxime cuando los términos claros del mismo hacen innecesaria la interpretación

CONSIDERANDO: Que para que pueda prosperar el recurso de casación fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley procesal, o sea, en la incongruencia entre lo solicitado y lo resuelto en la sentencia, es de necesidad que el fallo no sea conforme con las pretensiones alegadas en tiempo hábil por los litigantes; y como quiera que en la parte dispositiva de aquélla existe perfecta conexión con la súplica de la demanda, puesto que se accede parcialmente a ésta y se desestiman las excepciones opuestas, condenando al demandado, es llano que no incide el fallo en el vicio que se denuncia, y procede rechazar el motivo primero.

CONSIDERANDO: Que a tal desestimación no obsta la alegación relativa a la incongruencia del fallo, por haberse en él estimado, como título obligatorio del crédito reclamado, el contrato de 13 de marzo de 1913, y no haberse resuelto en aquél la inaplicabilidad de la póliza de suministro; en cuanto a lo primero, porque es incuestionable que, con tal alegación, lo que se pretende es sustituir el criterio de la Sala sentenciadora al analizar la prueba, sólo lícito al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la LEC.; y en cuanto a lo segundo, porque el motivo debió apoyarse en el número 13 del mencionado artículo, que es el que se refiere a la incongruencia por defecto, cuando el fallo no contiene declaración alguna sobre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales del proceso, circunstancia que no se da en el presente caso; esto aparte de que, al estimar la Sala como título obligatorio el contrato referido, implícitamente denegaba tal carácter a la póliza, con independencia absoluta de aquél.

CONSIDERANDO: Que declarado por el juzgador, en la sentencia impugnada, que el recurrente sustituyó al señor T. C. en todos los derechos y obligaciones que éste tenía en la explotación del negocio de compra y distribución de la energía eléctrica a que la demanda se contrae, y que las relaciones jurídicas entre las sociedades litigantes deben regularse por los contratos que otorgaron la Compañía M. de U. y el cedente señor T., es llano que, firme tan capital aseveración a los fines del recurso—por no haber sido combatida en forma adecuada—, tampoco puede prosperar el motivo segundo, porque la infracción que se invoca del art. 1.232 del Código civil, por referirse a la valoración de la confesión, sólo es dable invocarla al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la Ley procesal; y porque, sobre la base de una novación, por sustitución del deudor, explícitamente declarada, no cabe atribuir a la Sala las infracciones que se invocan de los artículos 1.158, 1.209 y 1.219 del Código civil, por faltar el supuesto de hecho preciso para que pudiera producirse la infracción.

CONSIDERANDO: Que para rechazar el motivo tercero, formulado también al amparo del número primero del art. 1.692 de la Ley procesal, por indebida aplicación de la regla segunda del art. 48 del Código de comer-

cio, basta tener en cuenta que la finalidad de tal precepto no es otra que la de graduar la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes, y, por tanto, la inobservancia de sus normas, ha de impugnarse invocando el número séptimo del mencionado artículos, siendo de advertir que aun invocado el resultado sería igual, porque es reiterada doctrina de esta Sala que no se incide en la infracción del referido artículo cuando el Tribunal de instancia, en cumplimiento de las reglas de criterio en él establecidas para graduar la fuerza y valor de la documentación mercantil aportada al proceso, ha hecho la estimación que ha creído oportuna, no teniendo en cuenta, como aquí acontece, solamente tal elemento de prueba, sino éste en conjunción con las demás practicadas.

CONSIDERANDO: Que afirmado por el Tribunal de instancia que la entidad recurrente viene obligada al pago de la deuda que se le reclama, por haberse suministrado y facturado la energía eléctrica contratada conforme a los precios y condiciones estipulados, al pretender ahora combatir tan esencial declaración, basada en la apreciación conjunta de la prueba, era de rigor haber amparado la impugnación de los elementos de hecho en que se basó la interpretación, invocando el número séptimo del art. 1.692; y como el motivo cuarto se funda en el número primero, y se aduce la infracción de los artículos 1.091, 1.256 y 1.281 del C. c., por errónea interpretación del contrato, al aceptarse en el fallo recurrido cifras arbitrarias de consumo, no tener en cuenta que los precios debían ser distintos en relación con éste y admitir una regularidad en el suministro, existiendo pruebas en los autos de la irregularidad, es llano que, por lo dicho, procede su desestimación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 MARZO 1950

Casación—hechos.

Las infracciones de preceptos legales denunciados en casación al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la LEC., no pueden prosperar cuando se basan en supuestos de hecho distintos de los establecidos en la sentencia recurrida, si la impugnación de éstos, fundada en el núm. 7.º no del mismo artículo, no es procedente.

ANTECEDENTES.—Los litigantes convinieron la formación de sociedad civil para establecer un comercio de camisería, a cuyo efecto buscaron el local en que habría de ser instalado, que fué adquirido mediante contrato de subarriendo, en el que figuró como subarrendatario uno solo de los socios, por haberlo convenido así ambos, pagándose con cargo a la sociedad una prima que hubo que abonar por el subarriendo.

El socio a cuyo nombre no figuraba el contrato de subarriendo dedujo demanda en juicio ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de S. para que, aparte de otros pronunciamientos, se declarase que el pago de la prima para adquirir por subarriendo el local se entendiera realizado en interés común de los socios y se reputara incre-

mento del acervo mercantil los derechos que con tal pago se hubieran adquirido respecto al local por cualquiera de ellos, siendo nula la renuncia al derecho de prórroga si por sí solo la realizase el socio demandado.

Este se opuso a la demanda, alegando sustancialmente que el subarriendo estaba establecido a su favor y que por ser anterior a la constitución de la sociedad y no haberse aportado a ésta le correspondía con carácter exclusivo.

El Juzgado dictó sentencia por la que sólo parcialmente dió lugar al pronunciamiento solicitado, sentencia que fué revocada, dándose lugar a la petición por la A. T. de V., en virtud de apelación interpuesta por el demandante.

Interpuesto por el demandado recurso de casación por infracción de Ley, fué formalizado, entre otros, por los siguientes

MOTIVOS.—Tercero.—Fundado en el número 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de los contratos de subarriendo y sociedad obrantes en autos.

Este error resulta a juicio del recurrente de la circunstancia de que el subarriendo está pactado exclusivamente a su nombre y de que en el contrato de sociedad se consigna que así continuará, salvo el supuesto de fallecimiento, en el que se gestionará un nuevo contrato a nombre del demandante y de los herederos del demandado, por lo que la sentencia recurrida, al declarar sin haberse producido este supuesto, que los derechos del subarriendo corresponden a los dos socios, incide en el error de hecho que se denuncia.

CONSIDERANDO: Que decididas en la instancia, por pronunciamientos que quedaron firmes, las cuestiones discutidas en el pleito sobre resolución de la sociedad irregular constituida por los litigantes para la explotación de un negocio de camisería y sobre sanción penal por incumplimiento de lo pactado, solamente ha venido a casación el fallo recurrido en cuanto declara que el pago de la prima para adquirir por subarriendo el local donde fué instalado el negocio social se entendería realizado en interés común de los socios y se reputaría incremento del acervo mercantil los derechos que con tal pago se hubieran adquirido respecto del local por cualquiera de ellos, siendo nula la renuncia al derecho de prórroga del subarriendo si por sí solo la realizase el socio demandado.

CONSIDERANDO: Que para llegar a estos últimos pronunciamientos la Sala sentenciadora, en apreciación conjunta de la prueba practicada fijó los siguientes hechos procesales: 1.º Los litigantes convinieron la formación de sociedad para establecer un comercio de camisería, y de acuerdo los dos, decidieron buscar el local donde habría de ser instalado el comercio. 2.º Fué adquirido el local mediante contrato de subarriendo en el que figuró como subarrendatario únicamente el socio demandado, por haberlo convenido así con el socio demandante. 3.º Fué propósito de ambos socios la adquisición del local subarrendado para la sociedad, con cargo a la cual fué pagada una prima al subarrendador.

CONSIDERANDO: Que el recurrente, para mantener su tesis finalista de que le pertenecen privativamente o con exclusión del socio demandante los derechos derivados del subarriendo del local, alza el motivo tercero del recurso pretendiendo demostrar con los documentos referentes al subarriendo y a la constitución de la sociedad que la Sala sentenciadora ha incurrido en error de hecho al no reconocer que el único titular de los

derechos dimanantes del subarriendo es el socio demandado; pero es lo cierto que el Tribunal *a quo* no desconoce que dicho socio *figuró* como único subarrendatario en el contrato, sino que lo que afirma, por el resultado de múltiples pruebas, es que si en el subarriendo intervino solamente uno de los socios fué por previo acuerdo de los dos y sobre la base de que la adquisición del local sería para la sociedad, y así resulta que no existe contradicción entre el contenido de los documentos invocados y la apreciación que de ellos, en unión de otras pruebas, se hizo en la sentencia recurrida, que, en definitiva, lo que afirma, como cuestión de hecho, es que la relación subarrendaticia y frente al arrendador y subarrendador el socio demandado es el titular único, pero en las relaciones internas de los socios entre sí, que son las que interesan en este pleito, la titularidad de subarrendataria radica en la sociedad formada por los dos litigantes.

CONSIDERANDO: Que en consecuencia, que no es viable el tercer motivo del recurso, por falta de autenticidad, a efectos de casación de los documentos que se citan como demostrativos del error de hecho que se imputa a la Sala de instancia en la apreciación de las pruebas, y al ser firme el hecho de que por acuerdo de los socios el local destinado a comercio fué adquirido para la sociedad, quedan sin base de sustentación los restantes motivos del recurso, en todos los que se discurre sobre la base inexacta de que el local ha sido adquirido privativamente por el socio demandado, haciendo caso omiso de la realidad de lo convenido por los dos socios, e involucrando los efectos del contrato de subarriendo frente a terceros, que no son parte en el pleito, ni quedan ligados a sus resultados por cosa juzgada, y los efectos del mismo contrato en la vida interna de la sociedad constituida por los socios litigantes; razones por las que procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 MARZO 1950

Competencia—acción personal.

Si no hay lugar determinado para el cumplimiento de la obligación, debe atribuirse la competencia al Juez del domicilio del demandado.

SENTENCIA 27 MARZO 1950

Legitimación registral—efectos de la presunción del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Si el titular de la inscripción ha de ser tenido como propietario y poseedor de la finca inscrita a todos los efectos legales, no puede negársele la condición de parte legítima para promover el juicio de desahucio.

ANTECEDENTES.—Doña A. M. C., en representación de sus menores hijos R., J. y B. M. M., demandó un juicio de desahucio en precario a don R. M. S., alegando que sus citados hijos eran propietarios, por partes iguales y en proindivisión, como herederos de su padre, don B. M. S., de una casa en la cual, el demandado y sus familiares, ocupaban dos pisos con azotea, contruidos encima del antiguo edificio, a título de precario, o sea sin pagar alquiler alguno a los propietarios del inmueble. Acompañada, entre otros documentos, certificación del Registro de la Propiedad, acreditativa de estar inscrita la finca a favor de sus hijos, como herederos abintestato de su padre, don R. M. S., y certificado del acta de conciliación con el demandado, donde se le dió un mes de plazo para desalojar los pisos que ocupaba.

Se opuso el demandado afirmando que con ocasión de su matrimonio le fué cedido por su padre un trozo de terreno, en el que construyó con el beneplácito de éste, pero con su propio dinero, una casa compuesta de dos pisos bajos y dos de azotea, de la que se posesionó, una vez terminadas las obras, ocupándole a título de dueño, por lo que no procedía la acción de desahucio en precario, ya que se trataba de una finca de su propiedad.

Practicadas las pruebas propuestas por una y otra parte, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando haber lugar al desahucio de los pisos que ocupaba el demandado, sentencia que, apelada por el mismo, fué revocada por la A. T.

La parte demandada formalizó recurso de casación por infracción de Ley, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Por infringir la Sala Sentenciadora por violación, interpretación errónea y aplicación indebida del art. 359, en solución con el 358 del C. c.; el 38 de la LEC. y el principio de derecho "Omne quod irraedificatur solo cedit" y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 22 y 31 de agosto y 5 de septiembre de 1863, 20 de mayo de 1895 y 14 de octubre de 1917, y otra concordante jurisprudencia.

Segundo. Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 38 de Ley Hipotecaria y del 1.564 de la LEC. y doctrina legal de desahucios.

Tercero. Por infringir los arts. 1.214, 1.215, 1.250 y 1.251 del Código civil y doctrina legal de las Sentencias de 7 de marzo de 1896, 16 de octubre de 1906 y otras.

Cuarto. Por infracción de doctrina legal contenida en Sentencia de 27 de febrero de 1947, 27 de diciembre de 1948 y 15 de enero de 1947.

Quinto. Por incurrir la Sala Sentenciadora en manifiesto error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora, partiendo del hecho, que reconoce, de existir en el Registro de la Propiedad de I, a nombre de los actores, una inscripción de la finca dentro de la cual se encuentra la edificación objeto de este juicio de desahucio, se fundó para desestimar la demanda en que por mucha importancia que se quiera dar al art. 38 de la Ley Hipotecaria, lo que el mismo establece no es más que una presunción; y aunque ello sea indudable, no lo es menos que a tal presunción debe dársele el valor y eficacia que la Ley le otorga en términos inequívocos, al decir dicho art. 38 que para todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo y que de igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales, tiene la posesión de los mismos, y el disponer el 1.250 del Código civil que las presunciones que la Ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ella, y si con arreglo a tales preceptos el ti-

tular de la inscripción ha de ser tenido como propietario y poseedor de la finca inscrita para todos los efectos legales, salvo prueba eficaz en contrario que el Tribunal *a quo* no dice haberse producido en este caso, no puede negársele la condición de parte legítima para promover el juicio de desahucio con arreglo al art. 1.564 de la Ley procesal y doctrina de esta Sala en múltiples sentencias, de las que basta citar la de 27 de febrero de 1947, que declara que la inscripción registral produce, mientras subsista, la presunción de posesión del citado art. 38 "a todos los efectos legales", uno de los cuales es el señalado en el art. 1.564 de la LEC., reconociendo como parte legítima para promover el juicio de desahucio al poseedor real o título de dueño, y la de 15 de enero del mismo año, que declara que si bien la demostración de la falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, constituye una cuestión a dilucidar en el correspondiente juicio ordinario, también es cierto que en el procedimiento de desahucio no puede impugnarse la realidad del dominio inscrito.

CONSIDERANDO: Que, establecido que a la parte actora pertenece el terreno inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad, es forzoso reconocer que también le pertenece lo que sobre tal terreno se haya edificado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 351 del C. c., que no contiene una presunción, sino una norma directa y obligatoria, no siendo aceptable, por tanto, la tesis del Tribunal *a quo* que supone que el fundamento de la demanda está constituido por dos presunciones, lo que le lleva a excluir el presente caso de lo dispuesto en el art. 1.564 de la Ley procesal y a no reconocer a la parte actora la legitimación activa, infringiendo además de dicho artículo 1.564, el 38 de la Ley Hipotecaria y los 358, 459 y 1.250 del Código civil, invocados en los tres primeros motivos del recurso, que deben ser e tirados, así como el cuarto, que denuncia violación por falta de aplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias que se citan.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto atribuye a la sentencia recurrida error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, sin que el primero resulte suficientemente acreditado, puesto que, si bien alguno por lo menos, de los documentos aducidos, como la certificación del Registro de la Propiedad de I., tienen carácter de auténtico en cuanto por sí mismo hace prueba de su contenido, ninguno es eficaz para demostrar evidentemente la pretendida equivocación del Tribunal *a quo*, toda vez que éste no ha hecho ninguna afirmación que expresa y textualmente contradiga el contenido de tales documentos, pero debe ser estimado dicho motivo en cuanto denuncia error de derecho invocando el art. 1.250 del C. c., que en efecto ha sido infringido al no reconocer al Tribunal *a quo* la fuerza probatoria que tiene la presunción legal nacida de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 4 ABRIL 1950

Casación por infracción de ley—inadmisión de documento como medio de prueba.

La negativa de admisión de un documento, propuesto como medio de prueba, sólo puede ser motivo de casación en recurso por quebrantamiento de forma, pero no en el de infracción de ley.

Presunción—interpretación art. 1.249 del Código civil

Exigiendo el art. 1.249 del Código civil, para admitir una presunción, que el hecho de que ha de deducirse esté implícitamente acreditado, no puede estimarse así el hecho de la declaración de procedimiento, fundada en indicios racionales de criminalidad, para estimar acreditado completamente el hecho que se imputa al procesado.

ANTECEDENTES.—Don V. L. O. dedujo demanda de juicio de mayor cuantía contra don M. G., por sí y en representación de su esposa, y si hubiese fallecido, sus herederos; contra la viuda y presuntos herederos de don S. C. y contra el Banco A. de C., de Z., solicitando la declaración de nulidad de un contrato de compraventa en que el demandante vendió a don M. G. una casa de su propiedad, sita en Z., por haber intervenido dolo causante del comprador, pidiendo al mismo tiempo la nulidad de la escritura pública en que el contrato se contenía y la inscripción causada a favor del Sr. G.

La casa fué hipotecada por don M. G. a favor del Banco A. de C., y el actor solicitaba la cancelación de la inscripción de hipoteca, basándose en que el Banco conocía la forma en que el Sr. G. celebró la compraventa y no tenía, por ello, el carácter de tercer hipotecario. Tampoco reconocía la condición de tercero, por la misma razón, a don S. C., adquirente posterior de la finca e interesaba también la cancelación de la de la inscripción causada a su favor.

Pedía también la reintegración en la propiedad de la casa, los alquileres producidos o debidos producir e indemnización de daños y perjuicios.

Alegaba en base de sus pedimentos que el contrato que celebró con don M. G. estaba viciado de nulidad por haber éste empleado engaño fraudulento en cuanto a la forma de realizar el pago del precio de la casa, que consistía parte en metálico, otra parte en acciones preferentes de la Electra de Tardienta y parte en una finca de Sabadell, resultando que las acciones, a las que se garantizaba un dividendo, no eran cotizables ni habían sido desembolsadas, y los inmuebles tenían un gravamen hipotecario superior al expresado por el Sr. G.

Se opusieron por separado los demandados, alegando que no existía el engaño pretendido, pues, además de ser el actor perito en los negocios, realizó una laboriosa gestión previa a la perfección del contrato, y, aparte de otras alegaciones, manifiestan que el Sr. G. y el actor otorgaron el año 1935 una escritura de compromiso, precisamente para ejecutar la de permuta de las fincas urbanas de Zaragoza y Sabadell y resolver diferencias surgidas, en donde manifestaron los otorgantes que dejaban subsistente la permuta en cuanto a las transmisiones de las fincas. También alegaron que las acciones preferentes de Electra de Tardienta eran auténticas y eficaces y sobre ellas se repartió el correspondiente dividendo.

Insistieron las partes en sus respectivas alegaciones, en los trámites de

réplica y dúplica y practicadas las pruebas y cuando el tratado de conclusiones dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia, sentencia que, apelada por el demandante, fué confirmada por la A. T.

El demandante formalizó contra ella recurso de casación por infracción de ley, basándose en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción por interpretación errónea e inaplicación del núm. 3.º del art. 606 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo. Infracción, por interpretación errónea, de los arts. 1.265 y 1.266 en relación con el 1.269 del Código civil.

Tercero. Infracción, por inaplicación, de los arts. 1.250 y 1.253 del Código civil.

Cuarto. Infracción, por inaplicación, de la doctrina sentada en sentencias del T. S. de 13 de mayo, 7 de julio y 11 de mayo de 1927 y 11 de enero y 28 de octubre de 1928.

Quinto. Infracción, por aplicación indebida e interpretación errónea, del art. 34 de la Ley Hipotecaria.

Sexto. Infracción, por interpretación errónea, del art. 837 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que la negativa de admisión de un documento, propuesto como medio de prueba, sólo puede ser motivo de casación, conforme al número quinto del art. 1.693 de la LEC., en recurso por quebrantamiento de forma, pero no en el de infracción de Ley, fundado en el número primero del 1.692, como lo es el interpuesto en representación de don V. L. C., lo que obliga a desestimar dicho recurso por su primer motivo.

CONSIDERANDO: Que negado en la sentencia el error de don V. L. C. en el objeto del contrato de 25 de octubre de 1934, fundada la negativa en la posibilidad que aquél tuvo de apreciar por sí mismo el valor de los inmuebles adquiridos por virtud de dicho contrato y en que las acciones de la Compañía "T." le fueron legítimamente entregadas y tenían valor efectivo, según deduce de los hechos que estima probados de haber sido pignoradas en el B. de E. y en la C. de A. y M. de P. de Z., como garantía de la devolución de cantidades recibidas por el señor L. O., de dichas entidades, es improcedente el recurso por su segundo motivo, cuyo fundamento se reduce a la afirmación de ese supuesto error, contra las proposiciones de hecho de la sentencia, sin impugnarlas por los únicos medios autorizados en el número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CONSIDERANDO: Que la declaración de procedimiento fundada en indicios racionales de criminalidad, resultantes de un procedimiento inquisitivo y secreto, no puede estimarse medio de acreditar completamente el hecho imputado al que se declare procesado, y como el art. 1.249 del Código civil exige para admitir una presunción que el hecho de que ha de deducirse esté completamente acreditado, la instancia recurrida no infringió los arts. 1.250 a 1.253 del citado Código, al no estimarlo así para deducir, del procesamiento de don M. C., que las acciones de la E. T. "no habían sido desembolsadas", ni el dolo del mismo, para determinar a don V. L. O. a recibirlas, como contraprestación parcial del contrato entre ambos fecha 25 de octubre de 1934, por lo que no puede estimarse el recurso por su motivo tercero.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede estimarse por el cuarto ni por el quinto que, alegados ambos como comprendidos en el número primero del artículo 1.692, ya citado, po no haberse aplicado la doctrina y preceptos legales citados en dichos motivos, dan, como supuestos de su aplicación, hechos que estima probados, como reveladores de la mala fe de don S. T. y del B. A. de C., contra la negación fundada en la sentencia recurrida, de tales hechos, al negar que el primero conociese, cuando adquirió de don C. G. la casa número X de la calle de C. de A., causa alguna de nulidad ni de rescisión de la compraventa de dicha casa, celebrada entre G. y don L. O.; y que el B. A. de C., al constituir hipoteca sobre la misma, conociese la insolvencia de G. ni se confabulase con éste, para inducir a L. O. a venderle la casa.

CONSIDERANDO: Que la estimación de sentencia firme y ejecutoria que al laudo del amigable componedor, don F. R. y J. de U., concede la sentencia recurrida, ninguna influencia ha tenido, ni podía tener, en el pronunciamiento de dicha sentencia referente a la petición de que se declarasen nulos el contrato de compromiso y el propio laudo, porque los fundamentos de aquella sentencia para rechazar la nulidad del compromiso son independientes, como es natural, del valor del posterior laudo, y respecto a éste, sólo se estimó firme para don V. L. O., que le había consentido, y no para dar eficacia definitiva e indiscutible al laudo, a la razón acometido a recurso de casación interpuesto por don M. G., siro únicamente para patentizar que la petición de nulidad del laudo formulado por L. O. era contraria a los actos de éste de haberse sometido a él en la escritura de compromiso y haberla consentido, con la efectividad propia de su firmeza. por lo que es improcedente el recurso por su sexto y último motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 ABRIL 1950

Diligencias para mejor proveer.

Consentida y no formulada protesta para sub anar la supuesta falta cometida, no se puede en posterior instancia rectificar extemporáneamente el consentimiento que, con tal omisión, se prestó a la actuación.

Apelaciones de juicios verbales: su constancia por acta y no por diligencia (1).

ANTECEDENTES—En procedimiento seguido al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos solicitando la resolución del contrato por cesión, una vez transcurrido el período probatorio, como la prueba documental no se había recibido, el Juzgado dictó providencia por la que se ordenó que para mejor proveer y dentro del período de diez días se unieran a los autos, acordándose posteriormente unir a los mismos los documentos que fueron aportados y declarados conclusos, dictó sentencia declarando haber lugar a la demanda. Apelada la sentencia al Juzgado de Primera Ins-

(1) Véanse los considerandos segundo y tercero.

tancia, la confirmó. Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, se basó en los siguientes

MOTIVOS.—*Primero.* Acordar una diligencia para mejor proveer sin la declaración de conclusos de los autos y sin hacer la citación para sentencia, lo que supuso en este caso una concesión de término extraordinario de prueba, con infracción de lo que se dispuso en la sentencia de 8 de marzo de 1933 sobre que la negligencia o abandono de las partes al no gestionar con tiempo suficiente los despachos librados para practicar determinadas pruebas, no debe suplirse por el juzgador al amparo del artículo 340 de la Ley de E. C. No se pudo en su día recurrir porque por lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 340 y en la apelación no se extendió "acta", sino una simple diligencia de vista en la que no se hizo constar la protesta.

Segundo. El juez ante quien se formalizó la apelación y asistió a la vista fué distinta persona que el que le sucedió y dictó la sentencia, quebrantándose el artículo 318 de la Ley de E. C., agravando en este caso por no haberse levantado acta.

CONSIDERANDO: Que la recurrente, habiendo conocido, por la correspondiente notificación, la providencia para mejor proveer, no formuló contra la misma oposición ni protesta que pudiese haber dado lugar, en la misma instancia en que dice se cometió, a la subsanación de la supuesta falta que ahora alega como primera causa del recurso, mediante el cual trata de rectificar extemporáneamente el consentimiento que, con tal omisión, prestó a la actuación que ahora impugna en recurso improcedente, por no admitirse ninguno, según prohibición del art. 340, contra las providencias para mejor proveer, lo que impide dar lugar al interpuesto por su primera causa.

CONSIDERANDO: Que la sustitución del "acta" prevenida en el art. 736 de la LEC., en relación con el apartado b) del 163 de la anterior de Arrendamientos Urbanos, por la titulada en los autos de la apelación "diligencia de vista", sin expresión alguna de lo alegado en la comparecencia, al dictar la sentencia Juez distinto de aquel ante el que ésta se celebro, y, sin conocimiento, por lo tanto, de las alegaciones que el apelante y hoy recurrente hiciese en dicho acto, privó a éste de tal medio de defensa, sin posibilidad, por haberse leído la diligencia extendida, y haber quedado el juicio para sentencia, según en ella se hace constar, de pedir la subsanación ni protestar de la falta cometida.

CONSIDERANDO: Que el quebrantamiento indicado de una formalidad esencial del juicio cual es la comparecencia, para alegaciones en la segunda instancia, con las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, y alegado como causa del recurso, debe dar lugar a éste, conforme al artículo 162 de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 14 ABRIL 1950

Casación por infracción de ley: impugnación de la apreciación de la prueba.

No impugnándose la apreciación que de la prueba hace el juzgador de instancia por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de E. C., forzoso es partir de los hechos por él establecidos.

SENTENCIA 18 ABRIL 1950

Recurso por injusticia notoria en arrendamientos urbanos: carácter que ha de tener la injusticia.

Para que el recurso por injusticia notoria pueda prosperar es base necesaria que la apreciación judicial sea manifiesta y evidente.

ANTECEDENTES.—Dictada sentencia por la que se declaró haber lugar a la resolución de un contrato de arrendamiento de local de negocio por subarriendo o traspaso, se interpuso recurso de injusticia notoria al amparo del art. 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, fundándolo en las causas segunda y tercera del art. 173 por infracción del art. 1.253 del C. c. en relación con las bases 40 y 41 del R. D. de 11 de mayo de 1923 sobre Contribución Industrial y doctrina legal de las Sentencias de 25 de mayo y 12 de noviembre de 1904 y 11 de octubre de 1906, pues la baja y el alta de dicha Contribución no son por sí mismas signos de un hecho consumado, sino de un mero propósito, y no son autos a probar el ejercicio de una industria.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de Instancia estima acreditado que por el demandado se subarrendó o traspasó a un hermano suyo el local de negocios a que se refiere la demanda sin autorización del propietario, por lo que da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento del mismo, de acuerdo con los números segundo y tercero del art. 159 de la LAU., fundando su apreciación en el conjunto de los elementos probatorios, y muy especialmente en que el referido demandado se dió de baja en la contribución industrial que venía satisfaciendo por el negocio de taberna que en dicho local tenía, y a continuación fué alta en la Contribución en análogo negocio su expresado hermano, lo que envuelve sin género de duda el empleo por el juzgador de una de las presunciones lógicas autorizadas como medio de prueba por el art. 1.253 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el recurso que contra dicha resolución se entabla se funda en un único motivo que se da como comprendido en los números segundo y tercero del art. 163 de la Ley, el primero totalmente inoperante, por ser evidente que no se puede tratar de quebrantamiento de ninguna de las formalidades esenciales, por entender el recurrente en cuanto al segundo, que se ha infringido el mencionado art. 1.253 en relación con las bases 40 y 41 de la Contribución Industrial aprobadas por Decreto de 11 de

mayo de 1926, en cuanto la declaración de alta ha de preceder al ejercicio de la industria, según estima el recurrente, y la baja del mismo modo conforme a la segunda de las citadas bases; pero es evidente que estas disposiciones de orden fiscal dejan íntegra la fuerza de la presunción que el juzgador establece, por cuanto el alta del nuevo industrial presupone lógicamente la adquisición del negocio en el cual se dió de baja el anterior titular, existiendo, por lo tanto, entre el hecho dado y el que se trata de inferir (el subarriendo o traspaso) el enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano a que alude el art. 1.253 antes citado, ello aparte de que la apreciación judicial no entraña en este caso la injusticia notoria, es decir, manifiesta y evidente, base necesaria para que el recurso pueda prosperar, por lo que procede desestimarlos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 ABRIL 1950

Competencia—acción personal: gastos y honorarios de albacea contador partidor.

Es competente el juez del lugar donde se realizaron la mayor parte de los trabajos por el contador partidor.

SENTENCIA 20 ABRIL 1950

Casación por infracción de Ley—error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Para que sea eficiente la impugnación de la apreciación de pruebas, conforme a lo prevenido en el párrafo 7.º del art. 1.692 de la L.E.C., es inexcusable la cita de documentos auténticos, que, sin relacionarlos con otros elementos de justificación, demuestren por sí mismos la equivocación del juzgador, y que ésta aparezca evidente.

Casación por infracción de Ley—errores en la notificación jurídica de la sentencia recurrida.

No son de estimar, a los fines de la casación, los errores atribuidos a la sentencia recurrida cuando no afectan a la parte dispositiva de la misma, contra la cual, y no contra su notificación, se da únicamente el recurso.

Inscripciones contradictorias e incompatibles—cuál debe prevalecer.

Existiendo dos inscripciones, en diferentes hojas registrales, contradictorias e incompatibles entre sí, corresponde a los Tribunales decidir cuál debe prevalecer, teniendo en cuenta las circunstancias del error y la eficacia, en el orden civil, de los derechos alegados.

ANTECEDENTES.—Don I. P. P. dedujo demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra la S. A. "A" y otros, solicitando se declarase su derecho de dominio sobre las fincas que se cribía en la demanda, enclavadas en Madrid, en la manzana formada por las calles de B. M., de C., A. C. y S. E., por haberlas adquirido legítimamente, siendo nulos e ineficaces, por ser posteriores e incompatibles, los títulos de propiedad que pudieran alegar los demandados, y los de sus causantes, con referencia a un solar enclavado en la misma manzana, debiendo cancelarse las inscripciones del Registro de la Propiedad referentes a dichos títulos, y condenándose a los demandados a reconocer y respetar el derecho del actor, absteniéndose de perturbarlo, con indemnización de daños y perjuicios y condena de costas.

Alegaba haber adquirido legítimamente la propiedad de las fincas en compra de las mismas por precio alzado a sus anteriores dueños, ejercitando sobre los mismos actos de dominio y posesión, que las fincas aparecían delimitadas y cruzadas por varias calles que se abrieron para construir los solares en terrenos edificables y que los títulos de los demandados sobre el solar enclavado en la manzana citada eran nulos por derivar ellos de un adquisición nula. Derivando dichos títulos de un expediente de dominio que siguió, en el Juzgado del distrito de Ch., don F. M., al decirse dueño del solar a base de un documento privado falso, dictándose auto por dicho Juzgado declarando pertenecerle el citado solar, asunto que posteriormente se declaró nulo en sentencia de la A. T. de Madrid, recaída en autos de juicio de mayor cuantía seguidos entre el actor y don F. M. Al mismo tiempo se ordenaba la cancelación de la inscripción primera de dicha finca, sin poder el actor conseguir la cancelación de los posteriores en favor de los demandados o sus causantes, al no ser parte en aquel litigio, razón por la que promovía éste.

A la demanda presentada se opuso la S. A. "A"—siendo los demás demandados declarados en rebeldía—alegando la no identificación por el demandante de la finca cuya propiedad afirmada; que el litigio seguido entre éste y don F. M. y sustancia en él recaída no podía producir efecto de cosa juzgada respecto a la entidad demandada, que no fué parte en aquél; y que la posición de "A" en esta litis era la de tercero protegido por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Insistieron las partes en las alegaciones hechas, en los trámites de réplica y dúplica, y practicadas las pruebas documental, pericial y de confesión del demandante, se evacuó el traslado de conclusiones, completándose las pruebas por el Juzgado para mejor proceso y dictando sentencia, por la que, estimando en parte la demanda, declaraba haber lugar a los pedimientos de la misma, salvo el de indemnización de daños y perjuicios y lo referente a las costas de que no se hacía expresa condena.

Apelada esta sentencia por la S. A. "A", fué confirmada por la A. T., imponiendo al recurrente las costas de la apelación, formalizándose por éste recurso de casación por infracción de Ley.

MOTIVOS.—No se recogen por referirse a ellos los considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo estatuido en el art. 348 del C. c., y reiterada doctrina de este Tribunal, es a la Sala sentenciadora a la que corresponde la facultad de apreciar la identidad de los bienes que se trata de reivindicar; y como aquélla afirma que todas las parcelas del actor se hallan situadas en la manzana formada por las calles de B. M., S. E., A. C. y la de la C., y que es puramente imaginario el solar núm. X, como finca X y, por tanto, legítimamente ejercitada la acción reivindicatoria, a estas aserciones hay que atenerse en casación, ya que el fallo recurrido (no

incide) no incide en los errores de hecho y de derecho que se invocan en los motivos primero, segundo, cuarto, sexto y octavo del recurso, por los razonamientos, de carácter legal, que exponen a continuación.

CONSIDERANDO: Que no incurre la resolución impugnada en error de hecho; porque, *para que sea eficiente la impugnación de la apreciación de las pruebas, conforme a lo prevenido en el párrafo séptimo del art. 1.692 de la Ley procesal, es inexcusable la cita de documentos auténticos que, sin relacionarlo con otros elementos de justificación, demuestren por sí mismos la equivocación del juzgador, y que ésta aparezca evidente;* supuesto que no se da en el presente recurso, porque los que, como tales se citan, no revisten ese carácter, ya que con los mismos que aquél tuvo en cuenta, con otros medios de prueba, para formar su juicio, que aquí no es lícito combatir, comparando y contrastando el conjunto de ellos, para hacer deducciones y llegar a resultados distintos de los establecidos por el juzgador; y tampoco ha cometido el error de derecho que se le atribuye, porque, para que tal error exista, es preciso que se niegue o desconozca la preceptuada eficacia que corresponde a determinados medios de prueba, pero no cuando, como aquí acontece, se reconoce y otorga, a los documentos de los que se pretende inferir el error, el valor que la Ley les asigna, siquiera aprecie su resultado con criterio opuesto al del recurrente; y por ello, procede desestimar los mencionados motivos, respecto a dichas infracciones.

CONSIDERANDO: Que por fallecimiento del actor, durante el curso de la litis, compareció en los autos, y se tuvo por parte, a su hijo don I. C. C., a título de sucesor, y heredero legatario de los bienes litigiosos; por lo que al declarar la sentencia de instancia el dominio a su favor de éstos, como consecuencia obligada de la sucesión, conforme a lo prevenido en el art. 659 del C. c., no incidió en la infracción del art. 359 de la Ley procesal, que se denuncia en el motivo tercero; porque siendo el hijo, por título hereditario, sujeto de la relación jurídica material deducida en la demanda, no cabe sostener que, al asignarle la propiedad de los bienes en aquélla reclamados por su padre, se variasen los términos de la litis, como se pretende; por que debe, asimismo, ser desestimado este motivo.

CONSIDERANDO: Que tampoco hay méritos para afirmar, como en el recurso se sostiene, que al estimar el fallo impugnado ineficaces el auto de declaración de dominio de 29 de enero de 1931, y el de 24 de julio de 1933, con todo el procedimiento en que éste recayó, se haya infringido el artículo 400 de la Ley Hipotecaria; por cuanto tal tesis se funda en la extraña consideración de que, tratándose de resoluciones firmes, para negarlas eficacia y validez, como posteriores e incompatibles con los títulos del actor, sería preciso haber utilizado, con buen éxito, el recurso de revisión, regulado en el Título 22, del Libro segundo de la Ley procesal; ya que es in cuestionable que la demanda, en esta clase de recursos excepcionales, sólo pueden interponerlos quienes fueron parte en el proceso, a fin de obtener la rescisión, total o parcial de la sentencia impugnada por alguna de las causas taxativamente enumeradas en el art. 1.696 de la precitada Ley; por lo que no siendo posible al actor acudir a tal remedio procesal, el

único procedimiento a seguir, en defensa del agravio que a sus derechos privados causaron las mencionadas actuaciones, era el de pretender su nulidad, como trámite previo al éxito de la acción reivindicatoria; y al estimarse ésta procedente por la Sala, no cometió las infracciones que se le imputan en el motivo cuarto, que también debe ser rechazado.

CONSIDERANDO: Que al declarar el Tribunal de instancia que son nulas y deben cancelarse todas las inscripciones subsistentes en el Registro de la Propiedad del Norte, practicadas a favor de los demandados, y relativas a la finca número X, tampoco ha incurrido en la infracción de los artículos 79 y 80 de la Ley Hipotecaria, que se denuncia en el motivo quinto; porque pedida en la demanda la cancelación total, y acogida por el fallo esta pretensión, como consecuencia necesaria de la ineficacia y carencia de valor y efectos legales de los títulos aportados por el recurrente, tan explícita locución supone una paladina afirmación de nulidad, como presupuesto inexcusable para ordenar la cancelación; sin que a ello obste que no se emplease, precisamente, la palabra nulidad, porque es de sobra notorio que la ineficacia, por su carácter genérico, implica la nulidad, y, consiguientemente las alegaciones en sentido contrario a esta doctrina, aducidas en este motivo, carecen en absoluto de razón y deben ser desestimadas.

CONSIDERANDO: Que la llamada *actio judicati*, por su finalidad meramente ejecutiva, como encaminada a perseguir el cumplimiento de un fallo firme, es de inadecuado ejercicio en proceso distinto al que en la sentencia condenatoria se dictó; y, por ende, al entenderlo de otro modo la Sala, y equipararla en sus efectos a la excepción de cosa juzgada, incidió en las infracciones que se invocan en el motivo séptimo, que es, sin embargo, inoperante a los fines de la casación, por ser harto sabido que no son de estimar en cuanto a ellos los errores atribuidos a la sentencia recurrida cuando, como ocurre en el presente caso, no afectan a la parte dispositiva de la sentencia, contra la cual, y no contra su motivación, se da únicamente el recurso.

CONSIDERANDO: Que declarado por el fallo que se impugna el dominio de la casa, y parcelas litigiosas, a favor del señor C. C., e ineficaces y carentes de todo valor los títulos que alegan los demandados, como posteriores e incompatibles con los de aquél, así como los de sus causantes, con referencia a un supuesto solar, que se dice también enclavado en la manzana misma en que se hallan situadas las parcelas del señor C., la cuestión fundamental del recurso queda ya reducida a decidir si, a pesar de tan explícita declaración, hecho dentro del ámbito del D. c., la sentencia debe ser casada en cuanto declara, ineficaz y sin valor, la escritura de 8 de noviembre de 1933, títulos de propiedad de S. A. "A", y nula la inscripción novena, que tal título causó, respecto de la mencionada finca, por no haberse tenido en cuenta la protección que al recurrente dispensa el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDO: Que como la Sala sentenciadora, contrastando en la realidad, mediante la prueba pericial, los respectivos títulos aportados por las partes, llega a la conclusión de que las fincas del actor integran la man-

zana litigiosa, y que la inscrita en el Registro, con el número X, a favor de S. A. "A", carece de existencia física, es llano que el recurrente no puede escudarse en la protección que al tercero dispensa el art. 34 de la Ley Hipotecaria; porque sobre ostentar el demandante idéntica condición, por haber adquirido sus fincas de quienes también las tenían inscritas a su nombre, tratándose como aquí se trata, de dos inscripciones, en diferentes hojas, contradictorias e incompatibles entre sí, corresponde a los Tribunales decidir cuál es la que debe prevalecer, como lo ha hecho la Sala sentenciadora, en vista de las circunstancias del caso, teniendo en cuenta la eficacia, en el orden civil, de los derechos alegados; procediendo desestimar este motivo y con él recurso; siquiera la Sala aplicase indebidamente el artículo 34, en cuanto basta a mantener el fallo recurrido los fundamentos precitados, y los que quedan expuestos, que esta Sala estima aplicables, conforme a las alegaciones y peticiones de los litigantes, y los hechos declarados probados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 ABRIL 1950

Mandato retribuido—diferenciación del arrendamiento de servicios.

Si la figura contractual del mandato retribuido—definida por el artículo 1.769 del Código civil—ofrece líneas difusas de separación con el contrato de arrendamiento de servicios, resultan claramente diferenciados cuando con la gestión o encargo se confiere la representación, pues el matiz representativo que a veces se incorpora al nuevo mandato no se da en la esfera civil del arrendamiento de servicios.

Cuestiones nuevas en casación.

Habiéndose discutido en el pleito por el demandante a base de la existencia de un mandato no puede atribuirse en casación la calificación de sociedad, ya que esto ofrece los caracteres de una cuestión nueva no desvirtuada por la doctrina que atribuye a los Tribunales ex officio la calificación jurídica de los contratos, pues compatible con esta doctrina es la de que el juzgador, aun con libertad de apreciaciones jurídicas no puede alterar la causa de pedir esgrimida en la demanda.

Crédito refraccionario—existencia—preferencia.

Carece de eficacia la alegación de ser el recurrente acreedor refraccionario cuando no hay en autos constancia alguna de entregas de dinero para mejorar la finca.

No habiendo sido objeto el supuesto crédito refraccionario de anotación preventiva, de existir el mismo, sólo podría gozar de la preferencia que le conceden los arts. 1.922 y 1.923 del Código civil.

Ejercicio de un derecho personal—falta de eficacia frente a tercer adquirente en procedimiento hipotecario.

Obrando a base de un derecho puramente personal, derivado del mandato retribuido, no puede pretenderse—por falta de legitimación activa y pasiva—hacerle eficaz frente a terceros adquirentes en el procedimiento hipotecario por carecer de relación jurídica inmediata y directa sobre los bienes enajenados.

Costas—quién debe pechar con ellas—cuándo puede haber, sobre ellas, pronunciamiento en casación.

Con las costas debe pechar no solamente quien litiga maliciosamente sabiendo que “non ha derecho en la cosa que demanda”, sino también el que actúa “sin razón derecha”.

La doctrina jurisprudencial sólo da entrada en casación al pronunciamiento sobre costas en el caso de que se haya infringido una norma legal.

ANTECEDENTES.—Por constar en el primero de los considerandos de la sentencia los hechos básicos de este pleito, los omitimos aquí.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción, por falta de aplicación, de los arts. 1.088, 1.091, 1.094, 1.126 y 1.127 del Código civil.

Segundo. Infracción, por falta de aplicación, de los arts. 1.679, 1.680, 1.688 y 1.689 del Código civil.

Tercero. Infracción, por falta de aplicación, del art. 42, núm. 1.º, de la Ley Hipotecaria, en relación con los 923 y 924 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Cuarto. Infracción, por errónea aplicación, del art. 132º de la Ley Hipotecaria, en relación con el 481 y 503, núm. 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina legal establecida en las sentencias de 6 de noviembre de 1941 y 10 de febrero de 1942, fijando el alcance de la excepción “sine actio agis”.

Quinto. Error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico, al afirmar la sentencia que no ha acreditado el demandante la transmisión de los derechos que ha pretendido hacer valer en el pleito, siendo lo cierto que dicha transmisión consta por escritura de convenio y sentencia.

Sexto. Error de hecho en la apreciación de la prueba de documento público con infracción del art. 1.218 del Código civil, en relación con los 596, núm. 1.º, de la Ley procesal y 132 de la Hipotecaria.

Séptimo. Infracción, por errónea aplicación, de la regla 5.ª del art. 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con el art. 40 del Código civil, 270, 272, 274, 277, 278 y 279 de la Ley de Enjuiciamiento civil y doctrina legal de las sentencias de 30 de octubre de 1928 y 27 de octubre de 1933.

Octavo. Infracción, por errónea aplicación, de la doctrina legal invocada en la sentencia en materia de costas y de los principios de la Ley 8.ª, Título 22 de la Partida 3.ª y de la doctrina establecida en Sentencias de 11 de febrero y 11 de abril de 1900 y 27 de febrero y 30 de marzo de 1932.

Noveno. Error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documento auténtico al estimar temeraria la conducta del demandante por el hecho de contener errores jurídicos la demanda, ya que en el pleito obran documentos auténticos suficientes para justificar, aunque fuese con error, las peticiones del actor.

CONSIDERANDO: Que son hechos básicos en este pleito, unos indiscutidos y los demás declarados ciertos en la sentencia recurrida, sin adecuada impugnación en el recurso: Primero, que la señora Condesa de A., dueña de una finca, encomendó a los señores del A. y G. la parcelación y venta de la misma, con la facultad de otorgar en nombre de la propietaria las correspondientes escrituras de venta en parcelas, y con el compromiso de entregarles, como retribución por sus servicios, la cantidad que excediese de diez pesetas el pie cuadrado, una vez que ella hiciese efectivo de los compradores el precio total de las ventas; Segundo, que los señores del A. y G. vendieron diferentes parcelas de la finca, y entre ellas dos a don A. B., a razón de 20 y 22 pesetas pie, quedando aplazado el pago de la totalidad del precio, lo que se hizo constar como condición resolutoria en favor de la señora Condesa en la inscripción de la venta de las parcelas; Tercero, que el crédito por precio aplazado fué pospuesto al crédito hipotecario que adquirieron las demandadas, señoras N., por préstamo que hicieron al nuevo dueño de las parcelas, señor B.; Cuarto; que las señoras N. instaron el procedimiento especial sumario para la efectividad de su crédito contra el deudor, señor B., y el procedimiento terminó con la adjudicación de las dos parcelas a las acreedoras, señoras N.; Quinto, que al iniciarse el procedimiento sumario constaba anotada preventivamente la demanda que formularon los señores del A. y G. contra la señora Condesa de A. sobre cumplimiento de lo convenido por ellos en punto a parcelación y venta de la finca, y esta anotación preventiva quedó extinguida por caducidad unos meses después de iniciado el presente pleito, y Sexto, que años después de terminado el procedimiento especial sumario, el señor del A., en nombre propio y como participante en el sobreprecio de las dos parcelas, promovió este pleito contra las señoras N., con la súplica fundamental de que se declarase la nulidad de dicho procedimiento hipotecario, por no haberse hecho saber en forma legal su existencia a la señora Condesa de A., acreedora posterior a las señoras N., por el precio aplazado de las dos parcelas.

CONSIDERANDO: Que estos antecedentes de hecho, en cuanto se refieren al vínculo jurídico creado entre la señora Condesa de A. y los señores del A. y G., perfilan un típico contrato de mandato retribuido, tal como lo define el art. 1.709, en relación con el 1.711 del C. c., pues si de ordinario ofrece esta figura contractual líneas difusas de separación con el contrato de arrendamiento de servicios, resultan claramente diferenciados en el caso de autos, ya que juntamente con la gestión o encargo de parcelación y venta se confirió a los señores del A. y G. la representación de la propiedad del inmueble para otorgar en su nombre las correspondientes escrituras, y este matiz representativo que, a veces, se incorpora al mero mandato no se da en la esfera civil del arrendamiento de servicios.

CONSIDERANDO: Que no cabe atribuir a dicho contrato la calificación jurídica de Sociedad, como propugna el segundo motivo del recurso, porque faltan las características propias de este contrato en los

términos literales y en el espíritu que informa la expresión de voluntad de los contratantes, aparte de que en este pleito no actuó el recurrente en nombre de la supuesta Sociedad, ni en beneficio de ella, sino en nombre y provecho propios, y aparte también de que este tema no ha sido planteado en la instancia, puesto que en ella discutió el recurrente a base de la existencia del mandato, según consta en el hecho segundo, apartado c) de su escrito de réplica, por lo que ofrece en casión los caracteres de una cuestión nueva, no desvirtuada por la doctrina que atribuye a los Tribunales ex officio la calificación jurídica de los contratos, pues compatible con esta doctrina es la de que el juzgador, aun con libertad de apreciaciones jurídicas, no puede alterar la causa de pedir esgrimida en la demanda; de suerte que, aunque se admitiera la existencia de Sociedad, como no se actuó en nombre de ella, ni para ella, se incurriría en vicio de incongruencia si la nulidad de actuaciones solicitada por quien se considera titular único o exclusivo del derecho puesto en ejercicio, se decretase por el concepto distinto de condeño de bienes sociables.

CONSIDERANDO: Que la anotación preventiva de la demanda formulada por los mandatarios contra la señora Condesa de A., carece de virtualidad en el presente pleito, porque con anterioridad a la resolución del mismo había quedado extinguido por caducidad, y aunque se mantuviera viva sería título ineficaz para fundar en él la nulidad del procedimiento hipotecario que se solicitó, no porque se hubiera desconocido la significación jurídica de la anotación como gravamen real en aquel procedimiento, sino por ser viciosa la notificación hecha en el mismo a la señora Condesa, y por igual razón carece también de eficacia la alegación de que el recurrente es acreedor refractario, aparte de que no hay en autos constancia alguna de entregas de dinero que los mandatarios hayan efectuado para mejorar la finca, ni en todo caso constituirían gravamen real sobre la misma, eficaz "erga omne", por no haber sido objeto de la correspondiente anotación preventiva, de acuerdo con lo establecido en los arts. 42, número octavo, 59, 61, 63 y 64 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de las Sentencias de 16 de febrero de 1897 y 10 de febrero de 1904, por lo que, caso de que existiera el crédito refraccionario, gozaría sólo de la preferencia que, frente a otros contra la misma deudora, le conceden los arts. 1922 y 1923 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que descartadas las posiciones en que se sitúa el recurrente como socio, acreedor refractario titular de una anotación preventiva de demanda, y descartada también la de cesionario del derecho al cobro directo frente a terceros del sobreprecio obtenido en la primera enajenación, por no existir elemento alguno de prueba de la cesión pretendida, no asiste al demandante otro derecho que el puramente personal derivado del mandato retribuido para reclamar frente a la deudora por este concepto el exceso de precio sobre diez pesetas pie, una vez que por ella haya sido hecho efectivo el cobro de la totalidad en que fueron vendidas las parcelas al señor B., según lo convenido, ejercitando al efecto las acciones que sean procedentes, pero por falta

de legitimación activa y pasiva no puede pretender que su derecho personal sea eficaz frente a tercero; adquirentes de las parcelas en que el procedimiento hipotecario, por carecer de relación jurídica inmediata y directa sobre los bienes enajenados, y además porque las deficiencias que pudiera ofrecer la notificación del procedimiento a la señora Condesa de A., a ésta afectan directamente para poder reclamar ella misma o sus causahabientes la pretendida nulidad de lo actuado, si de modo expreso o tácito no se dió por enterada del procedimiento, subsanando así las deficiencias de la notificación, y sólo remotamente se vislumbra la posibilidad de que el actor, como acreedor personal, impugnándose la validez del procedimiento hipotecario, si mediante confabulación o fraude hubiera tenido la finalidad de privarle de su derecho al percibo del sobreprecio pactado, razones por las que ni son viables los seis primeros motivos del recurso, ni es operante el séptimo.

CONSIDERANDO: Que la expresión "errores jurídicos que la demanda contiene", usada en la sentencia recurrida como fundamento de la temeridad del demandante al promover este pleito, tiene la significación clara de falta de fundamento legal de la pretensión deducida a efectos de imposición de costas, con las que debe pechar no solamente quien litiga maliciosamente sabiendo que "non ha derecho en la cosa que demanda", sino también el que actúa sin "razón derecha", y como, por otra parte, la doctrina jurisprudencial sólo da entrada en casación al pronunciamiento sobre costas en el caso de que se haya infringido una norma legal que manda imponerlas a determinado litigante, es visto que tampoco pueden prosperar los dos últimos motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 MAYO 1950

Casación por infracción de Ley—interpretación del art. 23 de la Ley Hipotecaria.

La doctrina, sentada con reiteración por el Tribunal Supremo, de que no es preciso impugnar el título de la persona cuyo derecho de propiedad se contradice, cuando tienen distinto origen los derechos que se atacan y los alegados por su contradictor, es inaplicable y totalmente ineficaz cuando, habiéndose ejercitado reconvencción, se de estima ésta, no por aquella impugnación incompleta, sino por reconocerse mayor fuerza y valor al derecho que reclama el demandante que al ejercitado por el recurrimiento.

ANTECEDENTES.—Don J. C. V. formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de B., demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Ayuntamiento de B., y caución de sus vecinos, solicitando se declarase su derecho de propiedad sobre unas heredades que le pertenecían, la reintegración del pleno dominio de unas partidas de terrenos pertenecientes a las mismas y el derecho de aprovecharlas exclusivamente con sus ganados, condenando a los demandados a abstenerse de realizar acto de domi-

nio o aprovechamiento sobre ellas, restituyendo al actor el importe de las talas y subastas de árboles efectuadas, con indemnización de daños y perjuicios. Alegando en apoyo de sus pretensiones que el Ayuntamiento demandado venía realizando, desde el siglo XIX, actos encaminados a confundir los derechos del actor, a fin de crear un hecho generador de prescripción sobre los terrenos reclamados, exponiendo su derecho de propiedad sobre los mismos, que estaba debidamente inscrito, y manifestando que las usurpaciones cometidas por los demandados derivadas de un deslinde administrativo realizado a fines del siglo pasado, que tuvo lugar sin la presencia del actor, que no fué oído en el mismo ni pudo aportar sus títulos de propiedad, y contra el cual reclamó oportunamente.

Admitida la demanda se confirió traslado de la misma al Ayuntamiento de B. y al señor Abogado del Estado, en representación de la Administración, promoviéndose por éste cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado número 2 de Barcelona, accediendo el de B. a la inhibición. Dicho Abogado del Estado formuló la excepción dilatoria de falta de reclamación previa en la vía gubernativa. Instanciada ésta se dictó auto por el Juzgado, no dando lugar a la misma, y, apelada ésta, fué confirmada por la A. de Barcelona.

El Ayuntamiento de B. contestó la demanda alegando que el actor ha faltado al requisito esencial de demostrar que las parcelas de tierra reclamadas y las aprovechadas por el común de vecinos fuesen las mismas, que los aprovechamientos pertenecían a éstos en virtud de un privilegio de abril de 1233, constante en el libro "R." del Ayuntamiento, y, además, resultante del deslinde administrativo practicado, cuya cantidad no había sido pedida por el demandante. Formulada recurrección para que se declarase el derecho de dominio y aprovechamiento del Ayuntamiento sobre los terrenos objeto de la litis, imponiendo al actor silencio y llamamiento perpetuo por sus pretendidos derechos. Igualmente formuló contestación a la demanda, oponiéndose a la misma, el señor Abogado del Estado.

Al evacuar los trámites de réplica y súplica insistieron las partes en sus alegaciones, y practicada la prueba, el Juzgado núm. X de B. dictó sentencia absolviendo a los demandados y declarando que los derechos de dominio y aprovechamiento reclamados correspondían al Ayuntamiento de B. y vecinos de dicha villa. Formulada apelación, la A. de B. dictó otra revocando la anterior y dando lugar a todos los pedimentos de la demanda, salvo el referente a daños y perjuicios, absolviendo al actor de la reconvencción.

Contra esta sentencia el Ayuntamiento de B. interpuso recurso de casación por infracción de Ley.

MOTIVOS.—No se transcriben por referirse a ellos cada uno de los considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que no es de estimar el motivo primero del recurso porque la Audiencia aplica rectamente los arts. 17 y 41 de la Ley Hipotecaria con la redacción que tenían al entablarse el pleito, ya que alcanzan no sólo a los terceros hipotecarios, sino a todos los casos en que se trata de proteger un derecho inscrito, y además no funda esa sentencia su fallo en esos preceptos sino en la eficacia y valor probatorio de los títulos de adquisición y cabrevación y acreditativos de posesión, como la información posesoria inscrita en el Registro presentados por el actor, cuya validez no se impugna, y solamente se opone a ellos en otros motivos del recurso otro título anterior y una prescripción objeto de otro considerando de esta sentencia, y en cuanto al 20 de la misma Ley no hay que examinar su pertinencia, porque se refiere a la práctica de inscripciones, no discu-

tida aquí, y el 35 no ha sido interpretado ni bien ni mal por la sentencia recurrida, porque ha desestimado la prescripción, no por la inscripción registral a que ese artículo atañe, sino por no acreditarse el transcurso del tiempo preciso para ella, según su considerando doce.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no ha cometido el error de derecho de no dar valor a la certificación de la Rodaría aportada a los autos que pretende el motivo segundo del recurso, pues admite su eficacia, pero reconoce, como es justo, que esos derechos de aprovechamiento de leñas, aguas, etc., que constan en ese documento, que fueron otorgados a la villa de S. E. P. de B. y sus vecinos, correspondían en el momento del pleito al actor, por haber sido transmitidos a sus causantes, como recoge acertadamente los considerandos ocho y nueve de la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero del recurso se dirige contra la desestimación que hace el Tribunal *a quo* de la prescripción adquisitiva que alega el Ayuntamiento demandado, y para su examen hay que tratar separadamente el hecho de la posesión que dice que venían disfrutando los vecinos del pueblo desde diez o doce años antes de los deslindes, de la cuestión jurídica de cuál es el momento desde el que debe empezar a contarse el tiempo para esa prescripción, y para la primera hay que tener presente que esa posesión anterior a los deslindes no está admitida, sino denegada por la A. y, por tanto, no puede fundarse en ella el recurso al amparo del número primero del art. 1.692 de la LEC., ni ser estimada por esta Sala, y en cuanto a la otra cuestión, meramente jurídica, de si el principio del término para esa prescripción debe contarse desde los deslindes o desde los amojonamientos, es indiscutible que lo que determina visiblemente hasta dónde se extiende corporalmente cada una de ellas y el derecho de su propietario y cuándo lo hace efectivo materialmente, no es desde que se consigna en un acto esos linderos y extensión material, ni aun fijando los piquetes que dispone el artículo 28 del Reglamento de 17 de mayo de 1865, sino cuando se colocan en los mismos linderos signos tangibles que los fijan o determinan, es decir, desde que se lleva a efecto el amojonamiento, hecho distinto y posterior al deslinde, según los arts. 37 y 38 del Reglamento mencionado y cuya fecha para las fincas discutidas no consta en autos y, por tanto, no puede determinarse si han transcurrido los treinta años de posesión que exige el Usatje Omnes causae.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto que alega una infracción que no atañe a la acción ejercitada por el actor, sino únicamente a la reconvencción formulada por el Ayuntamiento, y si bien no puede admitirse su tesis de que el artículo 24 de la Ley Hipotecaria vigente, al iniciarse el pleito se refiere solamente a las acciones reivindicatorias y no a las excepciones que se opongan a ellas, porque en este pleito no se ha limitado el Ayuntamiento demandado a oponer una excepción, sino que ha formulado claramente una reconvencción, y es indiscutibles que *reus in exceptionibus actor reputabitur*, es cierta su teoría declarada reiteradamente por este Tribunal Supremo, entre otras sentencias las de 7 de diciembre de 1904, 25 de enero de 1945 y 1.º de diciembre de 1947, de que no es preciso impugnar el título de la persona cuyo derecho de propiedad se

contradice cuando tienen distinto origen los derechos que se atacan y los alegados por su contradictor, pero éste es inaplicable y totalmente ineficaz en el caso de autos, en que la reconvencción se desestima, no por esa impugnación incompleta, sino por reconocer la Audiencia mayor fuerza y valor al derecho que reclama el demandante frente al reconviniente, razonamiento jurídico suficiente para mantener el fallo recurrido.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 MAYO 1950

Ca:ación por infracción de Ley—órbita de aplicación de la legislación de arrendamientos urbanos.

Siendo la legislación de arrendamientos urbanos de carácter restringido y circunstancial, es posible admitir, conforme a reiterada jurisprudencia, que existen cue tiones derivadas de la relación arrendaticia, que caen fuera del ámbito de aquella legislación y deben ser re ueltos con arreglo a las normas sustantivas y procesales establecidas en la legislación civil, común o foral, que les sea de aplicación, si bien este criterio ha de aplicarse con la máxima cautela y la más absoluta y estricta objetividad, para evitar el peligro de que, por viciosas y poco meditadas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la adecuada finalidad social que la legislación especial persigue.

ANTECEDENTES.—Los hechos base de la sentencia se encuentran consignados en los primeros Considerandos de la misma, por lo que los omitimos en este lugar.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 51 de la LEC., del apartado b), art. 5.º; del Decreto de 29 de diciembre de 1931, del art. 14 del mismo Decreto, de la Causa 5.ª, art. 149 de la vigente LAU., del art. 160 y de la décimo tercera disposición transitoria de la misma Ley.

Segundo. Infracción de la doctrina legal contenida en sentencias de 28 de abril y 30 de octubre de 1900, 25 de febrero de 1902, 21 de noviembre de 1905, 30 de enero de 1909, 25 de noviembre de 1926, 2 de febrero de 1942, 23 de junio de 1904 y 2 de febrero de 1928.

Tercero. Omitimos este motivo del recurso por no haber tenido que hacer pronunciamiento sobre él la sentencia.

Cuarto. Infracción de la doctrina legal contenida en las sentencias de 12 de junio de 1944 y 16 de mayo de 1945.

Quinto. Infracción, por falta de aplicación, de los arts. 1.089, 1.254, 1:255, 1.256, 1.258 y, especialmente, del 1.124, todos ellos del Código civil.

CONSIDERANDO: Que, como antecedente de hecho, que debe tenerse en cuenta y en que ambos litigantes aparecen conformes, hay que destacar el de que entre el propietario de la casa señalada con el número 6 de la Plaza Mayor de V. y don F. P. B, hoy demandado, se firmó en Burgos, a 22 de febrero de 1938, un contrato de arrendamiento que comprendía el piso tercero de dicha casa, por el precio de 500 pesetas anuales, y también el de la planta baja y primero de la misma, el garaje situado en el

patio y la huerta y casa del hortelano, que ocupá la parte posterior del inmueble, por el precio de 3.000 pesetas anuales, estableciéndose de modo especialísimo el siguiente pacto: "Será de cuenta del señor B. todas las conservaciones y reparaciones y arreglos que la casa exija en las habitaciones que ocupa, así como la limpieza y desatasco de las salidas de aguas sucias que la red general de la casa pueda necesitar, asimismo de las instalaciones eléctricas, agua, baño, calefacción, etc., pues precisamente el arrendado: le entrega la casa en precio reducido para no tener que ocuparse de ninguna obra ni reparaciones", y consiñando además otras convenciones, como la autorización al arrendatario para subarrendar lo arrendado a familias por temporadas, percibiendo el propietario un tanto por ciento del precio obtenido en el subarriendo; modificando el alquiler del piso tercero si el arrendatario de plazara para dormir en él a gente de la fonda que el arrendatario tiene establecida en otro inmueble de la misma Plaza Mayor, pero con prohibición absoluta, so pena de rescisión, de utilizar la planta baja de la casa en plan de comedor de fonda o café, sin consentimiento expreso del dueño, configurándose por estas especiales cláusulas un contrato de arrendamiento de finca urbana en el que son de notar características de muy acusada diferenciación de los corrientemente convenidos para arrendar un local determinado a vivienda y a un local de negocio.

CONSIDERANDO: Que el actor ha promovido este litigio imputando el incumplimiento de condiciones esenciales del contrato y con invocación de normas sustantivas de la legislación civil común y utilizando asimismo el cauce procesal ordinario, pretende la resolución de la referida convención contractual con la consecuencia obligada del desahucio del arrendatario demandado; pero en el trámite de apelación al que siguiendo la vía procesal expresada se llegó, la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos dictó la resolución de que se recurre, para fundamentar la cual se arguye que la acción que el demandante ejercita se halla sometida a las prescripciones cuantitativas y adjetivas de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos y considera que, como con arreglo a las mentadas normas procesales carece, en aquel momento, dicho Tribunal de instancia de competencia para conocer de la materia que se somete a su examen, debe declarar de oficio su incompetencia y abstenerse de entrar en el estudio del fondo, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien y como corresponda, y para impugnar esta resolución formula el actor su recurso con apoyo en los números sexto y primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, por entender que, según viene sosteniendo en el pleito, sus pretensiones caen fuera del ámbito en que tiene su aplicación la legislación especial, y por ello debió conocer de ellas el Tribunal *a quo*, con lo que la cuestión que concretamente suscita es la de discernir si al ejercitarse una acción derivada de la relación arrendaticia urbana son siempre de aplicación los preceptos que integran la legislación especial sobre esta materia. con exclusión de las normas generales comunes, reguladoras de las obligaciones y las específicas del contrato de arrendamiento, o, por el contrario, cabe estimar delimitada la órbita de aplicación de la legis-

lación especial, continuando subsistentes para otros casos y circunstancias de singular contenido las dos posiciones aludidas del Derecho civil consignadas en el Código y su ley adjetiva.

CONSIDERANDO: Que la legislación especial sobre arrendamientos urbanos, dictada en su principio para amparar el derecho de los inquilinos en cuanto a la prórroga del contrato y la regulación del precio de mismo, que fueron los dos fundamentos cardinales en que fijó la razón de su promulgación, para contrarrestar el problema de índole social que la escasez de viviendas angustiosamente planteaba, y ampliada en su actual vigencia a otras relaciones jurídicas derivadas y aun complementarias de aquellas primeras finalidades, fué considerada desde el primer momento como una ordenación de a'cance restringido y circunstancial, sin que cupiere entenderla, precisamente en atención a su carácter especial, a casos y situaciones que en ella no estuvieren concreta y determinadamente regulados; por ello durante la vigencia de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, y aun rigiendo ya la nueva Ley articulada de 3 de abril de 1947, se estimó por la jurisprudencia que era posible admitir que existen cuestiones derivadas de la relación arrendaticia que, bien por la singularidad de los pactos establecidos en el contrato lícitamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código civil y que por exigencias legales han de ser respetados, ya porque la acción que se ejercita no tenga su apoyo en los derechos reconocidos en las normas especiales—y a esto apunta el artículo 181 de la vigente ley reformada de 21 de abril de 1949—, caen fuera del ámbito de aquellas disposiciones y deben ser resueltos con arreglo a las normas sustantivas y procesales establecidas en la legislación civil común o foral que les sea aplicable respectivamente. criterio que se exteriorizó en varias sentencias, entre ellas las de 3 de julio de 1941, 12 de junio de 1944, 16 de mayo de 1945 y 17 de abril de 1948, si bien ha de precaverse que la aplicación de este criterio deberá efectuarse con la máxima cautela y la más absoluta y estricta objetividad para evitar el peligro de que, por viciosas y poco meditadas interpretaciones, se llegue a desvirtuar la elevada finalidad social que la Ley especial persigue.

CONSIDERANDO: Que la naturaleza y características de las convenciones consignadas en el contrato que ha dado origen a este litigio, lícitamente establecidas y libremente consentidas por ambas partes contratantes, revelan claramente que el contrato de 28 de febrero de 1938 no es de arrendamiento simple y corriente, sino que aparece investido de una complejidad que determina que no puede ser incluido en todos sus aspectos en el régimen jurídico sobre inquilinatos vigente al tiempo de concertarse —Decreto de 29 de diciembre de 1931, que contempla la relación arrendaticia únicamente en cuanto no rebasa los bordes del normal y estricto contrato de arrendamiento de viviendas, por lo cual ejercitándose en el litigio, con los trámites de pleito ordinario de mayor cuantía, la acción resolutoria del contrato por incumplimiento de la cláusula esencial del mismo, cual es la obligación del arrendatario de realizar las obras de conservación y reparación necesarias, que no es el supuesto del primer párrafo

del apartado b) del artículo 5.º del aludido Decreto de 29 de diciembre de 1931—ni debe confundirse con la responsabilidad que resulta de los artículos 1.563 y 1.564 del Código civil, porque esta es de carácter general en el contrato arrendaticio, y en el que se discute fué expresamente pactada con manifiesta influencia de su estipulación en la moderación del precio convenido del arriendo, es indudable que, por rebasar el caso la delimitada órbita de la legislación especial vigente en aquel entonces, debieron ser aplicadas para ejercitarlo las normas de derecho común, tanto al sustanciarse la demanda como después de establecerse la apelación, pues si bien al tener lugar este trámite se hallaba ya en vigor la nueva Ley de arrendamientos urbanos, esta no pudo tener influencia en el pleito, toda vez que los hechos originarios del mismo acaecieron antes de su vigencia, e igualmente quedó establecida la *litis contestatio* respecto de la cual sólo serían aplicables por el principio de irretroactividad las normas legales que hubieran debido serlo, a la sazón, según da a entender la doctrina de esta Sala, expuesta en sus sentencias de 22 de marzo y 14 y 28 de mayo de 1948, resultando de lo que antecede que al abstenerse en la revocación recurrida el Tribunal *a quo* de conocer de la apelación ante él planteada, alegando su incompetencia por estimar que se trataba de materia sometida a la legislación especial, con notoria falta de lógica, porque sosteniendo tal criterio debió suscitar el ampliamento de lo prevenido en las disposiciones transitorias 16 y, en su caso, la 17 de la nueva ordenación arrendaticia, en que fundaba su declarada incompetencia, incurrió en las infracciones que se acusan en los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso, que deben ser por ello estimados.

CONSIDERANDO: Que la estimación de los motivos antes aludidos releva de entrar en el estudio del motivo tercero.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1950

Competencia—compraventa mercantil—dónde ha de entenderse entregada la mercancía.

Las mercancías transportadas por ferrocarril desde el lugar donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor han de entenderse entregadas en éste, conforme a reiterada jurisprudencia, si no consta por cuenta de quien se hizo el transporte. El Juez de dicho lugar es competente para conocer de la acción personal ejercitada a fin de obtener el pago de la mercancía, si no media pacto de sumisión expresa a Juez determinado.

SENTENCIA 2 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—injusticia notoria.

La apreciación conjunta de la prueba, verificada por la Sala sentenciadora, no es obstáculo para la estimación del error manifiesto en que ésta pueda haber incurrido, tratándose de un recurso de injusticia notoria, ya que la jurisprudencia de la Sala en sentido contrario únicamente es aplicable al recurso de casación por infracción de ley.

Arrendamientos urbanos—retracto arrendaticio.

La facultad de retraer arranca, conforme a reiterada jurisprudencia, no de la perfección del contrato de compraventa, sino de la consumación del mismo, y si bien tratándose de contrato verificado por personas carentes de representación estos se consideran realizados con efecto retroactivo, al ser ratificados por el representado, a menos que el otro contratante haya retirado su aceptación, tal retroactividad sólo afecta a las partes del contrato, no a los terceros, a quienes la ley reconoce un derecho dependiente de la consumación de éste, que no puede ser enervado por actos extraños al mismo, máxime si este derecho es el de retracto establecido a favor del inquilino en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, dada la finalidad social de esta Ley, que implica la interpretación extensiva de aquellas disposiciones favorables al inquilino y que tienden a facilitar su acceso a la propiedad.

ANTECEDENTES.—Como los hechos base de la sentencia se mantienen recogidos en los considerandos que se transcriben, los omitimos en este lugar.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Incidir en manifiesto error, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia, según evidencia la prueba documental obrante en autos, al estimar probados el cobro de rentas y el pago de impuestos por el recurrido a partir de la fecha de celebración del primer contrato de compraventa.

Segundo. Infracción de los arts. 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, interpretados extensivamente por la sentencia de 27 de noviembre de 1947, en relación con los arts. 205, 269, 1.259 y 1.261 del Código civil.

Tercero. Infracción de los arts. 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los primeros párrafos de los arts. 4 y 272 del Código civil.

Cuarto. Infracción de los arts. 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los 609, párr. 2.º; 1.095 y 1.462 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que como hechos que deben tenerse presentes para resolver las cuestiones planteadas en el recurso hay que dejar sentados los siguientes: Don F. C., tutor del menor a la sazón don J. S., aparece vendiendo, en representación de éste, la finca de que es inquilino el demandante, don F. G., o don L. E., por documento privado que lleva la fecha de 9 de abril de 1945, en precio de 17.500 pesetas, haciéndose constar en el mismo que se ofreció la venta al demandante, quién, según tal documento, en que éste no intervino, manifestó estaría dispuesto a comprar la finca en 12.000

pesetas y que la escritura de transmisión se haría una vez llegado el pupilo a la mayor edad, no verificándose antes en evitación de trámites y gastos y, finalmente, que desde esta fecha cobra la renta el comprador y asimismo corren de su cuenta los impuestos de todas clases; que en dicho documento aparece una diligencia de la misma fecha suscrita por el Juez municipal en la que se hace constar que el documento fué presentado a los efectos de la Ley de Timbre, si bien no lo fué ante la oficina liquidadora del Impuesto de Derechos Reales hasta 30 de octubre de 1947; que en 24 de junio de 1946 el comprador y demandado E., citó al demandante G. para que le reconociera como dueño de la finca y la desalojara por necesitarla para sí, sin indicarle nada sobre las circunstancias de la compra, respondiendo G. que una vez le justificara su derecho se lo reconocería; en 27 de octubre de 1947, don J. S., llegado a la mayor edad, otorga escritura pública de venta de la casa en cuestión a favor de E., en la que se manifiesta ratificar la llevada a cabo por su tutor en el mencionado documento privado, haciendo constar que, "por tanto, queda transmitida por él, J. S., la propiedad de la casa y el señor E. dueño de la misma", y que en 20 de marzo de 1948 éste último cita de conciliación a G., con idéntica petición, pero concretando la fecha de la venta, lo que no hizo anteriormente.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia absolutoria de la demanda de retracto deducida por el actor con la base de los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que otorgan al inquilino el derecho de retracto en caso de venta realizada a partir de 1.º de enero de 1947, estima como probados por apreciación conjunta de la prueba: A) Que el demandante en cuestión tuvo conocimiento de la venta con anterioridad a la vigencia de la Ley citada, y B) Que la finca vendida fué transmitida al comprador antes de la expresada fecha, no obstante no haberse otorgado la escritura pública de venta hasta 20 de octubre de 1947, lo que deduce señaladamente de obrar en poder del comprador los recibos de contribución de la finca en cuestión y una factura de obras realizadas en la finca para éste y reconocida en probatorio por el testigo de quien emana.

CONSIDERANDO: Que, prescindiendo de que el reconocimiento afirmado por la Sala no puede estimarse fuera el detallado y completo de las condiciones de la venta, requerido para ejercitar el retracto y de que no puede referirse tampoco a que el actor hubiera tenido conocimiento de la comunicación de la venta, sino, a lo sumo, del otorgamiento del documento privado de que se ha hecho mérito, hay que examinar si al apreciar que en la expresada fecha del año 1945 tuvo lugar la consumación de la venta, no obstante la carencia de escritura pública, equivalente a la entrega de la cosa vendida, conforme al artículo 1.462 del Código civil, a menos de que se demostrara lo contrario, incurrió la Sala en manifiesto error en la apreciación de la prueba demostrada por la documental obrante en autos a que se refiere el número cuarto del artículo 183 de la citada Ley.

CONSIDERANDO: Que, partiendo del principio de que la apreciación conjunta de la prueba verificada por la Sala sentenciadora no es obstáculo para la estimación del error manifiesto en que ésta puede haber incurrido, porque no en el presente un recurso de casación por infracción de

Ley, único al que es aplicable la jurisprudencia de esta Sala en sentido contrario, sino un recurso de injusticia notoria, es indudable la equivocación padecida por el Juzgador al estimar que la consumación de la venta se operó con anterioridad a la vigencia de la expresada Ley, en primer lugar porque del documento privado de venta no se deduce que hubo entrega de la finca desde el momento en que habla en él de una futura escritura de transmisión, y tampoco se dice que hayan cobrado las rentas, sino más bien se deduce de sus términos que se cobrarán en lo futuro, y en cuanto a los recibos presentados por el demandado es de notar que no van a nombre de éste, sino de otras personas, pudieran haberlos recibido del vendedor con anterioridad a su presentación, evidenciando a mayor abundamiento el error sufrido la carta del tutor del menor, dueño del inmueble y que suscribe, atribuyéndose la reformatión de éste al demandante, carta que figura al folio 85 de autos y esté fechada unos meses después del contrato privado de compraventa y en la que dicho tutor, que aparece como vendedor, se refiere, dirigiéndose al inquilino como tal a obras que habrían de realizarse en la casa, lo que evidencia no salió la finca del poder de su anterior dueño, siendo de notar además que el auto conciliatorio celebrado por el comprador contra el antiguo inquilino en marzo de 1948, pone de relieve que las rentas no se pagaban al comprador, ya que éste la demanda para que le satisfaga las rentas que "pagaba a persona alguna".

CONSIDERANDO: Que todo ello pone de relieve que la consumación del contrato de venta contra lo afirmado por la Sala no tuvo lugar hasta que se otorgó la escritura pública por el dueño de la finca, en 20 de octubre de 1947, llegado ya aquél a la mayor edad, como terminantemente se consigna en la misma al decir que "por tanto queda transmitida por el J. S. la propiedad de la casa y el señor E., dueño de la misma". Y como quiera que, sea cual fuere, el conocimiento que del documento privado pudiera tener el retrayente, conocimiento inoperante, porque el derecho de retracto no estaba reconocido en aquel entonces, es manifiesto que legalmente para el inquilino no puede existir la venta hasta el otorgamiento de la escritura pública de ratificación de la venta en plena vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyos artículos 63 y 94 reconocen a aquél los derechos de tanteo y retracto.

CONSIDERANDO: Que la facultad de retracto por punto general y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala arranca no de la perfección del contrato de compraventa, sino de su consumación, y este sentido, que es, además, el literal, ha de darse a la expresión del art. 63, "ventas realizadas a partir de primero de enero de 1947", sin que ello obste lo dispuesto en el art. 1.249 del C. c., puesto que si bien los contratos verificados por personas ausentes de representación, se consideran revalidados con efecto retroactivo al ser ratificados por el representado, al tener en este caso, una vez llegado a la mayor edad, a no ser que el otro contratante haya retirado su aceptación, tal retroactividad afecta sólo a las partes en el contrato, pero no a los terceros a quienes la Ley reconoce un derecho dependiente de la consumación de éste, acontecen con el demandado en este

caso, y que no puede ser anulado por actor extraño el mismo; máxime si se tiene en cuenta la finalidad social de la Ley que implica la interpretación extensiva de las disposiciones favorables al inquilino al facilitar su acceso a la propiedad, procediendo por todas estas razones estima la infracción denunciada en el recurso de los arts. 63 y 94 de la expresada Ley.

CONSIDERANDO: Que la demanda en cuestión ha sido presentada dentro del plazo marcado en el segundo de los citados artículos, aparece consignado el precio y contraído el compromiso a que se refiere el art. 65 de la misma.

CONSIDERANDO: Que por las procedentes razones puede estimar el recurso y dar lugar a la demanda con imposición al demandado de las costas de primera instancia, pero sin hacer expresa condena en las causadas en la Audiencia y en este Tribunal.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1950

Casación—infracción de ley: error de hecho.

Para el éxito del recurso de casación, fundado en el error de hecho que autoriza el núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es requisito indispensable, no sólo la cita de los documentos auténticos a que tal precepto hace referencia, sino, además, que, de su texto, aparezca, con toda claridad, lo contrario de lo que en la sentencia se afirma como base esencial del fallo, en términos que se patentice la equivocación padecida por el juzgador.

ANTECEDENTES.—Solicitada la declaración de concurso de acreedores y opuesto a esta declaración el concursado por existir bienes sobrantes a los embargados en las ejecuciones, se dejó sin efecto dicha declaración. Apelada y confirmada la sentencia, formalizado recurso de casación por infracción de ley al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se da lugar por los siguientes Considerandos:

CONSIDERANDO: Que para el éxito del recurso de casación, fundado en el error de hecho que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es requisito indispensable, no sólo la cita de los documentos auténticos a que tal precepto hace referencia, sino, además, que, de su texto, aparezca, con toda claridad, lo contrario de lo que en la sentencia se afirma como base esencial del fallo, en términos que se patentice la equivocación padecida por el juzgador.

CONSIDERANDO: Que declarado por la Sala sentenciadora, por la apreciación conjunta de cuantos elementos probatorios se aportaron a la litis, que no concurre en el supuesto de autos el requisito exigido por el número 2.º del artículo 1.158 de la citada Ley, es llano que no pueden prosperar los dos recursos interpuestos contra el fallo de instancia—funda-

mentalmente idénticos en su motivación—, porque de los documentos que se citan como auténticos no se evidencia el error que a aquél se atribuye, por cuanto a este fin no basta aseverar, vaga y genéricamente, que, de todos los testimonios o certificaciones unidas a los autos, se infiere que en las ejecuciones a que se refieren no se encontraran bienes bastantes a cubrir las cantidades reclamadas, ya que para que este Tribunal pueda contrastar y reconocer la equivocación del juzgador es preciso señalar concretamente en cual de las ejecuciones no se hallaron bienes libres de traba, y como quiera que no se hace así, y que, por virtud de las consignaciones hechas y las subastas celebradas fueron unas ejecuciones canceladas y asignadas a otras las cantidades sobrantes de ejecuciones y subastas anteriores, existiendo, al propio tiempo, bienes inventariados en el juicio universal, tasados pericialmente en 22.957 pesetas, sin que se haya tampoco evidenciado que no se encontraran bienes libres de responsabilidad para cubrir la cantidad reclamada por el recurrente que promovió el concurso, es visto que procede desestimar los motivos en que se apoyan los dos recursos y declarar no haber lugar a los mismos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1950

Competencia—acción personal—competencia mercantil.

No negada la existencia del contrato, no apareciendo tampoco que se hubiere designado lugar de cumplimiento de la obligación, ni contando el de entrega de la mercancías, se presume entregada ésta en el establecimiento mercantil del vendedor con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Sala.

SENTENCIA 12 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—excepciones a la prórroga por derribo de la finca.

La causa segunda del art. 76 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, mediante la cual puede el arrendador negar la prórroga del contrato por proyectar el derribo de la finca, no requiere más requisitos que los establecidos en los apartados a) y b) del art. 102 de la Ley expresada, no siendo necesario que aquél concrete las circunstancias relativas a las características de la construcción de planos, proyectos y presupuestos de las obras, si tiene hecho el acopio de los materiales, ni tampoco que señale las probables rentas de los pisos, ni haga ofrecimiento alguno sobre plazos de demolición y edificación.

CONSIDERANDO: Que al principio general de la prórroga de los contratos obligatoria para el arrendador, proclamado por la LAU. en su artículo 70, establece la propia Ley dos excepciones, la segunda de las cuales tiene

lugar cuando el arrendador proyecta el derribo de la finca para edificar otra que cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en ella hubiere y una como mínimo si nos las hubiese en el edificio que se pretende derribar, habiéndose determinado por el artículo 102 de la Ley aludida, los requisitos necesarios para que dicha causa de excepción pueda tener efectividad, que son: a) Que el arrendador, con un año de antelación, cuando menos, a la fecha en que proponga derruir el inmueble, notifique de manera solemne al Gobernador Civil de la provincia el compromiso que adquiere de edificar de modo que la nueva finca cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que dispone aquél, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio, si en el inmueble a derruir los hubiere. b) Que también con un año de anticipación, por lo menos, al día en que proyecte iniciar la demolición, el arrendador notifique su propósito, por conducto actuarial, a todos los arrendatarios del inmueble, bien lo sean de viviendas o de locales de negocio, manifestándoles que ha contraído el compromiso a que se refiere el párrafo anterior, y el cumplimiento por el arrendador de tales requisitos, que son los únicos que cita esenciales, señala el texto últimamente citado, no ha sido objeto de discusión y, en consecuencia, se desprende de la sentencia objeto del recurso.

CONSIDERANDO: Que contraído por el arrendador el compromiso de edificar en la forma que ha quedado expuesta, los Gobernadores Civiles, previos los asesoramientos que estime oportunos, dice el artículo 115 de la repetida Ley, y atendiendo a las circunstancias que en dicho precepto se expresan, concederán o denegarán, sin ulterior recurso, la autorización para la demolición del inmueble, autorizando que en el presente caso fué otorgada, y si bien el párrafo primero de dicho artículo previene que tal autorización, cuando se conceda, no prejuzgará la procedencia de la acción ejercitada al amparo de la causa segunda de excepción a la prórroga del artículo 76, tal texto sólo cabe entenderlo en el sentido de que son los Tribunales los únicos a quienes incumbe resolver en definitiva, sobre la procedencia de la reclamación, que solamente cabrá rechazar cuando, no obstante la autorización del Gobernador Civil, resulta que no se han cumplido los demás requisitos legales o se demuestre claramente que el proyecto de derribo es ficticio o encubre propósitos contrarios a la finalidad perseguida por la Ley.

CONSIDERANDO: Que según la Sala sentenciadora, la única justificación existente en autos sobre las circunstancias invocadas para alcanzar la autorización de la demolición del edificio de que se trata en la solicitud dirigida por el demandante al Gobernador Civil, en la que se consigna el ofrecimiento de construir un inmueble con tres viviendas más sobre la actual y el local de negocio existente y de modernizar los distintos servicios y la parte estética o arquitectónica, pero aparte de tal ofrecimiento, dice la Sala, no hay en esa solicitud característica alguna referente a la construcción ni planos o proyectos del inmueble, ni acopio de materiales, ni indicación de probables ventas de los pisos resultantes, ni prueba sobre la capacidad económica del constructor, ni presupuesto de obras, ni

ofrecimiento de plazos de demolición y de edificación y la falta de tales elementos, que revelarían el propósito real de la construcción, no solamente se dió al iniciarse el expediente con la solicitud al Gobernador Civil, sino que persistió después de otorgada la autorización para la demolición, de todo lo cual deduce la sentencia recurrida la inexistencia por parte del actor de un propósito real y verdadero de edificar inmediatamente, pero las circunstancias relativas a las características de la construcción concretadas en los planos y proyectos del inmueble y presupuesto de la obra, como la referente al acopio de materiales, suponen desembolsos considerables para el propietario y no puede exigírsele que los realice cuando no tiene todavía la certeza de que su pretensión haya de prosperar, así como tampoco que señale las probables rentas de los pisos que resulten, las cuales sólo pueden determinarse después de edificar la finca y conocerse el capital invertido en la reconstrucción, como se deduce de lo prevenido en el artículo 108 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no siendo indispensable tampoco que el propietario haga ofrecimiento alguno sobre plazos de demolición y edificación, porque el plazo para iniciar la demolición lo señala la Ley citada en su artículo 103 y el de la edificación no lo establece, y en cuanto a la prueba de la capacidad económica del propietario para reconstruir tampoco puede exigírsele al tiempo de formular la solicitud dadas las posibilidades que puede tener para adquirirla antes de iniciarse las obras, de todo lo cual se deduce que no siendo las circunstancias a que la sentencia recurrida se refiere requisitos necesarios para que proceda la causa segunda de excepción a la prórroga conforme al artículo 102 de la ley citada, que sólo exige los prevenidos en sus apartados a) y b), que aquí resultan cumplidos, y no pudiendo deducirse lógicamente de dichas circunstancias la falta de propósito real y verdadero por parte del propietario de edificar el inmueble por no existir un enlace preciso y directo entre dichas circunstancias y el hecho que se trata de deducir, resulta evidente que la Sala sentenciadora ha incidido en la infracción del artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que se denuncia en el recurso, siendo innecesario examinar el resto de las infracciones de los preceptos legales que se señalan, así como el manifiesto error en la apreciación de la prueba que también se denuncia.

CONSIDERANDO: Que conforme al artículo 149, número 10, de la Ley de Arrendamientos Urbanos son causas de resolución el contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, a instancia del arrendador, el darse alguna de las excepciones a la prórroga que dicha ley establece en su capítulo octavo, una de las cuales es el proyecto de derribo de la finca a que se refiere el artículo 76 de dicha ley en su número segundo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 12 JUNIO 1950

Casación por infracción de ley—error en la apreciación de la prueba.

La no impugnación de las aseveraciones de hecho en la forma prevenida en el art. 1.692 de la Ley procesal, hace inestimable el recurso.

SENTENCIA 13 JUNIO 1950

Alimentos provisionales (1).

CONSIDERANDO: Que el recurso, en su único motivo, se funda en la infracción por violación e interpretación errónea de los artículos 148 y 151 del Código civil en relación con los 1.615 y 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento civil y de las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1885, 26 de octubre de 1897 y 18 de abril de 1913, en cuanto los citados textos legales establecen la obligación de pagar los alimentos provisionales concedidos judicialmente, teniendo los devengados y no satisfechos el carácter de un crédito definitivo contra el obligado a satisfacerlos, y en cuanto en las resoluciones aludidas se declara que las sentencias en que se conceden alimentos provisionales tienen carácter ejecutivo y cualquiera que sea la reducción que sufran en la sentencia de apelación ésta no puede tener efecto retroactivo, pero si bien tales principios son ciertos, no es menos cierto que los preceptos legales citados y la jurisprudencia de ellos derivada descansa en el supuesto de que el reclamante tenga el carácter de alimentista, y sobre tal base el aumento o reducción de la pensión alimenticia declarada por la sentencia de apelación dictada en el juicio de alimentos provisionales no puede afectar a la declarada por la de primera instancia ni la dictada en el juicio de alimentos definitivos puede tener efecto retroactivo sobre la pronunciada en el juicio de alimentos provisionales para reducir o aumentar los ya devengados, pero en el caso presente tal condición de alimentista por parte del recurrente no existe, porque con anterioridad al juicio de alimentos provisionales promovido por su representación legal se había instado por la propia representación otro juicio solicitando se declarase que el recurrente era hijo natural de don J. B. y tenía derecho a los beneficios que a los de su clase atribuye el artículo 134 del Código civil, juicio que terminó por sentencia firme en que si bien se declaró al recurrente hijo natural de don J. B. y se le reconoció el derecho a usar el apellido paterno, no se hizo pronunciamiento relativo al pretendido derecho de alimentos, por haber quedado extinguido tal derecho por fallecimiento del padre natural, y como tal sentencia hubiera quedado firme, esta Sala, por la pronunciada en 11 de julio de 1942 en el recurso de casación por infracción de ley derivado del juicio de alimentos provisionales aludido, estimó la cosa juzgada,

(1) La sentencia dictada no contiene doctrina de interés.

casando la sentencia recurrida, y, como consecuencia, desestimó la demanda de alimentos provisionales promovida por la representación legal del recurrente, de todo lo cual resulta que éste no tuvo en ningún momento la condición de alimentista, y por ello procede la desestimación del recurso.

SENTENCIA 13 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba.

Según el art. 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que el error en la apreciación de la prueba sea causa en la que pueda fundarse el recurso de injusticia notoria ha de ser "manifiesto", es decir, descubierto, patente, claro.

Arrendamientos urbanos—derechos renunciables: lo es el de revisar la renta en los locales de negocio.

Prestando en el contrato de arrendamiento el consentimiento expreso al pago de la renta fijada en el contrato, tal consentimiento implica la renuncia que hubiera podido tener el arrendatario a la reducción de la renta.

CONSIDERANDO: Que, según el artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que el error en la apreciación de la prueba sea causa en la que pueda fundarse el recurso de injusticia notoria ha de ser "manifiesto", es decir, descubierto, patente, claro, calificaciones que no merece el atribuido a la sentencia recurrida, mediante una interpretación particular del recurrente, de certificaciones obrantes en autos, fundada en hipótesis sobre la fecha de la revisión catastral; sobre el tiempo en que fué hecha; sobre si retrotrajera a tiempo anterior y razones de la supuesta retroacción, supuestos todos ellos cuya demostración tuvo lugar en el pleito, pero inadmisibles sin ella en el recurso para fundarle en error que, como se ha dicho, exige la ley que sea *manifiesto*, lo que impide dar lugar al recurso por su primera causa, y también los de la segunda, alegada y fundada como consecuencia de la declaración del supuesto error rechazado.

CONSIDERANDO: Que prestado por don S. A. R., en el contrato de arrendamiento con doña M. H. G., su consentimiento expreso al pago de la renta fijada en dicho contrato, tal consentimiento implica su renuncia al supuesto derecho que su antecesor en el arrendamiento y él mismo, como sucesor, hubieran podido tener a la reducción de la renta, y como esta renuncia está autorizada para los arrendatarios de locales de negocio (caso de autos) por el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, carece de fundamento la causa tercera del recurso, improcedente por la misma.

SENTENCIA 16 JUNIO 1950

Principio de prueba por escrito para resolver una competencia.

El contrato firmado por el vendedor que el comprador presenta con la demanda constituye, aunque aquél haya negado el contrato, un principio de prueba por escrito a los efectos de resolver una competencia.

SENTENCIA 19 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma.

Para que pueda prosperar el recurso por quebrantamiento de forma, es necesario formular la oportuna propuesta.

ANTECEDENTES.—Seguido juicio de cognición en materia de arrendamientos urbanos, al ser apelada la sentencia se alegó que el poder presentado por el procurador de la demandada no estaba bastantado, resolviéndose el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma por los siguientes Considerandos:

CONSIDERANDO: Que la actual recurrente consintió, sin formular contra ella recurso oposición ni protesta alguna, la providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en 7 de agosto de 1948, en lo que se tuvo por personada y parte en la apelación a la entonces apelante doña M. S. M., representada por el procurador don V. M. R., puesto que en dicha providencia se señaló día para la "celebración de la vista" y se mandó citar a las partes para la vista señalada.

CONSIDERANDO: Que consentida, como se ha dicho, la resolución indicada, en la que, caso de haberla, por ser insuficiente o ilegal el poder con que se acreditaba tal representación, se hubiese cometido la infracción de forma denunciada como causa del recurso, fué extemporánea la petición de que se declarase firme la sentencia, por no estar bastantado el poder del procurador de la apelante, petición formulada en el acto de la comparecencia, fecha 11 de octubre siguiente, posterior en más de dos meses a aquella providencia consentida, y en consecuencia resulta improcedente el actual recurso, por su única causa.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 JUNIO 1950

Interpretación de los contratos de seguros.

Se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevaron a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador.

Incongruencia

No puede constituir incongruencia otorgar parte de lo que se pide.

ANTECEDENTES.—En fecha 26 de julio de 1944 fué suscrita una póliza de seguro contra incendios entre la Sociedad "L. P. H." e "I.", firma comercial de don P. P. S. y don J. R. P., valedera durante cuatro meses por 300.000 pesetas, y 960.000 pesetas durante dos meses, a contar desde el 27 de julio de dicho año, para asegurar las existencias de orejones depositados en un edificio de sólida construcción propiedad de don C. B., situado en el pueblo de La Alberca, provincia de Murcia, comenzando a regir el seguro hecho por dos meses y de aumento sobre las 300.000 pesetas desde las doce horas del 27 de julio hasta igual hora de 27 de septiembre de 1944.

El 17 de agosto de 1944 se produjo un incendio en el almacén donde se encontraba la mercancía amparada por la póliza en cuestión, y aunque se procedió con la diligencia que el caso requería, sólo se consiguió dominar el incendio al cabo de bastante tiempo, sin haber podido evitar cuantiosos daños que se produjeron.

A su vez, el Sr. B., como dueño del almacén, tenía una póliza cubriendo las mercancías almacenadas concertadas con la Compañía de Seguros "L. C."

Puesto el siniestro en conocimiento de la Compañía, y también enterada por el Sr. B. del otro seguro existente con "L. C.", el inspector de "L. P. H." que había intervenido en el reconocimiento del siniestro manifestó al Sr. P. que, según su opinión, era "L. C." la que debía indemnizar en primer lugar, y que "L. P. H." estaba dispuesta a completar la diferencia que existiese entre la indemnización que diera "L. C." y el importe real de los daños. Posteriormente se entrevistó el Sr. P. con el jefe del Ramo de incendios de "L. P. H.", de quien recibió las mismas explicaciones e idénticas seguridades respecto de los buenos propósitos de "L. P. H." que había recibido de dicho inspector. Conocida la cantidad que "L. C." estaba dispuesta a abonar por la póliza suscrita por el Sr. B., y no cubriendo ni con mucho la realidad de los daños, los señores P. y R. P. se dirigieron a "L. P. H." por carta certificada, a la que contestó esta Compañía eximiéndose del pago del siniestro, sin indicar las causas.

Por lo cual fué presentada la demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia de esta capital, por reparto el número uno por los señores P. y R. P. contra la Compañía de Seguros "L. P. H."

Fué dictada sentencia condenando a la Sociedad demandada a indemnizar a los demandantes el importe de los daños sufridos a consecuencia del siniestro acaecido en agosto de 1944, en lo que no hubiera sido satisfecho por el mismo concepto por la Compañía de Seguros "L. C.", todos cuyos extremos habrían de fijarse en ejecución de sentencia y sin hacer especial condena en costas.

Apelada dicha sentencia por la representación de la Compañía, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital dictó sentencia confirmatoria de la anterior.

Por la misma representación fué interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundada en los números 1.º, 2.º y 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Infringir el fallo recurrido, por violación, los artículos 385 y 404 del C. comercio y las cláusulas contenidas en los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 19 de las condiciones generales de la póliza celebrada entre los actores y la Sociedad recurrente, cuyos pactos

son ley de aplicación primordial entre las partes. Infringir igualmente por violación, los arts. 1.901, 1.256 y 1.278 del C. civil.

2.º Contener el fallo violación del art. 57 del C. comercio y arts. 1.281, 1.283 del C. civil y el principio de derecho de "que los contratos se entienden en su sentido literal, sin aplicarse a cosas o casos que no se hayan expresamente estipulado" de tal suerte que sus propios términos son la ley de los contratos.

3.º Fundado en el número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por haber incurrido la Sala sentenciadora en errores de hecho evidentes en la apreciación de la prueba.

4.º Infringir el fallo recurrido, por violación, el art. 359, por cuanto que se otorga en la sentencia cosa distinta a la pedida por los actores.

5.º Infracción, por violación, de lo pactado en la póliza de seguro, y con ello del art. 385 del C. comercio, y por inaplicación el 399 del mismo cuerpo legal, al establecer la sentencia recurrida como hecho probado la existencia de otro seguro sobre las mismas mercancías.

6.º Violación de lo convenido en el contrato-póliza a tenor de lo dispuesto en el art. 385 del C. comercio y de la doctrina legal.

CONSIDERANDO: Que si el conjunto de las alegaciones de la Sociedad demandada "L. P. H.", en contraste con los fundamentos del fallo recurrido, pone de relieve que responden a una interpretación literal y rígida de la póliza del seguro concertado en 26 de julio de 1944 y del artículo 404 del Código de Comercio, mientras que la sentencia recurrida atiende al espíritu, al sentido y a la finalidad de las disposiciones por que el contrato ha de regirse, entendiendo que habiéndose logrado el fin perseguido por las obligaciones cuyo incumplimiento denuncia el recurrente fin que no puede ser otro que el de que la Sociedad aseguradora tenga un perfecto y acabado conocimiento del siniestro, sus causas, daños, etc., y el aval de la intervención judicial, hay que estimar cumplidas dichas obligaciones en función del principio de la buena fe, sin pretender la aplicación de un formulismo riguroso, y siendo esta disparidad de criterios interpretativos lo que en primer lugar suscita la cuestión debatida, el motivo primero que ahora examinamos del recurso se limita a aducir los textos que cree serle favorables, dando por supuesto que han de ser interpretados literalmente, según su criterio y no según el de la Sala sentenciadora, con lo que hace supuesto de lo que es cuestión sustituyendo su propio juicio al del Tribunal sentenciador, y no ataca el fundamento primordial del fallo recurrido, por lo cual debe ser tenido este motivo como inoperante.

CONSIDERANDO: Que en el motivo segundo se denuncia violación del artículo 57 del Código de Comercio que prescribe que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe según los términos en que fueron hechos y redactados, artículo aducido también por el Tribunal sentenciador que se apoya en el principio de la buena fe reiteradamente invocado, sacando de él consecuencias contrarias a las que el recurrente pretende, y para resolver sobre la aplicación de dicho principio al caso presente hay que partir de los hechos que el Tribunal de instancia da por probados, a saber: que el no cumplirse en cuanto a la forma el artículo 19 de la póliza fué debido a la existencia de un contrato de seguro del inmueble y de todos los frutos propios y en depósito propiedad de los derran-

dantes; que ambas partes esperaban el determinar hasta donde cubría la Compañía de Seguros "L. C." el importe de los daños sufridos por la mercancía de los demandantes con el fin de pasar entonces a cubrir el resto la Compañía "L. P. H.", hoy demandada, y, finalmente, que existió constante relación entre ambas partes para la liquidación de los daños del siniestro solicitando los demandantes y aplazando su definitiva resolución la Sociedad demandada hasta que ésta manifestó el rehuso definitivo por su carta de 24 de abril de 1945; afirmaciones de las que se desprende que ambas partes marchaban de acuerdo y estaban conformes en esperar la liquidación de "L. C." y que la Sociedad "L. P. H." daba por admitido el siniestro, tenía por cumplidos los requisitos exigidos por la póliza o en todo caso se allanaba a su falta de cumplimiento formal y reconocía que la parte demandante no había perdido su derecho a la indemnización en la medida que no resultara cubierta por la Sociedad "L. C.", transcurriendo en esta situación varios meses hasta que por dicha carta la Sociedad aseguradora cambió inesperada y súbitamente su actitud y se negó de plano a la admisión del siniestro sin expresar concretamente los motivos que para ello tuviera, quebrantando su propia línea de conducta en la que los actores habían confiado, hechos que son suficientes, aun prescindiendo de otras incidencias bien significativas, para poder afirmar que la Sociedad recurrente ha procedido en sus relaciones con la actora de manera incompatible con la buena fe y que, por lo tanto, no puede ampararse en el citado artículo 57 del Código de Comercio que en este motivo invoca.

CONSIDERANDO: Que en el mismo motivo se denuncian como infringidos los artículos 1.281 y 1.283 del Código relativos a la interpretación de los contratos, pero, aparte de que tales artículos establecen la superioridad del elemento intencional que ha de prevalecer sobre las palabras y prescindiendo de que se invoca como referente a los daños una cláusula que se refiere a los riesgos, es de advertir que aún adoptando el criterio interpretativo del recurrente no habría apoyo suficiente para la estimación del recurso por faltar la buena fe que, aparte la cuestión de interpretación, se refiere principalmente al modo de obrar en la ejecución y cumplimiento de los contratos, debiendo también tenerse en cuenta que lo que hace el Tribunal *a quo* es aplicar la doctrina de tradición multiseccular que admite que se puede ir incluso contra el sentido claro e inequívoco de las palabras cuando las circunstancias especiales del caso llevan a estimar que no está comprendido en la mente y la intención del legislador.

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero acusa error de hecho en la apreciación de la prueba al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, sin concretar en qué consiste tal error, ni los documentos auténticos que a su juicio lo demuestran, pues en realidad el motivo se refiere a la apreciación de cumplimiento o incumplimiento del contrato, que es en este caso de carácter jurídico y no se puede combatir, por tanto, al amparo de dicho número séptimo.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto acusa violación del artículo 359 de la Ley procesal por haberse estimado la demanda condenando a la Com-

pañía aseguradora a pagar los daños ocasionados por el siniestro, pero sólo en lo que no hubiere sido satisfecho por el mismo concepto por la Compañía "L. C.", limitación a la cual prestó conformidad la demandada en el curso de sus relaciones con la actora, que lejos de perjudicarle le es positivamente favorable, no teniendo, por tanto, interés en atacarla, que ha sido consignada en la sentencia en atención a lo dispuesto en el artículo 399 del Código de Comercio y que no puede constituir incongruencia porque no lo es otorgar parte de lo que se pide.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto alega infracción por violación de los párrafos tres, cuatro y cinco del artículo 13 de las condiciones generales de la repetida póliza e infracción por inaplicación del artículo 399 del Código de Comercio, partiendo del supuesto de que la Sala sentenciadora ha dado por probada la existencia de otro seguro sobre las mismas mercancías concertado por otra persona y prescindiendo de si el Tribunal *a quo* lo afirma como una realidad probada en autos o como una creencia de ambas partes (considerando quinto del Juzgado), es lo cierto que da por absolutamente improbadado el importe de los daños que "L. C." había de cubrir, y, por tanto, no se puede negar la posibilidad de que después de indemnizar dicha Sociedad quedara un resto a pagar por "L. P. H.", y como, por otra parte, no consta que el seguro concertado con "L. C." fuese anterior al concertado con "L. P. H." por persona distinta que es el único propietario de los objetos siniestrados comprendidos en la póliza a que repetidamente se ha hecho referencia, no hay base para declarar nulo el seguro objeto de este pleito, como se pretende en este motivo, que ha de tenerse por inoperante, como igualmente el sexto y último motivo, que invoca como infringido el artículo 20 de las condiciones generales de la póliza, el cual excluye la prueba testifical de los medios probatorios con que se ha de acreditar la preexistencia, cualidad, cantidad y valor de los objetos asegurados y la realidad e importancia del daño, pues prescindiendo de las dudas que ofrece la legalidad y validez de tal condición que limita las facultades del juzgador y altera en punto de gran importancia el sistema legal de la prueba, no es exacto que el Tribunal *a quo* se haya fundado exclusivamente en la prueba testifical, pues para afirmar la preexistencia de las mercancías siniestradas (ya que la fijación de la cuantía de la indemnización se deja para ejecución de sentencia) dice haber tenido en cuenta también las actuaciones sumariales aportadas por testimonio al pleito, en las cuales se halla una certificación del cabo-comandante del puesto de la Guardia Civil, y en el considerando quinto del Juzgado, aceptado por la Audiencia, se habla del conjunto de las pruebas practicadas.

CONSIDERANDO: Que en méritos de lo expuesto no procede estimar el recurso interpuesto por el Procurador don B. M. R. por ninguno de sus motivos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 JUNIO 1950

Transacción: de bienes de menores por los padres.

Para que el padre o la madre puedan transigir con eficacia, esto es, queden vinculados a los efectos del consentimiento prestado en el oportuno convenio sobre bienes o derechos de los hijos sometidos a su potestad cuando el valor de lo transigido excediera de dos mil pe etas, es requisito necesario la aprobación judicial.

ANTECEDENTES.—En 22 de agosto de 1945, por don F. M. J. y doña A. R. J. se dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de T. demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra doña M. G. V., como representante de sus dos hijos, menores de edad, J. y T. M. G., dejando sustancialmente como hechos: Que don M. R. F. y doña P. G. B. contrajeron matrimonio de segundas nupcias, habiendo de ésta una sola hija, llamada A. R. J. Que doña P., de su matrimonio anterior, hubo dos hijos, llamados J. y F. Que el primero falleció dejando viuda, que es la actual demandada doña M. G. V., y dos hijos menores. Que don M. R. F. y doña P. J. B. fallecieron bajo testamento, y en la cláusula 6.^a se instituyeron recíprocamente herederos en el remanente de todos sus bienes, y ocurrido que fuere el fallecimiento del sobreviviente dispusieron que sucederían y heredarían sus tres hijos, J. y F. M. J. y A. R. J., por partes iguales, heredando por derecho de representación de don J. M., ya fallecido, sus hijos menores, J. y T., actualmente representados por su madre.

Como comenzaran las disensiones entre ellos, nombraron tres hombres buenos, llegándose a un acuerdo definitivo, encargándose al Notario de redactar la escritura de partición.

Posteriormente, la demandada cambió de manera de pensar, promovió juicio de testamentaría, lo que obliga a los demandantes a presentar demanda suplicando se dicte sentencia proclamando que la herencia de don M. R. y doña P. J. fué partida por común acuerdo de los herederos, celebrada a presencia del Notario y de tres hombres buenos, del que se hace mención en el acta notarial levantada por el mismo Notario el 3 de enero de 1945, y con condena, en su consecuencia, a que la demandada pase por esta declaración con todas las consecuencias de ella derivadas.

Se opuso la parte contraria alegando reconocer como ciertos los dos primeros hechos de la demanda, que los demandantes quisieron imponerle unas bases de partición inadmisibles y que en la imposibilidad de llegar a un acuerdo se designaron los hombres buenos para que propusieran una transacción, aunque sin compromiso de aceptarla, que como no le presentaron ningún proyecto de partición se vió obligada a instar juicio de testamentaría.

Dictada sentencia, se desestimó la demanda, declarando que la herencia de don M. R. y doña P. J. no fué partida por los interesados en la reunión a que se refiere el acta notarial de 3 de enero de 1945, sin hacer expresa imposición de costas.

Apelada por los demandantes ante la Audiencia Territorial de Pamplona, fué admitida la demanda y revocada la sentencia dictada en primera instancia.

Interpuesto recurso de casación, se basó en el núm. 1.^o del art. 1.692 y por los siguientes

MOTIVOS.—1.^o El párrafo 2.^o del art. 1.810 del C. civil, por cuanto determina que el padre y, en su caso, la madre pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieran bajo su potestad; pero si el

valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de dos mil pesetas no surten efecto sin la aprobación judicial.

2.º El art. 164 del C. civil.

3.º Ser infringidos los artículos mencionados en los dos motivos anteriores al declarar la sentencia recurrida que debe darse posesión de la casa número 2 de la calle de T. en concepto de dueño al actor, don F. T.

4.º Idénticas manifestaciones al tercer extremo de la sentencia recurrida, dando por buenas las deudas que figuran en la liquidación acompañada, así como su activo en la forma que fué aprobada en el acuerdo reflejado en el acto notarial.

5.º La doctrina legal contenida en las sentencias de este Tribunal de 10 abril 1908, 3 marzo 1909, 6 diciembre 1926, 8 junio 1927 y 12 diciembre 1899.

CONSIDERANDO: Que para enjuiciar debidamente el problema que la recurrente plantea en el recurso que formula contra la resolución recurrida hay que partir de una afirmación de hecho contenida en aquella, que por no haber sido impugnada en forma debida hay que considerar subsistente, y es la de que en la reunión celebrada por los litigantes en este pleito en la Notaria de C. a que alude el acta notarial de 3 de enero de 1945, aportada con la demanda, se llegó a una coincidencia de voluntades entre los allí reunidos, quedando por determinar la naturaleza y alcance de lo convenido en relación con la distribución de la masa hereditaria objeto de la discrepancia entre actores y demandada.

CONSIDERANDO: Que, según aparece del acta notarial aludida, documento tampoco contradicho y que sirve, principalmente, al Tribunal de instancia para deducir sus conclusiones, la reunión de los interesados en la herencia del matrimonio don M. R. y doña P. J., conforme al testamento que otorgaron ambos cónyuges en 27 de abril de 1932, y que, por cierto, no consta en dicha acta el día en que la mentada reunión se celebró, tuvo por objeto ver de llegar a un acuerdo amistoso para evitar litigios, con la intervención y consejos de los tres señores designados como hombres buenos, también presentes, y del Notario, señor S., no en funciones notariales, sino en razón al prestigio y autoridad de su persona y cargo, sobre la conveniente distribución de los bienes hereditarios relictos al fallecimiento de doña P. J., ya que entre los dichos herederos habían surgido desavenencias sobre aquel extremo, y si bien se declara que como resultado de la discusión sobre las dispares opiniones y pretensiones se llegó a un acuerdo sobre ciertos puntos determinados, que son los consignados en el fallo recurrido, examinada la concreta objetividad de cada uno de éstos no puede en modo alguno atribuirse a lo acordado la eficacia que la sentencia le concede, porque la misma sentencia afirma, en su penúltimo considerando, que aquello no fué una partición, sino unas bases que habían de servir de fundamento para la partición que habría de realizarse, y a esto había que añadir que las tales bases resultaban incompletas respecto del caudal partible, porque aunque en el pleito no se ha hecho constar una relación e inventario expresivo de los bienes relictos, elemento ineludible y básico de toda partición hereditaria, por lo menos se habla en los autos de la existencia de un comercio bien abastecido, y

respecto de este extremo no se hace mención alguna en la partición que se afirma efectuada, por lo que en buena lógica habrá que deducir que en la repetida reunión lo que llegó a producirse, mediante recíprocas reservas y concesiones, como el abono a la demandada de ochocientas pesetas en compensación de la asistencia prestada a la causante, doña P. J., fué una convención de mutua transigencia sobre algunos puntos, no todos, de los que habrían de integrar la completa distribución de los bienes hereditarios, pero de manera alguna una partición real, completa y efectiva de los mismos.

CONSIDERANDO: Que determinada por lo que anteriormente quedó expuesto la naturaleza transaccional de lo convenido en la reunión a que alude el acta notarial de 3 de enero de 1945, surge la cuestión que es la que informa el recurso de casación, de la capacidad de la demandada recurrente, doña M.ª G., para obligarse por sí sola en nombre de sus hijos menores de edad, cuestión que ha de resolverse en sentido negativo, porque, rechazado el supuesto de partición de herencia, a cuya realización hubiera podido concurrir válidamente dicha señora en la representación que ostenta, ya que el artículo 1.060 del Código civil previene que en tal caso no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial, quedando vinculada en los efectos de consentimiento prestado sin otro medio de subsanar el resultado perjudicial del mismo que promover la rescisión de la partición con apoyo en lo pertinente, en lo establecido en los artículos 1.073 a 1.081 del Código civil, la prescripción clara y rotunda del segundo párrafo del artículo 1.810 del mismo Cuerpo legal exige que para que el padre o la madre puedan transigir con eficacia, esto es, quedando vinculados a los efectos del consentimiento prestado en el oportuno convenio sobre bienes o derechos de los hijos sometidos a su potestad, cuando el valor de lo transigido excediere de dos mil pesetas, es requisito necesario la aprobación judicial, y como no consta que dicha señora la hubiera solicitado ni obtenido, y tampoco se consignó en la repetida acta notarial reserva alguna acerca de tan importante extremo, habrá que reconocer que el consentimiento que la mencionada señora prestó a los acuerdos que se dicen tomados en la aludida reunión carece de eficacia, y no puede constituir obligación para la misma, y al estimar lo contrario la Sala sentenciadora incurrió en la infracción que denuncia el motivo primero del recurso, cuya procedencia, por tanto, debe ser declarada.

CONSIDERANDO: Que resuelta la cuestión en cuanto al fondo por la estimación del motivo primero del recurso se hace innecesario el examen de los restantes motivos del mismo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 24 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—excepciones a la prórroga por derribo de la finca.

El art. 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo exige como requisitos necesarios para que prospere la causa segunda de excepción a la prórroga los señalados en sus apartados a) y b).

ANTECEDENTES—Como se desprende suficientemente de los considerandos que a continuación transcribimos, el demandado alegó que el propósito de los demandantes de derribar el inmueble era ficticio, resolviéndose el recurso de injusticia notoria por los siguientes fundamentos:

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora ha incidido en las infracciones, determinantes de injusticia notoria, que se invocan en el motivo único del recurso, si se tiene en cuanta que el artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo exige como requisitos necesarios para que proceda la causa segunda de excepción a la prórroga los señalados en sus apartados a) y b), cuyo cumplimiento en el presente caso está reconocido por el fallo de instancia.

CONSIDERANDO: Que las circunstancias que éste estima precisas al éxito de la acción, no revisten, en principio, el alcance que se les atribuye; porque las relativas a las características de la construcción, son presupuesto previo de la autorización gubernativa, según se infiere del precitado apartado a) del art. 102); porque las referentes a los cálculos de probables rentas de los pisos resultantes sólo es dable determinarlos después de reedificada la finca, y conocer el capital invertido en la reconstrucción, según se deduce del art. 108 de la Ley; porque no es indispensable tampoco para que la demanda prospere que el propietario haga ofrecimiento alguno sobre plazo de demolición, máxime cuando en el supuesto de autos fueron fijados por la Autoridad gubernativa, ajustándose a lo prevenido en el art. 103; y, finalmente, porque carece de la eficiencia que la Sala sentenciadora asigna a la falta de prueba sobre la capacidad económica de los presuntos constructores, que puede ser suplida accediendo al crédito, y sobre el hecho de no haberse justificado tener acopiados los materiales accesorios para la reedificación, ya que no puede obligarse, ni la Ley lo exige, a que el propietario haga nunca desembolsos considerables cuando aun no tiene la certeza de que su proyecto ha de prosperar.

CONSIDERANDO: Que a esta doctrina no cabe oponer que el art. 115 establezca que la autorización gubernativa no prejuzgará la procedencia de la acción; ya que, si así no fuera, resultaría innecesaria la reclamación en la vía judicial, que es, en definitiva, donde debe resolverse la viabilidad de la pretensión, que sólo cabe rechazar por incumplimiento de los requisitos marcados en los artículos 77, 102 y 115 de la tan repetida Ley o por la palmaria demostración de un propósito ficticio de derribo que, por no haber sido aquí alegado, ni pudo ser objeto de impugnación ni prueba, ni podía servir de base al fallo, a menos de olvidar el principio de la ro-gación aplicable en las contiendas de la naturaleza de la presente.

CONSIDERANDO: Que al estimarse el motivo referido, procede dejar sin efecto la sentencia recurrida, y estimar la demanda, con imposición de las costas de primera instancia al demandado, sin mención de las de segunda y las correspondientes al actual recurso.

SENTENCIA 24 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—extinción del inmueble arrendado.

ANTECEDENTES.—La falta de doctrina de la sentencia, debido a ajustarse a los hechos del pleito, nos exime de exponer los antecedentes, que pueden deducirse perfectamente de los siguientes considerandos.

CONSIDERANDO: Que el recurso se ampara en la causa tercera del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al estimarse infringidos por interpretación errónea del artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y los números segundo y cuarto de la Ley de 9 de junio de 1939, en cuanto tales textos, según el recurrente, no alcanzan a la hipótesis de destrucción del edificio, que está regulada en la legislación común como causa extintiva de la relación arrendaticia, imponiéndose, por lo tanto, la solución prevista en el artículo 182 del Código civil; pero la Ley de 9 de junio de 1939, que se dictó para normalizar los arrendamientos de fincas urbanas sitas en territorio que estuvieran sometidas a la dominación roja, estableció las reglas fundamentales que la equidad aconsejaba en orden a la liquidación de las extraordinarias situaciones creadas desde el 17 de julio de 1936 y dispuso por sus artículos 4.º y 2.º que quedaban exentos del pago de rentas o alquileres los arrendatarios o subarrendatarios de viviendas o locales que hubieran tenido que desalojarlos por motivos de incendio o destrucción que los hiciera inhabitables, y que mientras tales viviendas o locales no se hallasen en condiciones de habitabilidad o uso completamente adecuado al destino para que fueron arrendados subsistiría el contrato sin obligación de pago de la renta, y como la sentencia recurrida ha declarado como hecho probado la destrucción casi completa del edificio de que se trata en octubre o noviembre de 1936, por la explosión de una bomba de aviación que dañando gravemente el local bajo, arrendado por los actores, los obligó a desalojarlo, como inhábil para la industria que hasta entonces habían ejercido allí, quedando así el establecimiento cerrado y en él la estantería, mostrador y demás elementos fijos adosados al inmueble, es visto que tal hecho está comprendido dentro de los preceptos de la Ley de 9 de junio de antes citados, así como también en el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, que la Sala sentenciadora interpreta acertadamente, sin que pueda oponerse a su interpretación la doctrina de la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 1949, porque esta resolución se refiere a un caso en que por efecto de un bombardeo aéreo se produjo un incendio que ocasionó la destrucción total del edificio, ya que solamente quedaron en pie una parte de los muros de la fachada, y como el edificio quedó sin existencia real estimó la Sala que los

preceptos aludidos no eran aplicables, pero en el caso presente, según declara la sentencia recurrida, la destrucción del edificio no fué completa, quedando el local arrendado gravemente dañado, lo que obligó al arrendatario a desalojarlo y cerrarlo dejando allí la estantería y demás elementos fijos, lo que excluye la destrucción total, faltando, por lo tanto, la hipótesis que se dió en el caso de la sentencia aludida y careciendo de aplicación al debatido en el pleito del artículo 1.568 en relación con el 1.182 y con el 1.105 del Código civil en cuanto determinar la extinción de las obligaciones dimanantes del contrato de arrendamiento por carencia de objeto al perecer la cosa arrendada sin culpa del deudor, porque la legislación común no es aplicable cuando existe una especial que regula las relaciones jurídicas a que se refiere de distinto modo que la común, que solamente podría regir como supletoria en defecto de disposiciones de la especial, sin que tampoco puedan estimarse infringidas por falta de aplicación las sentencias de esta Sala de 30 de marzo y 28 de junio de 1948, ya que en ellas no se trata de casos comprendidos en la Ley de 9 de junio de 1939, que es la disposición fundamental aplicable al caso actual, y, además, de dichas sentencias la primera acuerda la reintegración del actor en la posesión de arrendatario de determinadas partes de un edificio de que había sido desahuciado por el propósito del propietario de derribarlo y levantar sobre el solar otro de nueva planta, y en la segunda se trata de la recuperación de la posesión arrendaticia de unos locales en edificio reconstruido en méritos de una declaración de ruina de la finca, hecha por autoridad competente, casos que no es posible asimilar al que en este pleito se debate.

CONSIDERANDO: Que el recurso se ampara también en la causa cuarta del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto el recurrente estima que ha habido error en la apreciación de la prueba porque el edificio no quedó casi totalmente destruido, como la sentencia recurrida afirma, toda vez que la destrucción fué completa, citando como documentos que lo justifican la carta del actor de 5 de enero de 1946, la certificación del Ayuntamiento de Gijón en sus apartados tercero y cuarto y la certificación de la Subdelegación de Hacienda de la misma ciudad, pero la carta expresada en que el actor emplea la frase de destrucción del inmueble no puede constituir una prueba de que la destrucción fué completa, ya que puede emplearse lo mismo refiriéndose a la destrucción total de una cosa que a su destrucción parcial o casi completa, como dice la sentencia recurrida; la certificación del Ayuntamiento de Gijón de 11 de junio de 1946 tampoco demuestra aquella total destrucción, sino lo único que prueba es que el Ayuntamiento, como rector de la ordenación urbana, exigía la reconstrucción del inmueble en sus alineaciones oficiales y en toda su altura y en cuanto a la declaración jurada que según dicha certificación obra en las oficinas del Ayuntamiento y fué presentada por el anterior propietario para los datos solicitados para el Servicio de Regiones Devastadas, la valoración que de los daños hace el propietario dicho tasándolos en doscientas mil pesetas y el del inmueble en trescientas mil no puede justificar por sí misma la total destrucción de éste, como tampoco la calificación que a

efectos fiscales hace la Hacienda del expresado edificio como un solar—casa en ruinas—, no pudiendo deducirse de toda la prueba documental invocada por el recurrente el manifiesto error que atribuye a la Sala cuando ésta por su apreciación en conjunto de la practicada en el juicio llega a la conclusión de que no fué completa la destrucción del inmueble.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 JUNIO 1950

Alimentos entre cónyuges.

No obstante el criterio de reciprocidad establecido en el art. 143, número 1 del C. c., cuando el derecho a los alimentos se base en el art. 68, que señala las medidas que han de adoptarse una vez interpuestas y admitidas las demandas de nulidad de matrimonio o divorcio, si bien, a la mujer, casada le basta fundar su derecho en dicho artículo, en cambio, el marido que reclama los alimentos con cargo a los bienes parafrenales de su esposa, no le es suficiente justificar que carece de bienes propios, sino, además, que no puede ejercer profesión u oficio.

Alimentos entre cónyuges—posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria.

La Sentencia de 31 de diciembre de 1942, que declaró que la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias, se fundó en un elemento básico de hecho, pues la en aquel caso concurrida afirmaba como cierto que el que reclamaba los alimentos, a pesar de su constante actividad en busca de trabajo, que no encontraba, no ejercía oficio, profesión o industria, y esto no por falta de competencia o laboriosidad, vicio o mala conducta y falta de tenacidad, sino por la crisis económica existente y por las circunstancias de paro forzoso que dificultaban su colocación, mientras que por lo contrario, en el caso presente, el Tribunal "a quo", tiene por demostrado que el reclamante haya buscado trabajo sin encontrarlo.

Casación por infracción de Ley—necesidad de citar el concepto en que haya sido infringida la Ley o doctrina legal.

Es necesario para el recurso de casación que se cite la Ley infringida y el concepto en que lo haya sido.

CONSIDERANDO: Que en el motivo único del recurso se cita como infringido el art. 143, número primero del C. c., que establece la obligación recíproca entre los cónyuges de darse alimentos, y en pro de este carácter

recíproco se hacen extensas alegaciones que resultan innecesarias e ineficaces para combatir la sentencia recurrida, pues ésta reconoce tal carácter expresamente citado, y teniendo en cuenta el mismo número primero de dicho artículo 143, invocado por el recurrente, que no ataca con tales alegaciones los fundamentales del fallo de la Sala sentenciadora.

CONSIDERANDO: Que no obstante tal principio de reciprocidad, es indudable que el mencionado precepto, al disponer que los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos, establece un principio general, que en su alcance y aplicación ha de ajustarse a las disposiciones legales más concretas que le condicionen, y así, prescindiendo de que el deber de protección, que según el art. 57 del mismo C. c. incumbe al marido no es recíproco, el art. 68, al señalar las medidas que habrán de adoptarse una vez interpuestas y admitidas las demandas sobre nulidad de matrimonio o divorcio, dispone que se señalarán alimentos a la mujer y a los hijos que no recaen en poder del padre, y nada dice de señalar alimentos al marido, de lo que deduce la sentencia recurrida que, si a la mujer casada le basta fundar un derecho en dicho artículo 68, en cambio al marido que reclama los alimentos con cargo a los bienes parafernales de su esposa no le es suficiente justificar que carece de bienes propios, sino, además, que no puede ejercer profesión u oficio.

CONSIDERANDO: Que según el art. 152, número tercero del mismo Código cesa la obligación de dar alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, y aunque en el recurso no se incluye este precepto entre los que se consideran infringidos, es realmente donde se centra la controversia, pues el recurrente niega tener posibilidad de trabajar, apoyándose en la sentencia de esta Sala de 31 de diciembre de 1942, que declaró que la posibilidad de ejercer un oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz en relación con las circunstancias, pero, admitida esta doctrina, no por eso deja de ser necesario acreditar y al demandante incumbe la prueba—que la necesidad del que reclama proviene de no haber podido encontrar trabajo, a pesar de haberlo intentado con la diligencia o los medios a su alcance, y así la mencionada sentencia se fundó en un elemento básico de hecho, pues la en aquel caso recurrida afirmaba como cierto que el que reclamaba los alimentos, a pesar de su constante actividad en busca de trabajo, que no encontraba, no ejercía oficio, profesión o industria, y esto no por falta de competencia o laboriosidad, vicio, mala conducta y falta de tenacidad, sino por la crisis económica existente y por las consecuencias de paro forzoso que dificultaban su colocación, mientras que por lo contrario, en el caso presente, el Tribunal *a quo* tiene por indemostrado que el reclamante haya buscado trabajo sin encontrarlo, y estima que no se demuestra cuáles son los medios que pusiera en práctica para buscarlo, ni en qué consistiera la imposibilidad de encontrarlo, y como quiera que esta apreciación no ha sido impugnada por la vía del número séptimo del art. 1.692, no existe para el Juzgador en casación la base de hecho necesaria para la resolución que se pretende.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la posibilidad de trabajar como causa

excluyente del derecho a alimentos se alega que tal posibilidad no se ha de entender con relación a cualquier trabajo, sino con respecto a los trabajos dignos del rango social aristocrático del recurrente, pero aparte de que el trabajo lícito y útil a la sociedad es siempre honroso, tampoco se acredita que el recurrente haya buscado inútilmente algún trabajo que considere digno de su rango.

CONSIDERANDO: Que se cita como infringido el art. 146 del propio Código, que dispone que la cuantía de los alimentos será proporcional al caudal o medios del que los da y a las necesidades de quien los recibe, pero tal precepto, que el Tribunal *a quo* no ha negado, sólo puede tener sentido y aplicación en el supuesto de que el derecho a alimentos exista, sin lo cual no cabe plantear cuestión alguna acerca de su cuantía, y lo mismo ha de decirse de la jurisprudencia que se invoca y que en Sentencias de 27 de marzo de 1900 y 15 de diciembre de 1942 ha declarado que aunque el alimentista trabaje, si el trabajo que ejerce no le rinde más que lo necesario para una vida estrecha y el alimentante es poseedor de una gran fortuna, puede reclamar alimentos para una vida más holgada, jurisprudencia sólo aplicable a los casos en que el reclamante acredita que ejerce un trabajo de determinado rendimiento, y sobre esta base puede calcularse el suplemento que le hace falta para completar un ingreso que le permita subvenir holgadamente a las necesidades de la vida, lo que no se da en el presente caso.

CONSIDERANDO: Que los artículos 434 y 1435 de dicho Código no se citan como infringidos y, por consiguiente, no se menciona el concepto en que haya podido serlo, y, además, se refieren a los casos en que se trate de separación de bienes que aquí se plantea.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1950

Carácter de heredero forzoso del cónyuge.

El cónyuge viudo tiene la cualidad de heredero forzoso, como se desprende de los arts. 807, 814 y 855 del C. c. y ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala y, por lo tanto, puede ejercitar las acciones que correspondieran al causante mientras la herencia está indivisa, siempre que lo haya para la universalidad hereditaria, quedando sometida al ejercitarlas a las reglas establecidas para la comunidad de bienes.

ANTECEDENTES.—Los omitimos por innecesarios.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, no obstante reconocer que la demandante era viuda de don G. A. G., desestimó la demanda en que se reclamaban derechos pertenecientes al mismo, por no haber justificado la actora su carácter de heredera, toda vez que en las diligencias instadas por ella para la protocolización del testamento ológrafo otorgado por su

marido, el 23 de enero de 1927, no había recaído resolución, pero el cónyuge viudo tiene la cualidad de heredero forzoso, como se desprende de los artículos 807, 814 y 855 del C. c. y ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, y, por lo tanto, puede ejercitar las acciones que correspondieran al causante mientras la herencia esté indivisa, siempre que lo haga para la universalidad hereditaria, quedando sometido al ejercitarlas a las reglas establecidas para la comunidad de bienes, y como en el caso presente la demandante ejercitó sus acciones en beneficio de los herederos de su causante, don G. A., no ha debido la Sala sentenciadora desestimar la demanda, por considerar que concurría la excepción de falta de acción—impropiamente calificada por dicha Sala de falta de personalidad—, debida a no haber justificado la actora su cualidad de heredera mediante el aludido testamento, porque los derechos hereditarios del cónyuge viudo son independientes de su institución como heredero del testamento del causante, como lo demuestra el art. 814 del C. c., que no exige tal institución para la validez del testamento y efectividad de tales derechos, en contra de lo prevenido respecto a los demás herederos forzosos por el mismo precepto legal.

FALLO.—Ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

SENTENCIA 9 MARZO 1950

Cosa juzgada—material—cuándo se producen.

Cuando en el primer proceso se limitó el fallo a absolver de la demanda de desahucio, por estimar prematuro el ejercicio de la acción, no se le puede atribuir más que un efecto formal que no impide reiterar la pretensión en momento oportuno, puesto que la cosa juzgada material debe producirse por un pronunciamiento conferente de una sentencia anterior.

Extinción de contrato—nominación—cuándo no existe.

Conforme a reiterada jurisprudencia, no basta que los ligados en un negocio jurídico complejo, del que surgen derechos y obligaciones diversas y recíprocas, singularmente en los que se conciertan prestaciones de tracto sucesivo, modifiquen alguna parte poco relevante del complejo obligacional para que se considere extinguido el contrato, sino que, por el contrario, la permanencia de los demás elementos más significa y demuestra el deseo

de conservar el vínculo que el de extinguirlo y crear otro nuevo, ya que, a diferencia del Derecho antiguo, en que la novación era un acto esencialmente formal, en el moderno es puramente intencional.

ANTECEDENTES.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de B. de L. formularon, el 3 de octubre de 1945, don D. y don F. de F. y de V., propietarios de la dehesa de la A., término municipal de A., demanda de desahucio contra los arrendatarios de la misma, don R. S. M. S. y don D. S. L., y en cuanto al primero, de otras fincas de aquéllos que también llevaba en arrendamiento. Acompañando a la demanda los respectivos contratos, concertados en 1926 y prorrogados en 1931, alegaban que los arriendos se hallaban extinguidos a la promulgación de la Ley de 23 de julio de 1942 e incursos, por tanto, en su segunda Disposición Adicional de la misma, habiendo sido declarado así, también, por sentencia del Juzgado de B. de L. que, aunque pendiente de resolución en segunda instancia, no había sido apelada en este punto por los arrendatarios. Alegándose también que el aprovechamiento de la finca era esencialmente pecuario y que no habiéndose renovado el cultivo directo, después de la Ley de 1942 por los propietarios y habiendo transcurrido el plazo legal de prórroga, se imponía el lanzamiento de los colonos.

En la comparecencia verbal se opusieron los demandados, planteando en primer término la excepción de litis pendencia, por hallarse pendiente un juicio de arrendamiento entre las mismas partes, sobre la terminación de los contratos. Para el caso de no estimarse esta excepción y conocerse del fondo, alegábase que el arrendamiento de la dehesa de "L. A." comprendía como arrendatarios, además de los demandados, otros varios vecinos de A., que el aprovechamiento principal de la finca era el agrícola, y que tanto este arrendamiento, como el de las otras fincas, respecto de las cuales también se solicitaba también el desahucio, habían sido concertados de nuevo en 1939, para empezar a regir desde 1940, elevándose la renta anterior y sin pactarse duración expresa. Por ello, los arrendamientos, con arreglo a las normas de la Ley de 28 de junio de 1940, no estaban caducados y no procedían los desahucios ejercitados.

Practicadas las pruebas, el Juzgado de Primera Instancia de B. de L. dictó sentencia declarando haber lugar a los desahucios pedidos. Contra esta sentencia los demandados interpusieron apelación, siendo revocada en parte por la A. T. de V., que declaró no haber lugar al desahucio de la dehesa de "L. A." y sí al de don D. S. M., respecto de las otras fincas.

Los actores interpusieron contra esta sentencia recurso de revisión ante la Sala de lo Social del T. S., fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción, por no aplicación, del art. 1.252 del Código civil en relación con el 1.249 del mismo Cuerpo Legal y Disposiciones Adicionales de la Ley de 1942.

Segundo. Interpretación errónea de documento auténtico, consistente en el contrato de arrendamiento acompañado a la demanda.

Tercero. Infracción, por no aplicación e interpretación errónea de los artículos 1.203 y 1.204 del C. c., en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 1.281 del Código civil.

Cuarto. Error manifiesto en la apreciación de la prueba, consistente en el contrato de arrendamiento y sentencias dictadas por el Juzgado de B. de L. y Audiencia Territorial de V.

Quinto. Infracción, por indebida aplicación, de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley de 23 de julio de 1942 y no aplicación de la segunda.

CONSIDERANDO: Que el problema fundamental planteado en las instancias y en este recurso de revisión consiste en determinar si el arrenda-

miento, cuya extinción pretenden los actores, de la dehesa "L. A.", está comprendido en la disposición adicional primera o en la segunda de las de la Ley de 23 de julio de 1942. Tratándose de arrendamientos cuya merced—fijada en dinero antes de la vigencia de la citada Ley sin que las partes hayan cuidado de reducirla a la especie cereal que la misma prescribe—es superior a 200 quintales métricos de trigo, para comprenderlo en la disposición adicional primera se requiere que al publicarse la Ley estuviera vigente el plazo contractual o la prórroga acordada por ambas partes; en otro caso, quedará comprendido en la disposición segunda.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, para revocar la de la primera instancia, aprecia, en lo que afecta a los fines de este recurso, a) El contrato no tiene dos, sino múltiples arrendatarios, a pesar de que éstos no figuran nominalmente designados en el contrato y se llamen a sí mismos subarrendatarios. El contrato vigente, al publicarse la Ley de 1942, se había concertado verbalmente en 1939, novando el que anteriormente, desde 1926, rigió la relación arrendaticia, por modificación de la merced, pero conservando las restantes estipulaciones, entre ellas el tiempo de duración, que es el de cinco años.

CONSIDERANDO: Que la primera de las afirmaciones se impugnó en el recurso por dos distintos fundamentos. El primero—comprendido en la causa tercera, norma séptima, de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de 1940—acusa infracción del art. 1.852, en relación con el 1.249, del C. c., porque en el pleito anterior seguido entre las mismas partes y con igual objeto que el presente, se declaró en sentencia que adquirió firmeza, la existencia de un contrato con dolo sobre dos arrendatarios, que son los demandados, lo que, en tesis del primer motivo del recurso, produce la cosa juzgada. El otro fundamento—consignado en el segundo motivo y comprendido en la causa cuarta de la misma disposición—alega que la afirmación es errónea, estimando suficiente demostración del error el documento mismo en que consta el contrato unido a los autos, al que presta autenticidad el reconocimiento expreso de las partes, corroborado en confesión de los demandados antes en acto de conciliación. En lo que respecta al primer fundamento, cabe decir que la *cosa juzgada material* debe producirse por un pronunciamiento congruente de *una sentencia anterior*, y como en el primer proceso se limitó el fallo, a este respecto, a absolver de la demanda de desahucio por estimar prematuro el ejercicio de la acción, no se le puede atribuir más que un efecto formal *que no ha impedido reiterar la pretensión en momento oportuno*, sin que se pueda atribuir el mismo carácter a cada uno de los fundamentos que condujeran al fallo y menos a otras apreciaciones subalternas que, en cuanto no tuvieron transcendencia en el fallo, no han podido ni aun precluir la cuestión, que se ha debatido idóneamente en este segundo proceso. El segundo fundamento, en cambio, se estima aceptable, puesto que el documento que se cita evidencia por sí mismo que el contrato se concertó en 1926 por el representante de los arrendadores y los dos demandados como únicos arrendatarios, a los que se autorizó el subarriendo, y cualquiera que fuese el posterior uso de esa facultad, la relación que contrajera uno de los arrenda-

tarios con otras personas es extraña al contrato, y si bien se aprecia en el curso del proceso que, en efecto, hubo subarriendo, no quedó en modo alguno alterada subjetivamente la relación arrendaticia.

CONSIDERANDO: Que en un tercer motivo se impugna la sentencia en cuanto basa la absolución pronunciada en la segunda de las antedichas afirmaciones, y acusa la infracción de los preceptos que cita al considerar la sentencia novado el primitivo contrato por la modificación de la merced arrendaticia, producida en 1939. Por la novación se extingue una obligación válida preexistente y se crea otra igualmente válida que difiere de la anterior en el objeto o la causa o por las personas ligadas en el vínculo obligatorio; esta institución que responde al primitivo criterio de la inmutabilidad del vínculo, ha perdido valor y hasta oportunidad en la doctrina y en las legislaciones modernas—en alguna de éstas no figura entre los modos de extinción de las obligaciones—, desde que se considera no sólo posible, sino conveniente al tráfico jurídico la conservación del vínculo que no se haya de extinguir por otro motivo, aunque circunstancias posteriores hagan apetecibles modificaciones no esenciales de algunos de sus elementos. *En todo caso*, salvo el de la incompatibilidad de las prestaciones, es indispensable la concurrencia del *animus novandi*, pues si en el Derecho antiguo la novación era un acto esencialmente formal, en el moderno es puramente intencional y, por ello, no bastará que los ligados en un negocio jurídico complejo, del que surgen diversos y recíprocos derechos y obligaciones, singularmente en los que se concertan prestaciones de tracto sucesivo, modifiquen alguna parte poco relevante del complejo obligacional para que se considere extinguido *el contrato*, sino, *por el contrario*, la permanencia de los demás *elementos más significa* y demuestra el deseo de *conservar el vínculo que el de extinguirlo y crear otro nuevo*. Así lo viene declarando la jurisprudencia desde fecha remota (Sentencia de 20 de diciembre de 1865), en otra más moderna (como la de 5 de diciembre de 1919) y en las últimas de esta Sala de 13 de febrero y 30 de noviembre de 1942, ésta resolutoria de un litigio muy análogo al actual, y en ella se hace resaltar el fundamento, especialmente aplicable a este recurso, de la ineficacia del contrato concertado durante la vigencia de la Ley de 1935, sin observar el requisito, de forma en la misma prescrito y su inscripción obligatoria (arts. 5 y 56 de la Ley), por lo que, en ese sentido, tampoco podría surtir efecto novatorio la modificación producida.

CONSIDERANDO: Que de lo expuesto se deduce que el contrato ha perdurado sin alteración subjetiva ni objetiva desde 1926; en 1931 se modificó la merced en pequeña cuantía, por decisión judicial aceptada por los arrendadores, aun no dirigida contra ellos la acción revisoria, pues la promovieron los subarrendatarios contra el que los subarrendó; y se volvió a modificar en 1939, también en pequeña cuantía, al parecer, por iniciativa del arrendatario, contra quien se dirigió la anterior revisión, tal vez por estimarla justa reparación de ésta, sin que mediara pacto entre arrendadores y arrendatarios para la alteración ni para novar ni prorrogar el contrato por tiempo determinado, de donde se sigue que no debiéndose la subsistencia del arrendamiento al promulgarse la Ley de 1942 a las causas

expresadas en la citada disposición adicional primera, la situación jurídica del mismo es la prevista en la segunda y, por tanto, son estimables los motivos tercero y quinto del recurso, corolario éste de aquél, lo que impone la revisión solicitada y consiguiente procedencia de la acción de desahucio, por estar rebasados los límites mínimos de duración de esta clase de contratos, según las disposiciones vigentes y la prórroga proporcional que, en razón de cuantía, fija la citada disposición segunda con más de tres años de anterioridad a la incoación del proceso actual.

CONSIDERANDO: Que no se encuentran motivos para hacer pronunciamiento especial sobre costas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 28 MARZO 1950

Arrendamientos rústicos—retracto—necesidad de acto de conciliación.

Los preceptos de carácter general en la Ley de Enjuiciamiento civil sobre el acto de conciliación y los de carácter especial para enjuiciar los retractos contenidos en los arts. 1.621 y 1.622 de la misma Ley adjetiva, todos ellos relacionados con el 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935, serían inútiles y carecerían de eficacia práctica si la celebración del acto conciliatorio hubiera de cumplirse antes del momento de la presentación de la demanda retractual.

Arrendamientos rústicos—retracto— artículo 17 de la Ley.

La obligación por parte del retrayente de no vender ni arrendar durante seis años la finca retraída—establecida por el art. 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935—no depende de que pruebe su consentimiento en forma expresa el sujeto pasivo de aquel deber, puesto que la voluntad individual ha de quedar supeditada siempre al mandamiento de la Ley.

ANTECEDENTES.—Don P. L. M. formuló demanda, ante el Juzgado de Primera Instancia de A. de T., contra don S. R. G., ejercitando el derecho de retracto que al arrendatario concede el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, sobre una finca que había sido transmitida al demandado, y sobre la que el actor alegaba ser arrendatario desde hacía más de quince años por contrato verbal. Manifestando no habersele hecho notificación alguna de la transmisión, viniendo en conocimiento de ésta a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura pública de permuta en que aquélla se había efectuado.

El Juzgado dictó providencia teniendo por presentada la demanda y por intentado el retracto, pero reservándose acordar sobre el curso de aquélla una vez se presentase certificación del acto conciliatorio. Celebrado éste y aportado el correspondiente certificado, dictó otra providencia admitiendo la demanda.

El demandado formuló contestación alegando que el actor no era arrendatario de la finca, sino un mero detentador y precarista que no pagaba merced alguna por ella, que no obstante esta situación jurídica

había tenido conocimiento de la transmisión por una conversación sostenida con él ante testigos, y, por último, que había caducado el plazo establecido por la Ley para el ejercicio de la acción de retracto en el momento de dictarse la providencia que admitió la demanda una vez aportado el certificado del acto conciliatorio.

Entre las pruebas que se practicaron se contaba un certificado de otro acto de conciliación celebrado anteriormente y que, aunque aportado a autos por el demandado, servía, a juicio del actor, para acreditar su situación arrendaticia.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando no haber lugar al retracto, sin especial condena de costas. Fué apelada por el actor y revocada por la A. T. de Valladolid, que estimó la demanda y declaró haber lugar al retracto arrendaticio ejercitado, condenando al demandado a otorgar a favor del actor la correspondiente escritura pública, en término de ocho días, bajo apérbimiento de ser otorgada de oficio, y sin especial imposición de costas en ambas instancias.

El demandado interpuso contra este fallo de la A. T. de Valladolid recurso de revisión ante la Sala de lo Social del T. S. por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción por interpretación errónea del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y doctrina legal de las sentencias de 31 de diciembre de 1917, 19 de noviembre de 1941, 4 de octubre de 1907, 6 de julio de 1920, 30 de junio de 1941, 9 de marzo de 1942 y 3 de diciembre de 1931.

Segundo. Infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el art. 17 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 y doctrina legal de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1914, 4 de julio de 1919 y 28 de noviembre de 1933.

CONSIDERANDO: Que las disposiciones de carácter general contenidas en los artículos 461 y 462 de la Ley de Enjuiciamiento civil y las especiales dictadas para enjuiciar retractos en los 1.621 y 1.622 de la misma Ley, todos en relación con el artículo 16 de la de 15 de marzo de 1935, contienen doctrina de Derecho procesal que, contrastado con la tesis del primer motivo del recurso, lo desautoriza; en efecto, el acto conciliatorio "no es necesario para la interposición de las demandas de retracto", lo es tan sólo para la prosecución del trámite (arts. 461 y 462). Añaden los 1.621 y 1.622 que, aun sin acompañar la certificación de haberse celebrado acto conciliatorio, el Juez "habrá por presentada la demanda y por *intendado el retracto*". Si a esta fórmula imperativa se la relaciona con la naturaleza y finalidad del acto conciliatorio, se deduce que aquellos preceptos serían inútiles y carecerían de eficacia práctica si la celebración de dicho acto hubiera de cumplirse antes del momento de la presentación de la demanda retractual, bajo sanción de pérdida de derecho, no obstante la justa aspiración del legislador expresada en la relación de los artículos 461 y número 3.º del 505 de la Ley Procesal, de distinguir entre el actor a quien no acucia término perentorio y aquel otro cuya actuación en orden a la fecha en que haya de celebrarse dicho acto no depende de su exclusiva voluntad.

CONSIDERANDO: Que esta Sala no puede estimar acertado el criterio inspirador del segundo motivo de revisión porque: 1.º El artículo 17 de la Ley de 15 de marzo de 1935, al que en este punto no modificó la Ley de 16 de julio de 1949 por razón de interés público-social, declaró obliga-

ción *ex-lege* inherente al uso del derecho de retracto ordenado y regido por el artículo 16, la de no vender ni arrendar durante seis años. 2.º El compromiso de cumplir no depende del consentimiento expreso del sujeto pasivo de aquel deber, porque la voluntad individual se supedita siempre al mandamiento de la ley. 3.º Luego, la manifestación expresa del compromiso de “no disponer” es innecesaria, porque la ley es la que exige; en algún modo y en este sentido supérflua, porque, no obstante silenciarlo, ha de cumplirse, ya que garantiza su observancia la nacida de nulidad del acto dispositivo opuesto al precepto, nulidad prevista y mandada en la relación de los artículos 4.º y 1.256 del Código civil. Resulta, pues, con arreglo a estas conclusiones de orden especulativo, que falta fundamento de igual tipo al segundo motivo del recurso, y simultáneamente, por tal carencia, adolece del defecto de oposición al artículo 17 que se comenta y a la doctrina, tan reiterada ésta, que esta Sala ha expuesto la trascendencia práctica de normas jurídicas de tal índole.

CONSIDERANDO: Que si en el aspecto del Derecho sustantivo se llega a la conclusión antes expuesta, a ella conduce también el estudio de la cuestión en el campo del Derecho procesal, a donde el recurrente acude fundado en la idea de “Analogía”. Los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 1.618 de la LEC., pueden reputarse sucesores directos de la idea que en la legislación clásica presidió la obligación impuesta al retrayente para lograr su propósito, cual era la de jurar “que para si quiere la aredat a non para otro ome nenguno...” “e que non había ningún engaño” (Fuero Viejo, Fuero Rural y Nueva Recopilación). En estos y en aquélla, se observa nota predominante de Derecho sustantivo, cual es la de *dar nacimiento* a una obligación de “no hacer”, y otra, derivada de la anterior y con ella de actuación conjunta e inseparable netamente procesal, cual es la forma de manifestarla, impuesta como rito en cuanto por éste se aceptaba una obligación de Derecho sustantivo, nacida de Ley adjetiva y que precisamente por este *origen adjetivo*, era aplicable exclusivamente para los juicios que la motivaron (retracto gentilicio—de comuneros—de causas), y así en algún caso siguió entendiéndolo la jurisprudencia después de la publicación del C. c., movida a tal decisión por las especialidades del enjuiciamiento a que los números 4.º, 5.º y 6.º del artículo 1.618 de la Ley Rituaria hacía referencia y para cuya finalidad, a diferencia del resto del precepto han sido exclusivamente dictadas. Síguese de lo razonado, que la regla de analogía invocada en el segundo motivo del recurso, falla: 1.º Porque ni los artículos 16 y 17 de la LAU., creadores del deber de Derecho sustantivo, ni alguna de las varias disposiciones de orden enjuiciatorio que en las leyes especiales de arrendamientos rústicos se consignan se imponen al demandante, con la singular especificación del art. 1.618 de la LEC., la obligación de “compromiso expreso”, cuya emisión se expone por el recurrente como causa de desestimación de la demanda, 2.º Si tal deber no se impone, tampoco subsigue la sanción correlativa nacida del silencio. 3.º Si aquellos deber y sanción no hallan decretados por la Ley sustantiva reguladora de la existencia y viabilidad de la acción de retracto sobre fincas rústicas como

condicionadores de su uso, no pueden extenderse a situaciones de régimen procesal como el presente, sanciones que se crearon por el ar. 1.618 de la LEC. para regir procesos de finalidad concreta y específicamente concreta. El art. 1.525 del C. c., en relación con el 1.518 y sus acordantes del mismo Cuerpo legal, abonan el criterio que se propugna. 4.º Lo corroboran las razones expuestas en el segundo de los considerandos de esta sentencia, 5.º La regla hermeneútica analógica no puede aplicarse cuando haya de hacerse a expensas de dar mayor extensión a normas punitivas.

CONSIDERANDO: Que no existe el vicio de incongruencia acusado en el segundo motivo del recurso, porque la sala sentenciadora pronuncia su fallo recogiendo en él cuanto, según lo que queda abonado, debía precisar habida consideración a la índole de la sanción ejercitada y pretensión hecha, entre personas y cosas a que la cuestión litigiosa alcanza según su planteamiento; esto es, cumple todos los requisitos que según el artículo 339 de la LEC.—que es el que se supo infringido—la eximen del vicio de incongruencia; vicio que juzgado desde el punto de razonamiento en que el recurrente se coloca, tampoco existiría, porque el fallo recurrido concede menos, pero no más de lo pedido, ya que limita aquello que según el recurrente se demandó sin limitaciones.

CONSIDERANDO: Que faltan fundamentos suficiente para reputar temeraria o de mala fe la actuación del recurrente al sostener el recurso de revisión.

FALLO.—No ha lugar.

• SENTENCIA 20 ABRIL 1950

Arrendamientos rústicos—Disposición Adicional 1.ª de la Ley de 23 de julio de 1942.

Para que el caso debatido estuviese encuadrado en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley de 23 de julio de 1942, sería preciso que, a la entrada en vigor de dicha Ley, estuviera vigente el plazo contractual o la prórroga del mismo, establecida por expresa voluntad de ambas partes, no bastando para poder inferir esta última el mero transcurso del tiempo y el cobro de la merced.

Arrendamientos rústicos—ejercicio de acción rescisoria de contrato.

La acción rescisoria de un contrato arrendaticio rústico no se conserva ni se pierde porque fuese demorado su ejercicio, ya que no existe ninguna disposición que determine ser obligado el ejercicio de la acción rescisoria inmediatamente de su término legal.

ANTECEDENTES.—El 18 de abril de 1947 los propietarios del cortijo de los M.. en término de P. del R., formularon, ante el Juzgado de Primera

Instancia número 4 de los de Sevilla, demanda de desahucio contra el arrendatario del mismo. Alegaron que en el año 1932 la anterior propietaria del cortijo concertó con cuatro colonos, tres de los cuales habían dado ya por extinguido el contrato, un solo arrendamiento de carácter solidario por término de cinco años. Y que no habiendo sido prorrogado el arriendo, estaba finalizado desde el año 1942, según la 2.ª Disposición Adicional de la Ley de 23 de julio de aquel año, negándose, no obstante, el demandado a dejar las parcelas que cultivaba, por el requerimiento notarial que se le había hecho.

El demandado se opuso, alegando que, al vencimiento del término pactado, fué prorrogado el contrato por voluntad expresa de las partes por otros cinco años, y que si bien no tuvo la prórroga constancia escrita, resultaba evidente del hecho de haber transcurrido dicho plazo en exceso, sin que la propiedad ejercitase acción alguna encaminada a recuperar la explotación de la finca, ni viene después de publicada la Ley de 1942, por lo cual, y de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 1.ª de la misma, el contrato había de entenderse prorrogado hasta el 30 de septiembre de 1948.

Practicadas las pruebas, el Juzgado de 1.ª Instancia dictó sentencia en la que, desestimando la demanda, declaró no haber lugar al desahucio solicitado. Apelada esta sentencia por los actores, fué revocada por otra de la A. T., que estimó la demanda y dió lugar al desahucio. Contra ella interpuso el demandado recurso de casación.

MOTIVOS.—Primero. Injusticia notoria por infracción de la Disposición Adicional 1.ª de la Ley de 23 de julio de 1942.

Segundo. Infracción de la Disposición Adicional 2.ª de la misma Ley. Este motivo de revisión se planteaba en forma alternativa, por el carácter excluyente de aquella Disposición.

CONSIDERANDO: Que la inclusión del caso de ésta en la regulación marcada por la Adicional segunda de la Ley de 23 de julio de 1942 parece indudable, pues en la primera de esas adicionales no puede estar, por referirse concretamente al supuesto de hallarse a su sazón dentro del plazo contractual o del de la prórroga establecida por expresa voluntad de ambas partes, circunstancias inconcurrentes, ya que el tiempo convenido era en mucho pasado y de tal clase de prórroga no hay más signo que el mero transcurso del tiempo y cobro de la merced, insuficiente a todas luces para inferir un acierto expreso, cual es el requerido por esta norma: ello aparte de que la sentencia recurrida proclama cuál punto de hecho, que no va ahora combatido por apropiada vía, "su continuidad no obedecía al promulgarse la Ley de 23 de julio de 1942 a vigencia del plazo contractual ni de prórroga expresamente pactada, sino simplemente a la pervivencia de la posesión...".

CONSIDERANDO: Que la finalidad liquidatoria de anómalas situaciones arrendaticias de la Ley antes citada de 1942, padecería de aceptarse criterio permitente del surgimiento posterior de otras prórrogas, incidentes en análogos supuestos que los pretendidos liquidar; y como se advierte que ningún inciso o tilde legal autoriza la creencia de engarce con la Ley de 1940 que permita nueva prórroga obligatoria de contratos y estado jurídico fenecido; y también se percibe que nada hay legislado respecto a ser obligada la acción rescisoria inmediatamente de su término legal, lo cual hacer no se pierde, ni enerva, aunque fuera demorado su ejercicio; es

evidente que no ocurrió la prórroga que se anuncia en el motivo segundo del recurso, que como su precedente ha de desestimarse.

CONSIDERANDO: Que pese a la paladina declaración del demandado, realizada desde el comienzo del pleito de "que por imperio de la Ley tiene derecho a llevar en arrendamiento la finca hasta el 30 de septiembre de 1948, es la verdad que ha persistido en esta situación, aun cuando el 17 de diciembre del dicho año se produjo en la Audiencia sentencia en contra, decretando su desahucio, es decir, que utilizó este recurso ya a conciencia de no tener derecho a permanecer en un arriendo que reconocía finado; ello anuncia su temeridad litigiosa para esta actuación y por la misma que le sean impuestas las costas del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 MAYO 1950

Arrendamientos rústicos—desahucio para recuperar el cultivo directo de la finca (1).

ANTECEDENTES.—En juicio declarativo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz, se concertó la renta de una finca rústica en 12.000 pesetas anuales y la duración del contrato en seis años, al término de los cuales el arrendatario tendría derecho a prórroga por seis más si no optaba el propietario por el cultivo directo de la finca. Este justificó su opción por el cultivo directo al arrendatario en acto de conciliación que, por incomparecencia del arrendatario, se dió por instruido sin efecto. Por ello, interpuso demanda de desahucio contra el arrendatario, solicitando se declarase haber lugar al mismo. En el acto del juicio se opuso el demandado a la acción ejercitada y practicadas las pruebas de confesión, documental y testifical, se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia de Badajoz, declarando haber lugar al desahucio solicitado por finalización del término contractual. Apelada esta sentencia, fué confirmada por la A. T. de Cáceres, interponiéndose por el arrendatario recurso de revisión.

MOTIVOS.—*Primero*.—Infracción por violación e implicación del título VIII del libro II de la LEC, y doctrina legal de numerosas sentencias del Tribunal Supremo.

Segundo.—Infracción por inaplicación del art. 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942 y de la doctrina legal sentada por las Sentencias de 28 de mayo de 1945, 13 y 18 de mayo de 1947 y 10 de noviembre de 1947.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso es inestimable: 1.º Porque la sentencia firme de 23 de enero de 1944 declaró que el contrato de arrendamiento motivo de este pleito terminaba el 30 de noviembre de 1947, si en esta fecha el señor T. optara por el cultivo directo, disyuntiva que se cumplió con el ejercicio de esta opción. 2.º Porque el desahucio por extinción de plazo arrendaticio no puede ser influido por modalidades no sustantivas de cuantía y pago de renta durante el

(1) La sentencia no contiene en sus Considerandos doctrina que pueda ser recogida.

tiempo de vigencia de la vida legal del contrato arrendatario. 3.º Porque la argumentación de este primer motivo del recurso la desvirtúa absolutamente lo dispuesto en la Ley de 16 de julio de 1949.

CONSIDERANDO: Que por el tercero de los puntos antes expuestos, el segundo motivo del recurso es inextimable.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 MAYO 1950

Aparcería—Cuándo tiene eficacia la prórroga de estos contratos.

Conforme a reiterada jurisprudencia—y de acuerdo con el art. 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935—para que pueda existir prórroga en los contratos de aparcería es preciso que sea pactada expresamente y, por tanto, transcurrido el ciclo de rotación de cultivos pactado en el contrato, puede el propietario dar éste por terminado, sin que los aparceros puedan imponer otros nuevos.

ANTECEDENTES.—La mayoría de los partícipes de una dehesa en proindivisión formularon, ante el Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, demanda de juicio especial de arrendamientos rústicos, contra los aparceros de la misma, solicitando se declarase terminado el contrato de aparcería por haberse realizado varias rotaciones completas del cultivo de la dehesa, habiendo terminado el plazo contractual y finalizar un ciclo completo de labores al tiempo de la presentación de la demanda.

Los aparceros contestaron la demanda oponiéndose a la misma, alegando la prórroga del contrato por voluntad expresa de las partes, ya que continuaron las labores, practicándose una vez transcurrido el plazo contractual y que se estaba en período de prórroga. Formularon reconvencción para que se declarase vigente el contrato de aparcería y se declarara también el derecho de los aparceros de convertirse en arrendatarios, de acuerdo con el art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940. Para ello acompañaron a la contestación un certificado de acto conciliatorio, intentado sin efecto, para notificar a los propietarios aquella opción, y el contrato de aparcería que estimaron vigente.

Los actores no contestaron la reconvencción y, practicada la prueba de confesión de actores y demandados, el Juez de Primera Instancia de Trujillo dictó sentencia desestimando la demanda en todas sus partes y estimando la reconvencción.

Esta sentencia fué apelada por los actores y revocada por la A. T. de Cáceres, que desestimó la reconvencción y estimó la demanda. Los aparceros interpusieron contra ella recurso de revisión.

MOTIVOS.—Primero.—Injusticia notoria por infracción de los artículos 1.203 y 1.204 del C. c. y art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

Segundo.—Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de toda la prueba practicada.

CONSIDERANDO: Que es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, sentada, entre otras, en Sentencias de 22 de enero de 1946 y 21 de diciembre de 1949, en el sentido de exigir en los contratos de aparcería para que las prórrogas de dichos contratos tengan eficacia, que sean pactados expre-

samente, como el art. 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 lo exige, y por tanto, una vez transcurrido el ciclo de rotación de cultivos de cuatro años pactado en el contrato primitivo, se carece de derecho para imponer nuevos ciclos de duración de cuatro años por la tácita, y pudiendo el propietario dar por terminado el contrato, una vez transcurrida la rotación pactada, cuando lo tenga por conveniente, pues para que esa prórroga origine menos derechos a la permanencia en la finca, debe ser convenida expresamente, y en el caso del pleito ninguna de las partes ha alegado ni probado que la prórroga en la posesión de la finca por el aparcerero cultivador haya sido expresamente concertada.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto ningún efecto produce a los fines revisorios que el mismo persigue, que se estime o no novado el contrato de aparcería de que nos ocupamos, ya que con novación o sin ella, el ciclo de rotación de último de la finca había terminado y el propietario podía exigirle así en uso del derecho que le concede el art. 49 antes citado, y al hacer uso de este derecho después de agotado dicho ciclo, resulta extemporáneo el ejercicio por el aparcerero del derecho de opción que le concede el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, y procede por ello desestimar el recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que la discrepancia de las sentencias de instancia y la naturaleza del asunto discutido, no permite estimar temeraria la conducta del recurrente, a los efectos de imposición de costas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 MAYO 1950

Arrendamientos rústicos—conversión de la aparcería en arrendamiento.

Conforme a reiterada jurisprudencia, el derecho de opción que concede al aparcerero el art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, para convertirse en arrendatario, se extingue simultáneamente con el término del contrato de aparcería.

ANTECEDENTES.—Los dueños de unos terrenos dedicados a huerta de riego y de una casa-cortijo dados a medias en aparcería, formularon, ante el Juzgado de Primera Instancia de Cieza, demanda de desahucio contra el aparcerero de los mismos, alegando haber transcurrido el ciclo de cultivo, que en la huerta consiste en un año agrícola, a cortar de 1.º de diciembre a 30 de noviembre siguiente, y haberse avisado al aparcerero con un año de antelación en acto conciliatorio, a cuyo efecto se acompaña a la demanda el certificado del mismo, junto con el contrato de aparcería consignado en documento privado.

En el juicio verbal el demandado contestó que en el año de prórroga había intentado, sin poderlo conseguir, que los dueños le liquidaran las mejoras hechas en la finca y que se acogía a los beneficios que el aparcerero concede el art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

Se practicaron las pruebas de confesión, testifical y documental, uniéndose a los autos un informe de la Hermandad de Labradores de Cieza acreditativo de la duración de un año agrícola en la huerta, que es el espacio

de tiempo comprendido entre noviembre y noviembre, y de ser costumbre avisar con un año de antelación para despedir a los aparceros.

El Juzgado de Primera Instancia de Cieza dictó sentencia declarando haber lugar al desahucio solicitado. Fue apelada por el aparcerero y confirmada por la A. T. de Albacete, interponiéndose por aquél contra este fallo recurso de revisión.

MOTIVOS.—Unico.—Violación por interpretación errónea y aplicación indebida del art. 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940 y doctrina legal de las Sentencias de 20 de marzo y 15 de noviembre y 22 de enero de 1946.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de revisión alega infracción del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, en cuanto el demandado hoy recurrente excepcionó su propósito de convertir la aparcería en arrendamiento de la parte proporcional correspondiente a su participación en aquella, y constando en los autos, y así lo aprecian las dos sentencias de instancia sin que lo impugne el recurrente, que estaba vencido el ciclo de la aparcería y se había dado por el propietario al aparcerero el preaviso de un año, exigido por la costumbre local, sin que el aparcerero al recibir el preaviso ni después hiciera gestión ni manifestación alguna tendentes a actuar el derecho de que se creía asistido, resulta evidente, conforme a la constante doctrina de esta Sala (Sentencias de 25 de mayo de 1945, 22 de enero de 1946, 8 de marzo de 1946, 14 de octubre de 1946, 11 y 25 de marzo de 1947 y otras posteriores) que su derecho de opción se extinguió simultáneamente con el término del contrato de aparcería y, por tanto, como el derecho potestativo aludido no puede ejercitarse por vía de excepción, no obsta la pretensión de desahucio que la sentencia recurrida acoge, por lo que no existe la infracción alegada.

CONSIDERANDO: Que la claridad de la doctrina expuesta, que sirve de fundamento a las sentencias de instancia, obliga a estimar temeraria la conducta de la parte recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 MAYO 1950

Desahucio—carácter imperativo de los arts. 1566 y 1567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Del contenido de los arts. 1.566 y 1.567 de la LEC. se desprende la ineludible obligación de acreditar tener satisfechas las rentas vencidas, o la consignación de las mismas en su caso, para poder interponer los recursos de apelación y revisión, bajo pena de declarar firme la sentencia dictada. Estos preceptos son de carácter imperativo, estableciendo requisitos de inexcusable observación que han de considerarse como disposiciones de orden público, por lo cual los Jueces y Tribunales se encuentran obligados a su cumplimiento de oficio, es decir, sin necesidad de mediar instancia de parte.

SENTENCIA 15 JUNIO 1950

Arrendamientos rústicos—terminación de contrato (1).

ANTECEDENTES.—En juicio especial de arrendamientos rústicos y ante el Juzgado de Primera Instancia de M., se demandó por el comprador de una finca arrendada al arrendatario de la misma y otros, a los que el actor estimaba subarrendatarios, solicitando se declarase la terminación del contrato de arrendamiento por estar éste extinguido. Los demandados que comparecieron contestaron la demanda alegando todos ser colonos de la finca, en virtud de contrato anterior, y solicitando por ello la desestimación de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia de M. dictó sentencia absolutoria. Apelada, fué confirmada por otra de la A. T. de Cáceres. Contra ella interpuso el actor recurso de revisión. (No ampliamos más estos antecedentes por referirse a los hechos los considerandos que se transcriben.)

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental.

Segundo. Injusticia notoria por infracción del art. 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, art. 2.º de la de 28 de junio de 1940 y art. 6.º de la de 23 de julio de 1942.

CONSIDERANDO: Que en virtud del juicio de prueba formado por el Juzgado de instancia sienta conclusiones que acepta la Audiencia Territorial como base del fallo absolutorio recurrido y que sustancialmente son las siguientes: 1.ª Que en el año 1932, por los propietarios a la sazón de la finca rústica denominada Utrera y Cotos, se celebró un contrato de arrendamiento de este predio con los demandados y otros colonos, convenio que en mayo de 1942 fué modificado en cuanto al precio por aumento de la renta hasta entonces pagada por fanegado de tierra. 2.ª Que debido al gran número de colonos a que el arriendo afectaba acordaron conceder su representación a algunos de ellos, principalmente a don L. V. y a don S. V., que actuaron como cabezaleros, extendiendo con tal carácter los recibos de abonos de rentas; y 3.ª Que el expresado contrato no fué reemplazado por el que sirve de fundamento a la demanda y que según el documento que acompaña a la misma aparece celebrado el 6 de agosto de 1943.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso, apoyado en la causa 4.ª de la norma 7.ª del apartado a) de la tercera disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940, se parte, para combatir el fallo recurrido, de la tesis que se estima inconcusa conforme a la que el único de los demandados que tenía el carácter de arrendatario de la indicada finca era don L. V., siendo los demás subarrendatarios de la misma, pero contradiciendo esta aseveración los hechos sustentados por el Tribunal de instancia, que se concretan en el anterior fundamento; para que aquella tesis pudiera prevalecer era preciso que por los elementos que se determinan en la causa alegada se acreditara el error en que hubiere incurrido dicho Tribunal al formar el juicio de prueba del que las referidas conclusiones se derivan y que dicho error era causa de injusticia notoria,

(1) La sentencia no contiene en sus Considerandos doctrina que pueda ser recogida.

nada de lo que se patentiza en el motivo por carecer de eficacia los documentos a tal efecto invocados, toda vez que el Juzgado de instancia para llegar a las indicadas conclusiones se atuvo no sólo al resultado de la prueba testifical, sino que relacionándola con las demás practicadas, la apreció en conjunto, haciendo especial mención del documento privado obrante al folio 7.º de las actuaciones de la primera instancia del que aparece que el actor en el año 1934 cedió un paso por su finca la "Dehesa Mayor" a los vecinos arrendatarios de la Dehesa Utrera, representados en aquel acto por don L. V. N. y don E. C.; sin que, por otra parte, aun estimando la realidad del contrato de arrendamiento contenido en el documento privado fechado el 6 de agosto de 1943 y que sirve de fundamento a la acción ejercitada, dicho convenio carecería de eficacia para demostrar la equivocación del Juzgado de instancia al apreciar la prueba, ya que en nada podía afectar a los demandados que no parecen interviniendo en su celebración y que, además de negar su existencia le han opuesto otra convención celebrada anteriormente con los propietarios de la finca de la finca de la que resulta su condición de arrendatario de la misma y cuya certeza ha afirmado el Tribunal "a quo", basándose en el conjunto probatorio, por todo lo que el presente motivo debe ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso amparado en la causa tercera de la citada norma 7.ª del apartado a) de la tercera disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940, ha de ser igualmente rechazado por consecuencia de la inadmisión del primero, ya que la infracción de los preceptos referentes a la duración de los arriendos de las leyes arrendaticias rústicas que indica, la basa el recurrente en la obligatoriedad del supuesto contrato de arrendamiento de 6 de agosto de 1943, por el que se establece como plazo de duración el de tres años y en el que figura como único arrendatario don L. V. S., convenio que en ningún caso—según se razona en el fundamento que procede—podía afectar a los demás demandados cuya condición de arrendatario de la mencionada finca, negada por el autor, ha sido reconocida por el Juzgado de Instancia, sin que las conclusiones contadas a tal fin fueran desvirtuadas por el recurrente.

CONSIDERANDO: Que la conformidad de los fallos recurridos en ambas instancias hacen estimar temeraria la interposición del recurso, a los efectos de la imposición de las costas causadas en el mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 JUNIO 1950

Juicio de desahucio—cuestiones que no cabe resolver en él.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el juicio de desahucio, por su naturaleza especialísima y su carácter sumario, no consiente la resolución de otras cuestiones que las relativas al derecho del demandante

para pedir el desalojo y a las del demandado para permanecer en la finca, pero en modo alguno pueden suscitarse y ventilarse en él cuestiones de propiedad, ni siquiera la de posesión civil del actor, materias ajenas al mismo, debiendo citarse en todo caso al citado posesorio y naturaleza de las relaciones jurídicas en que respecto al inmueble se encontrasen las partes al iniciarse el juicio.

Juicio de desahucio—legitimación activa.

Ni el arrendatario, ni el aparcerero pueden negar la personalidad de quien le arrendó y en cuyo nombre poseyesen materialmente la finca, ni, por consiguiente, la del heredero reconocido del arrendador.

Desahucio en arrendamientos rústicos—aplicación del art. 313 de la Ley Hipotecaria.

El art. 313 de la Ley Hipotecaria no prescribe en absoluto que se reclame en juicio los títulos o documentos relativos a contratos o actos inscribibles cuando no se haya llenado respecto de ellos la formalidad de la inscripción, sino todos aquellos con que se intenta perjudicar a un tercero, entendiéndose por éste, en el sentido de la misma Ley, la persona que sobre las fincas o derechos litigiosos tuvieren inscritos con anterioridad sus títulos.

Arrendamientos rústicos—revisión—falta de pago del impuesto de Derechos Reales.

No procede aceptarse en recurso de revisión de la falta de pago del impuesto de Derecho Reales de determinados documentos, ya que tal falta no puede tener otras consecuencias que la adopción de medidas fiscales y correcciones administrativas que establecen las leyes que rigen aquel impuesto.

ANTECEDENTES.—Los propietarios de una finca, consolidadores del dominio por fallecimiento de la usufructuaria, formularon, ante el Juzgado de Primera Instancia de R., demanda de desahucio respecto a los aparceros de tres trances de la misma, alegando haberles comunicado su propósito de recuperar la total posesión de la finca al fallecimiento de la usufructuaria mediante cartas cursadas en Correos por Notario. Los restantes aparceros habían dado por terminados sus contratos. Acompañaban a la demanda los correspondientes contratos de aparcería y las actas acreditativas de la entrega de las cartas, con los correspondientes acuses de recibo.

En el acto de la comparecencia, uno de los demandados se allanó a la demanda, cediendo a los actores la parte de tierra que llevaba en aparcería. Los restantes contestaron solicitando la desestimación de la demanda, por no probar los actores la plenitud de derechos dominicales alegada sobre la finca, no estar ésta identificada de una manera precisa y no estar, la pretendida consolidación del dominio, liquidada de impuestos de Derechos Reales ni inscrita en el Registro de la Propiedad, no pudiendo, por ello, afectarles, según lo dispuesto en el art. 313 de la Ley Hipotecaria.

Para el caso de que se estimara la demanda formulaban recurrección para que se les indemnizase de daños y perjuicios, que se determinarían en ejecución de sentencia, por ocultarse en el contrato de aparcería el carácter de usufructuaria de la otra parte.

Practicadas la pruebas, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando no haber lugar al desahucio solicitado. Contra ella dedujeron los actores recurso de apelación ante la A. T. de S., que dictó sentencia revocando la dictada en Primera Instancia, dando lugar al desahucio pretendido y desestimando la reconvencción interpuesta por los demandados. Uno de ellos interpuso contra este fallo recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

MOTIVOS.—No se consignan por referirse a cada uno de ellos los considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el juicio de desahucio, por su naturaleza específica y su carácter sumario, no consiente la resolución de otras cuestiones que las relativas al derecho del demandante para pedir el desalojo y a los del demandado para permanecer en la finca, pero en modo alguno pueden suscitarse y ventilarse en él cuestiones de propiedad, ni siquiera la de posesión civil del actor, materias ajenas al mismo, debiendo estarse en todo caso al estado posesorio y naturaleza de las relaciones jurídicas en que respecto al inmueble en cuestión se encuentran las partes al iniciarse el juicio, ni menos combatir y pretender cambiar la naturaleza y denominación de disposiciones testamentarias, contratos y títulos, que tuvieron su acceso y calificación en el Registro de la Propiedad; que tal doctrina reiterada de este Tribunal Supremo obliga a desestimar el primer motivo de revisión, en el que el recurrente pretende cambiar el nombre y concepto de usufructo, que la primera testadora, doña M. de la C. A. y A., Duquesa de C. E. y el Registro de la Propiedad dieron a la disposición testamentario de aquélla, como anterior propietaria de las tierras objeto de este litigio, convirtiéndolo en una substitución fideicomisaria del art. 781 del Código civil, cuestión que, además, no fué planteada por él, ni por los otros demandados, en la contestación a la demanda, ni se puede alegar en revisión, como tampoco en casación, “injusticia notoria por aplicación indebida de los preceptos legales que sirven de fundamento al fallo”, forma genérica e imprecisa que va en contra de lo que ordena el art. 1.720 de la LEC, como requisito de forma esencial en el recurso.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo se alega la injusticia notoria por infracción del art. 1.257 del C. c., según el cual los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, por lo que “aun partiendo de la existencia de un usufructuario y de unos nudos propietarios procedía el respeto y cumplimiento por los demandantes del contrato de aparcería que su madre firmó”, y tal infracción no existe, porque el artículo mencionado no priva a los herederos de ejercitar sanciones nacidas precisamente a la muerte de su causante, de igual forma que los herederos pueden utilizar cuantas causas de nulidad o rescisión hubiera podido invocar aquél.

CONSIDERANDO: Que al acompañar los demandantes a su demanda las certificaciones de su nacimiento, la de defunción de su madre, doña

I. de A. y A., y testimonio notarial del testamento de ésta, en el que los nombra únicos y universales herederos por partes iguales, cumplieron con lo ordenado en el número segundo del art. 503 de la LEC, cuya infracción se denuncia en el tercer motivo del recurso, sin que, además, en todo el juicio se halla impugnada la personalidad de los demandantes, ni invocado el referido artículo, ni el arrendatario o aparcero puede negar la personalidad de quien le arrendó y en cuyo nombre poseyó materialmente la finca, ni, por consiguiente, la del heredero reconocido; que si bien la Ley Hipotecaria, en su art. 313, declara la inadmisibilidad por los Tribunales de documentos sujetos a inscripción, que no se hubieran inscrito, es en el solo caso de que el objeto de la presentación fuera hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un título o derecho que debió inscribirse, es decir, que tal precepto no prescribe en absoluto que se rechacen en juicio los títulos o documentos relativos a actos y contratos inservibles, cuando no se haya llenado respecto a ellos lo formulado de la inscripción, sino sólo aquellos con que se intenta perjudicar a un tercero, entendiéndose por éste, en el sentido de la misma Ley, la persona que sobre las mismas fincas, o derechos que se litigan, tuviera inscrito con anterioridad sus títulos, por lo que cuando el demandado no opone a la acción esgrimida contra él un derecho inscrito, no se infringe el art. 313 de la Ley Hipotecaria, fundamento del tercer motivo de revisión, sin que quepa dentro de este recurso ocuparse de la falta de pago del impuesto de Derechos Reales de determinados documentos, porque ello no puede ser motivo serio de revisión, ya que tal falta no tiene otras consecuencias que la adopción de medidas fiscales y correcciones administrativas que establecen las leyes que rigen aquel impuesto, aparte de que los tres contratos de aparcería presentados con la demanda y fundamento de la acción cumplieron con aquella obligación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 JUNIO 1950

Juicio de desahucio—cuestiones que no caben dentro de él.

En el juicio de desahucio no son posibles resoluciones declarativas de derechos, cual hubiera de ser aquella que por razón de sus pronunciamientos tuviera la necesaria trascendencia de declarar extinguido un contrato por novación y la existencia del novado. Tampoco la excepción de litis pendencia es admisible en los juicios de desahucio, pues se desnaturalizarían sus características singulares de brevedad en su curso, sumario en su evolución y contenido, y especial en sus fines.

ANTECEDENTES.—La propietaria del cortijo "El Buján" formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia de Jerez de la Frontera, demanda de desahucio contra los arrendatarios del mismo, alegando que el contrato, que fué celebrado en el año 1931 y prorrogado en el 34, se hallaba extinguido a la publicación de la Ley de 23 de julio de 1942 y que, de acuer-

do con la disposición adicional 2.^a de esta Ley, convino con los arrendatarios la prórroga del contrato hasta el 29 de septiembre de 1945, por no interesar a la propiedad recabar la explotación directa de la finca, habiendo transcurrido esta prórroga, que estaba de acuerdo con la última frase del párrafo primero de la citada disposición adicional, sin que los demandados desalojaran la finca. Acompañada a la demanda testimonio judicial del contrato, ya que el original estaba unido a otros autos.

En la comparacencia verbal uno de los demandados se opuso a la demanda solicitando se dictase sentencia absolutoria. Planteada para ello, en primer lugar, la excepción de litis pendencia por estarse discutiendo la fecha de terminación del contrato en un juicio especial de arrendamiento ante el Juzgado número 1 de Jerez de la Frontera. Y para el supuesto de no prosperar esta excepción alegaba que la prórroga concertada en 1942 no fué tal prórroga, pese a la denominación de las partes, sino una verdadera novación del contrato, ya que, además de elevarse la renta, se determinó concretamente la especie de trigo en que había de pagarse la misma y que, aun en el supuesto de que el Juzgado estimase se trataba de una prórroga, ésta habría de ser de seis años y no de tres. Tanto en uno como en otro caso, había que atenerse a las normas que para la duración de los contratos de arrendamiento establece la Ley de 1940.

Practicadas las pruebas documental y de confesión de la actora y su esposo, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que, estimando la acción ejercitada, daba lugar al desahucio de los demandados. Apelada esta sentencia por los arrendatarios, fué confirmada por otra de la A. T. de Sevilla, interponiendo contra ella, el demandado comparecido en primera instancia, recurso de revisión.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción del art. 1.561 en relación con el 55, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil, y sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1920, 20 de mayo de 1946 y 1.º de julio de 1947.

Segundo. Infracción del núm. 5.º del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el art. 1.252 del Código civil.

Tercero. Infracción de los arts. 1.203 y 1.204 del Código civil, en relación con el 1.543 del mismo Código y los arts. 2.º y 3.º de la Ley de 28 de junio de 1940.

Cuarto. Interpretación errónea de documento auténtico consistente en el contrato de arriendo.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se formula partiendo del supuesto de que en el juicio de desahucio son posibles resoluciones declarativas de derecho cual hubiera de ser aquella que por razón de sus pronunciamientos tuviera la necesaria trascendencia de declarar extinguido un contrato por novación y la existencia del novado. Ni los términos del juicio de desahucio, ni el modo y límites de su evolución procesal, permiten la confusión de ambos modos de enjuiciar, debiendo limitarse la sentencia que el de desahucio ponga fin a ordenar o rogar el pretendido lanzamiento según lo permita el título del cual, al iniciarse el proceso derive, concretamente con él, la acción que se ejercite y atendidas las excepciones que por su naturaleza tengan legítima cabida en el juicio especial y sumario de desahucio. Y en el caso de autos sirve de razón de pedir una convención firmada por los dos demandados, según la cual el vínculo arrendaticio vencía en 29 de septiembre de 1945, y de excepción una novación contractual no reconocida, ni declarada ni

de posible declaración en el actual proceso, sino a expensas de su desnaturalización. Así lo entendió acertadamente la Sala sentenciadora, sin infracción de los artículos 1.561 y 55 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que el recurrente supone vulnerado, si bien lo haga sin mencionar concretamente el concepto de la pretendida infracción, ni, consiguientemente, los que también como infringidos cita el tercero de los motivos de revisión. Por lo expuesto, uno y otro, cuya materia es inseparable, han de declararse irrevisibles.

CONSIDERANDO: Que si la excepción de litis pendencia fuese admisible (que no lo es) en los juicios de desahucio, se desnaturalizarían sus características singulares de brevedad en su curso, sumario en su evolución y contenido, y especial en sus fines. El dominio, la posesión, las relaciones jurídicas preexistentes y probados y, en general, todas las posibles contradicciones a las que el derecho del demandante de desahucio pudiera hipotéticamente someterse, tendrían cabida indirecta en el juicio de que se trata, para obligarle a indefinida paralización si la excepción de juicio pendiente fuese admisible mediante la proyección en aquél de la materia de un proceso ordinario en trámite. Además, la distinción entre sentencias que dan nacimiento al estado "cosa juzgada" y aquellas en las que tal nota no concurre, explica por qué en el desahucio no se pueden definir temas ajenos al lanzamiento por causas legalmente predeterminadas, temas que deben llegar a tener eficacia en la vida del derecho después de adecuado enjuiciamiento y congruentes pronunciamientos.

CONSIDERANDO: Que no existe el error que se denuncia en el cuarto motivo de revisión, pues la Sala de instancia no dice, ni aparece que haya querido decir que el documento en el que se hizo constar la prórroga de 23 de octubre de 1942 dé testimonio de haberse otorgado... "para evitar el ejercicio de la acción de desahucio", sino que esta afirmación la hace como resultado del juicio que le han merecido en conjunto los elementos informativos que al pleito le han llevado.

CONSIDERANDO: Que no existe justificación suficiente para reputar temeraria o inspirada en mala fe la decisión del recurrente al acudir a esta Sala en demanda de revisión.

FALLO.—No ha lugar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, Francisco: *La facultad de disposición.*

GINOT LLOBATERAS, Francisco: *La responsabilidad del heredero simple por deudas y legados en Derecho común y foral.*

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *La promesa de contrato. Algunas notas para su estudio.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de Arrendamientos.*

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *Propiedad fiduciaria y negocio fiduciario.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.