

**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 II
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICBRE.
MCMXLIX

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Para el Proyecto español de Ley sobre la Sociedad Anónima

L O R E N Z O M O S S A

Profesor ordinario de Derecho comercial en la Universidad de Pisa

El Proyecto español de regulación de la sociedad anónima no puede dejar indiferentes a los mercantilistas italianos. Es demasiado importante la aportación al Derecho comercial mediterráneo verificada por obra de los dos Derechos y de ambas escuelas latinas, para que uno y otro se desentiendan de la evolución del pensamiento y de la vida del Derecho.

Existe en la latinidad plenamente luminosa de España el reflejo y el fermento de un pensamiento secular que, en la tradicional autonomía e independencia, ha conducido a creaciones universales útiles, de las cuales todavía el Derecho moderno se beneficia.

Cuando se profundiza en la historia de la sociedad comercial se siente, en verdad, cuánta luz del pensamiento jurídico español ilumina todavía, en toda Europa y más allá de Europa, la vida de la sociedad en nombre colectivo, de la sociedad comercial de personas.

Solamente el que se detiene en la superficie del Derecho moderno, y no solicita de los dogmas corrientes el secreto de su existencia, puede pensar que el Derecho de sociedades se manifiesta en algún Derecho nacional por características actuales y enteramente propias.

Ahora bien, en la regulación y en la búsqueda apasionada de la regulación de la sociedad anónima es indispensable para nosotros conocer el progreso español, porque ello contribuye al progreso de nuestro Derecho y del Derecho europeo.

En el conocimiento del progreso jurídico español está de modo natural insita una participación en su misma vitalidad. Esta obra, por consiguiente, reúne a los juristas latinos en un ideal común, el eterno de la Justicia, que, por ser actualmente tan necesaria para todo el pueblo, se denomina con verdad Justicia social. No es, por consiguiente, este examen nuestro un mero examen comparativo, pero tampoco un bosquejo o el intento de un bosquejo de un Derecho europeo, ni aun de un Derecho mediterráneo o latino de la sociedad anónima.

De un Derecho mundial, y no solamente de un Derecho menos universal como puede ser el latino o el mediterráneo, se ha hablado muchas veces en ocasión de amplias reformas o de nuevos ordenamientos de la sociedad por acciones ¹.

Ocurre que toda reforma de conjunto de la sociedad capitalista despierta en cualquier país un agudo interés. Despierta, en efecto, unido al interés técnico jurídico el político social, ante una transformación o alteración de una forma exquisita del capitalismo.

Diversos intereses son éstos que deben tenerse presentes con pleno conocimiento en el estudio del ordenamiento jurídico de un país en el que, más que en otros, fermentan y actúan. Ello ya se ha verificado en los países de Europa que han sentido profundamente el estímulo de una revolución y de una renovación.

Bastaría investigar la evolución y el desenvolvimiento de la sociedad por acciones en Rusia, en Alemania y en Italia, y la polémica que les ha acompañado, para formarse idea, independientemente de toda otra manifestación o institución, de los cambios de economía y de substrato social. Por ello, en el día de hoy, un ensayo de Derecho europeo de la sociedad por acciones no podría liberarse de los presupuestos de la ordenación económica, ahora dividida y contrapuesta y por esta razón no susceptible de una unión verdadera y sincera ².

Cuando un gran jurista práctico de la sociedad por acciones diseñaba para ésta un Derecho mundial, está bien claro que hablaba de una uniformidad aproximada. Es tanta la unidad del Derecho de la sociedad en nombre colectivo en Europa como grande la división del de la sociedad por acciones y de la misma comanditaria simple. A las divisiones fundamentales, abiertas y leales, que derivan de la organización singular de la Economía, hacen *pendant* las divisiones de estructura, de forma, de organización, propias del punto de tensión técnico y económico de los diversos capitalismos y de las diferentes sociedades nacionales.

Las tendencias políticas de superficie, es decir, las de los partidos y de los gobiernos en el Poder, influyen también sobre la regulación de las sociedades de capitales.

Hemos oído en Italia, durante el cancelado Régimen, las voces de una jerarquía y de un jefe de la sociedad por acciones, mientras que ahora vuelve a hablarse de democracia de la misma sociedad, y contemplando profundamente el hecho nos parece que se trata de unas simples consignas.

Ahora bien, no se busca un ordenamiento mundial de las sociedades por acciones y no parece que pueda buscarse en el Proyecto español, que se enraiza profundamente en el espíritu jurídico

1. Cfr. Max HACHENBURG, en escritos en honor de MAUROVIC, *Spomenica Maurovica*, Belgrado, 1940.

2. Agudo, en este punto, el estudio de Augusto EGGER sobre la *Reforma de la Sociedad Anónima en Suiza*, Zürich, 1937.

patrio. La uniformidad que podría conseguirse, según el diseño de Hachenburg, sería, más que otra cosa, una uniformidad externa, y, sobre todo, una uniformidad que sería extraña y, aun más, impuesta por una especulación jurídica. La búsqueda de la unidad, como la que ha bosquejado el comercialista, tiene el sabor de un compromiso más que el de una fusión sustancial.

Y, por otra parte, ¿cómo surgen las unificaciones legislativas? Quien lo ha experimentado, como nos ha ocurrido a nosotros en Ginebra en lo relativo al Derecho de la letra de cambio y del cheque, ha visto forjar un sólido y luciente metal jurídico por la fusión de otros tantos trozos de la misma naturaleza.

Digámoslo: se ha unido lo que ya estaba unificado en los Derechos nacionales, que eran diversos solamente de nombre. Pero, en nuestro caso concreto, cuánta diferencia, por ejemplo, entre el Derecho de la democrática Suiza, de la totalitaria Rusia, de la Inglaterra laborista y de la socialista Suecia.

La unidad debería proceder de la unidad política, es decir, de una sociedad de las naciones de Europa, siempre en el supuesto optimista de una transformación y sedimentación interdependiente de la política y la economía.

Sin esta utilidad un pueblo libre no tiene motivo para imitar el Derecho de otro pueblo, por mucho que sea su progreso, ya que el Derecho moderno no se forma por las recepciones, aunque sean espontáneas y voluntarias. El Derecho español nos proporciona hoy, con este Proyecto, como lo ha verificado en otras ocasiones con respecto a la sociedad anónima, el ejemplo y el modelo de un Derecho autónomo y libre de los influjos de los Derechos extranjeros ³.

Esta libertad y autonomía, que constituyen un carácter y una ordenación del Proyecto que encabeza don Joaquín Garrigues, tienen que ponerse en relieve. Son ellas las que hacen tanto más interesante el estudio del Proyecto, y si en él se nota a veces el ejemplo de Derechos extranjeros, como se nota en toda obra comercial de Europa, es evidente que el modelo está asimilado, elaborado y expresado de una manera tan original como para convertirlo en una cosa nueva.

¿Se deberá decir entonces que la regulación del Proyecto, así como es libre y autónoma en sus fuentes de vida, en su composición y en su expresión, debe pertenecer entera y solamente a España? No diríamos la verdad, y la verdad nos place, y es hermoso pensar que el ordenamiento español, una vez afincado en la realidad, llegará a ser una columna del Derecho de Europa y particularmente del Derecho mediterráneo.

¿Qué se opone a que debamos pensar que pueda traer consigo una aportación de primer orden para una regulación uniforme, o

3. Ese carácter se reconoce por HALSTEIN, en *Aktienrechte der Gegenwart*, Berlín, 1933, extenso estudio en el que da cuenta asimismo del Proyecto español de 1926 acerca de la regulación de la sociedad anónima.

sensiblemente igual, de la sociedad de capitales en el mundo latino? ¿No es el mundo latino acaso el que, en la Europa de hoy, en ansiosa búsqueda del equilibrio y de la libertad constituye la base de una civilización ulterior? ¿No se une al mundo latino de Europa el mundo latino de América, desde la Argentina a Méjico, donde el amor a Europa, a España y a la Latinidad resuena con la grandeza misma del Océano? Nos complace pensar esto mientras indagamos la esencia del Proyecto.

El observador no español no puede, ciertamente, penetrar en la discusión ideológica que está siempre latente en todo Derecho de la sociedad por acciones. Todo Derecho ha conocido agudas polémicas, que alguna vez han ejercido influjo sobre la codificación y otras no trascendieron.

Con ocasión de la reforma de la sociedad anónima en Italia, en los días del Código civil de 1942, hubo fuertes polémicas que alcanzaron al capitalismo, que entonces imperaba, pero que no tomaron cuerpo en el Código.

En aquella época se deseaba una sociedad anónima de tipo corporativo, o sea social, según la ideología del tiempo. La sociedad por acciones permaneció, por el contrario, con su *cachet* capitalista e individualista, y ahora, a diez años de distancia, se advierten los defectos que la doctrina libre había señalado ⁴.

Este es el problema de orden social que se presenta ahora en España y que debemos dejar por entero a los juristas españoles. En la transformación del capitalismo, en las luchas sociales y obreras, en el espíritu cristiano del Derecho, el problema se presenta y es inaplazable.

Basta para nuestra convicción indicar aquí cómo la ideología que se plasmará en la institución de la sociedad anónima tendrá su amplio campo de adaptación y de actuación. Decimos, además, que una elaboración ideológica de la sociedad por acciones constituirá una novedad absoluta en comparación con las renovaciones que igualmente se han operado en regímenes revolucionarios.

Cuando se sigue, por ejemplo, la línea de la sociedad por acciones de la Rusia soviética hay ocasión de constatar que no se han verificado cambios de estructura. Es sorprendente, además, considerar cómo la sociedad por acciones del tipo ordinario y aun la sociedad por acciones estatal, la que encarna verdaderamente el organismo económico soviético, podrían sin mucha dificultad o cambios adoptarse por un Estado capitalista.

4. Nuestra polémica en Italia se inició con el estudio *Para la Sociedad Anónima Italiana*, en la *Rivista del Diritto Commerciale*, 1939, de la que ostentábamos la dirección responsable. El Gobierno, o por lo menos el Ministro de Justicia de la época, GRANDI, recurrió a amenazas y a lisonjas para impedir la publicación, con la finalidad de conseguir una reforma lo más capitalista posible, como de hecho ocurrió. Otro estudio en *Commercio* sobre la sociedad de capitales—anónima y sociedad de responsabilidad limitada—remachó nuestras ideas.

Ello se explica de diferentes modos, pero no con la sola razón de que la ideología socialista impera sobre los organismos de la sociedad anónima.

Es demasiado poco, verdaderamente, para encarnar una ideología, y pensamos que desde este punto de vista lo que puede ser posible es plasmar las instituciones de la sociedad por acciones de modo no sólo correspondiente sino también expresivo de la ideología que se pretenda afirmar.

Es la ocasión de preguntarse, por el contrario (pero la pregunta podrán hacerla aquellos que tienen la responsabilidad de la codificación), si necesariamente, es decir, como dato técnico esencial del ordenamiento positivo, las instituciones de la sociedad anónima no debería llevar los signos de la ideología dominante.

Se puede decir que la sociedad por acciones es una red de vasos por los cuales circula la sangre de la Economía, más o menos nutrida de glóbulos rojos, o glóbulos sociales, y que el modelo ruso, en el fondo, es el modelo de una técnica sin ensambladuras políticas y sociales.

Podríamos contestar nosotros que este modelo puede ser, igualmente, el producto de una técnica tosca y no perfeccionada, que en un momento de urgencia histórica ha proporcionado al Estado un instrumento adaptado a sus fines y a su dominio. Pero esto no puede constituir el ideal para un pueblo y para una escuela jurídica adelantada y libre, al servicio de la civilización. No por casualidad los juristas soviéticos están tan alarmados y desacordes en torno al concepto mismo del derecho subjetivo y dan el ejemplo de una escuela jurídica que ha extraviado su recto camino ⁵.

Que la sociedad anónima necesita de un completo ordenamiento en un Estado moderno es una pétrea verdad, que no se puede poner en duda sino con los fuegos de artificio de la paradoja.

Constituye esta sociedad la forma más sensible a las exigencias y a las relaciones de la Economía. Llega a ser, por su altura económica, un Estado dentro de Estado ⁶, y tiende, desde esta montañá, a aplastar la libertad económica. Tan agudo es el fenómeno, que los primeros movimientos de las revoluciones nacional-socialistas europeas se encaminaban directamente a destruir la forma de la sociedad anónima para poder airear y ventilar la libertad de la industria. El remedio hubiera sido, hay que reconocerlo, inconciliable para la misma libertad de la economía; pero

5. Un ejemplo de este trabajo puede leerse en el último *Bulletin de la Société de Législation Comparée* de París; pero hay síntomas inequívocos en la literatura jurídica, si así puede llamarse: Cfr. WENEDIKTOW, en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale Diritto dell'Economia Diritto Sociale*, 1949, I, sobre la propiedad socialista del Estado y su temor reverencial al «Comarada Stalin».

6. Expresión realista de GARRIGUES en la introducción a la Sociedad Anónima, en el excelente *Tratado de Derecho Mercantil*.

el hecho de que se haya apuntado es sugestionante para la utilidad de una ordenación legal

Es posible que la sociedad anónima viva perfectamente libre en el campo jurídico de un Estado, pero de un Estado en miniatura, como ocurre, por ejemplo, en la República de San Marino, este excepcional Estado de la libertad itálica, mientras que, por otra parte, el no mayor Liechtenstein ha producido un amplio ordenamiento de la sociedad.

En San Marino, la sociedad anónima está regulada en algunas decenas de artículos, pero su vida está confiada a la tutela y al juicio de un Tribunal, inspirado plenamente en el Derecho común y en el pensamiento de Casaregis más que en el Derecho comercial de nuestro siglo.

Y mientras tanto, aquella libertad y aquel paternalismo del Tribunal colocan a la luz graves problemas de intereses en inestable equilibrio.

Una codificación de simple esquema y definiciones, como es la del Código español, pone en evidencia la primordial exigencia de la reconstrucción del Derecho comercial moderno. No es ésta la ocasión de enumerar las reglas de un Código; pero no se puede dejar de pensar que solamente en las más antiguas codificaciones la ordenación de la anónima es simplemente un esqueleto y no una persona viva ⁷.

Cuando la sociedad sale de las puras expresiones legales y se implanta en la vida de un pueblo, se otorga a esta criatura poderosa una adecuada vestidura jurídica.

Es posible que en España, más que en otros pueblos de Europa, el ritmo de la vida económica y de la ética mercantil haya consentido una vida de la sociedad anónima en completa libertad. Sin embargo, no se puede encontrar justo que al redactar sus estatutos las sociedades del comercio y de la industria deban conceder la primacía a los estatutos de otra sociedad, en vez de dirigirse al Código que es la ley general.

¿Llegaría a dominar entonces un Derecho de la práctica y de la costumbre económica? Seguramente: pero ocurre que este dominio, que por tantas razones puede ser beneficioso, puede echar a pique la justicia, llegando a ser insoportable y arrogante.

Mucho mejor puede hallarse la justicia en la arquitectura de un Código, que debe ser, sobre todo, una obra de arte. No puede detestarse en la obra de un Código el empleo de elementos propios de uno u otro Derecho que, más fácilmente que en la práctica empírica, pueden perfeccionarse y hacerse propios en una amplia visión legislativa.

¿Quién puede asegurar, por otra parte, que el Derecho de la

7. Edificante, aun hoy, el limitado valor en la sociedad anónima en las primeras y, sin embargo, sugestivas exposiciones del Derecho comercial del principio del *800*, como HEISE, *Handelsrecht*, o PARDESSUS, *Droit Commercial*, III.

práctica económica no ostente y no encubra el exotismo de reglas jurídicas? La mano de la economía extranjera será menos visible y no por ello menos descarada en el control de una economía nacional, bajo la brillante apariencia de la libertad del Derecho.

Ello constituye, no menos en el día de hoy que en el de ayer, experiencia de todo Estado de Europa, y apenas resulta preciso recordar la lucha económica nacional frente a la desnacionalización de las empresas comerciales e industriales, lucha que España tiene la fortuna de haber evitado, mientras se presenta tan trágica en otras naciones.

Conviene afirmar, a este respecto, que una codificación de la sociedad anónima en España no solamente es una obra de reconocimiento y de modernismo jurídico, sino de modo esencial una obra de reconstrucción del Derecho comercial.

Aquella sociedad anónima que en los Códigos y en los mismos tratados doctrinales de hace ahora un siglo, formaba apenas una parte del Derecho comercial, ha invadido en todos los países, no menos que en España, el campo de este Derecho, alejando, cuando no expulsando decididamente, partes capitales, como el Derecho cambiario y el Derecho del seguro.

La empresa ha encontrado en la sociedad anónima la milagrosa forma que ha proporcionado grandes acontecimientos y conquistas de la civilización humana en los dos últimos siglos. Conquistas que deben ahora multiplicarse, pero que deben igualmente ser acompañadas de una mayor perfección de la justicia en la empresa y en la anónima.

Si todo el problema de la justicia social se fija hoy en el reconocimiento y en la armonía jurídica de este factor, resulta evidente que no puede existir un Derecho comercial verdadero y moderno si en él no existe una regulación verdadera y moderna de la sociedad por acciones ⁸.

No es solamente el orden de la arquitectura, que alza en el Derecho comercial las altas columnas de la sociedad de capitales, sino que es la misma naturaleza de la empresa social anónima la que reclama una codificación. Es, en efecto, la empresa social el fenómeno profundamente característico de la sociedad.

Es más: dice, si bien no con exactitud, un famoso jurista francés, que los alemanes han descubierto verdaderamente la empresa con ocasión de la ley, amplia y compleja como un Código entero, sobre la sociedad por acciones ⁹.

Los alemanes, como todos los que han estudiado incesante-

8. La reforma proyectada en 1926 se encuadraba, en cambio, en la amplia reforma del Código de Comercio, reforma que no llegó a buen puerto por razones que no es aquí la ocasión de examinar.

9. RIPERT, en sus *Aspectos Jurídicos del Capitalismo*, París, 1947. Exacto, en cambio, en lo que a este respecto se refiere, el pensamiento de don Antonio GARRIGUES, en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1948, sobre la necesidad de ordenar jurídicamente la empresa.

mente los hechos y las teorías de la empresa, han puesto en evidencia cuán grande y autónoma es la vida de la empresa en la sociedad de capitales.

Todos los comercialistas han hecho avanzar el Derecho de la empresa, así como el Derecho de la economía, en la sociedad de capitales, hasta el punto de que ya no es la empresa la que vive para la sociedad de capitales, sino realmente la sociedad de capitales la que vive para la empresa.

El Proyecto español ha recogido en lo vivo esta verdad, y la graba en las formas y en la armonía de un sistema que quiere estar impregnado por entero del sentimiento de justicia de la estirpe, aquel sentimiento de justicia que aletea en las páginas de oro del *Don Quijote*.

La vejez de un Código, como ocurre con el español, se presenta ordinariamente, y así ha sucedido en el Derecho italiano en el cambio al Código de 1942, como una razón seria para su renovación. En Italia, desde 1922 a 1940, no hemos sentido, en verdad, una razón tan perentoria como esta para la caída del viejo y nacimiento del nuevo.

Es la relación de viejo a nuevo del Código lo que de este modo se expresa o se realiza. No puede producirse en manera alguna lo inverso, es decir, de la edad avanzada o avanzadísima de un Código no puede derivarse la razón de su vitalidad.

Ello equivaldría a decir que un Código de comercio tiene una juventud eterna. Puede ser que esto acontezca para el Código civil de Napoleón, y de hecho Planiol en el año de su centenario se oponía a las tentativas de rejuvenecimiento en nombre, precisamente, de su juventud.

Pero esto no ocurre en un Código de comercio que envejece, ¡ay de mí!, ante nuestros ojos desde el día mismo del nacimiento. Nosotros, los italianos, deberíamos recordar que el Código de 1882 cae definitivamente en 1942; pero ya desde 1883 atentas comisiones operaban el rejuvenecimiento del Código recién nacido, de modo particular en lo relativo a las sociedades, porque en este aspecto es la superación más rápida.

En el presente no nos compete a nosotros, en verdad, decir que el Código español está envejecido hasta el punto de hacer indispensable su sustitución. Pero recordamos que esto se dijo hace poco más de veinte años, o sea en 1926, cuando se presentó el Proyecto de una nueva ordenación de la sociedad por acciones, del cual hemos tenido el texto ante los ojos, integrado por reglas numerosas, aunque menos numerosas, como por otra parte menos felices, a nuestro parecer, que las actuales¹⁰.

Sabemos, además, que el Proyecto de 1926 se fué a pique con la caída misma del Proyecto más amplio del Código de comercio;

10. Cfr., por ejemplo, la relación en *Zeitschrift f. Ausländisches u. Internationales Privatrecht*, de RABEL, 1927, 172.

pero sabemos también que el Proyecto español figuró honrosamente en aquella época como una aportación a la nueva disciplina europea de la sociedad de capitales.

A través de estos veinte años el Derecho español, en verdad, ha vivido también para la sociedad de capitales sin dar señal de una mortal fatiga, y ello puede ser debido a la adaptación práctica de una codificación defectuosa, y en no menor grado a las circunstancias de excepción en las cuales España, como el resto de Europa, ha venido a encontrarse.

Señalemos que guerra civil y guerra mundial no son apropiadas para acentuar la vocación a la codificación, y también respecto a esto, si se aporta el ejemplo italiano de 1942, se sabe que el Código fué publicado en blanco, ya que la publicación en la *Gaceta Oficial* se hizo en enero de 1941, cuando el Código no estaba todavía redactado, y la publicación del contenido fué realizada con cinco meses de retraso, lo cual, además de ser un descaro de aquel Régimen, fué extremadamente dañoso para los textos legislativos.

La insuficiencia de la ordenación del Código español sobre la sociedad anónima viene dada esencialmente por el tipo esquemático de esta regulación, más que por su esquelética estructura. No es realmente necesario contraponer a las 23 reglas generales sobre la sociedad anónima (arts. 151, 174) las 19 reglas generales sobre la sociedad en nombre colectivo, pero sí lo es, por el contrario, considerar el contenido de las 23 reglas sobre la anónima.

Aparte de una introducción breve, en la actualidad francamente insignificante, sobre la noción de la sociedad, el ordenamiento (arts. 160, 169) se implanta por entero sobre las acciones, con una pequeña prolongación sobre los derechos y sobre las obligaciones de los socios (arts. 170, 174), y tanto lo uno como lo otro es, en relación con el Derecho moderno, casi rudimentario. Si se nos dice que, a pesar de todo ello, un sistema proporcionado de la sociedad anónima se ha venido constituyendo en España por la práctica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina comercialista elevada, reconoceremos gustosamente que el mérito principal pertenece a esta doctrina elevada, pero debemos decir de maneraincesante que es precisamente esta doctrina la que pide y, aún más, ofrece, los textos de una codificación feliz. Es esto señal de que la doctrina y la práctica comercialista, no obstante haber dado lo mejor de sí misma a la sistemática de la sociedad anónima, siente llegado el momento de fijar sólidamente el sistema en la nueva armazón de un Código ¹¹.

El proyecto español es fruto del trabajo colectivo y unido de un grupo de juristas de la cátedra, de la jurisprudencia y de la

11. No es necesario señalar cómo en otros Derechos análogo fenómeno sea la demostración de la madurez de una doctrina. Cfr., por ejemplo, KLAUSING, *Reform d. Aktienrechts*, y el estudio de SCHLEGELBERGER sobre el nuevo Derecho alemán de 1937 para la sociedad por acciones.

práctica. El grupo representa una élite, y entre sus hombres es justo para nosotros recordar a D. Jerónimo González, un hombre que al sentimiento de la justicia unió una claridad de visión inolvidable.

No es necesario, sin embargo, penetrar en la personalidad, bien conocida para nosotros no menos que para los españoles, de los juristas que han preparado el texto y lo han presentado con sobresalientes páginas. El dato más interesante es que el Proyecto esté redactado con la concordia de todos sus artífices, y que se presente como una obra unida y no fragmentaria.

Es esto, verdaderamente, el punto capital en el moderno arte de la codificación; arte tan duro y arduo que a algún espíritu fino solicitó una enseñanza a propósito, es decir, una especie de fábrica de cerebros.

Los legisladores son aquellos que lo son por naturaleza, según la época y según su patria. La unidad de su espíritu es una buena garantía, cuando pensamos que ha habido, en la historia reciente de las legislaciones sobre la sociedad de capitales, proyectos aprobados colectivamente por la Comisión y contra los cuales se rebeló, con sus propios comentarios, cada uno de los miembros de la misma Comisión ¹².

Recabamos de la misma historia de la Codificación otro dato que vale ciertamente para la reforma española. No conocemos un texto moderno de ley, sobre todo para las reformas más significativas, como la suiza o la italiana, que no sea la elaboración de los juristas de la cátedra, de la jurisprudencia y de la práctica.

Es también esta una cuestión de arte legislativo que tiene su importancia. Pero se convierte en cuestión abstracta y escolástica cuando la obra está confiada a buenos artífices. Augusto Egger, al informar sobre la reforma suiza; Federico Klausning, al dar cuenta de la reforma alemana; Alfredo Rocco, a propósito de la italiana, eran conscientes de que la reforma estaba justamente confiada a juristas de élite.

Cierto es que los juristas de la sociedad de capitales son, por definición misma, los juristas de la Economía, y este tipo avanza siempre más y más en el camino de los deberes del jurista. Sin dejar a un lado a los hombres de la práctica, que traen a la codificación sus desecs y su experiencia viva, es cierto que, sin embargo, el arte legislativo es cuestión de los juristas.

Y, entendámonos, no tanto y no solamente porque este arte constituye su misión, sino sobre todo porque en este campo, demasiado dominado por el dinero y por la política, es el jurista genuino el que puede encontrar la justicia para todos en la seguridad de su ciencia y de la propia conciencia.

No es verdaderamente necesario, a propósito de una reforma

12. El episodio ocurrió en la reforma alemana de la sociedad por acciones, anterior a 1933, y puede encontrarse confirmación en un estudio de NUSSBAUM, que fue precisamente uno de los celadores de la reforma y al mismo tiempo crítico pesimista.

sobre la sociedad de capitales, evocar la sombra de los grandes juristas de la codificación francesa, grandes juristas que, sin embargo, parecían tan poco notables a Federico von Savigny.

Su grandeza se midió en relación a la época y con la duración del Código napoleónico. La capacidad y la vocación de los juristas del presente respecto al Derecho de la sociedad de capitales, viene medida por el nivel de su ciencia jurídica, y pensamos en este momento en Egger, en Klausning, en Rocco.

Cuando, frente a un Derecho esquemático y puramente descriptivo, se proyecta un completo ordenamiento de la sociedad anónima, es evidente que éste tiene que dirigirse al complejo de las instituciones en las que se desenvuelve su vida.

Es evidente que la fundación, el derecho patrimonial, las fluctuaciones del capital, la organización y la disolución de la sociedad anónima, deben encuadrarse en la ley y en el Código.

Basta la laguna o la inseguridad del texto en relación con uno u otro punto, para vaciar de contenido y de eficacia a la ley entera. No hay término medio, y el principio del orden superior que preside a la sociedad debe reanimarse en los grupos orgánicos de disposiciones y de normas.

Esta lagunosidad es, verdaderamente, uno de los no menos graves defectos que presenta el vigente Código de comercio. Puesta en tales términos la cuestión del contenido legislativo, se presenta, inmediatamente, la de su naturaleza imperativa.

En el Proyecto no se inserta taxativamente una norma acerca de la inderogabilidad o imperatividad de la ley entera, y solamente, en su caso, algunos principios, como, por ejemplo, en lo relativo al capital, a la asamblea, a las acciones y otros, llevan en su misma enunciación el signo de su inderogabilidad.

Pero el principio de la inderogabilidad del sistema está inmanente en la ordenación legal de la sociedad anónima. Con relación a normas expresas de esta naturaleza, la crítica ha observado, por ejemplo acerca de la ley yugoslava¹³, que no son necesarias, sino más bien peligrosas, porque no es imposible indagar, en la misma declaración de imperatividad, modos o grados de mayor o menor densidad.

Se ha dicho con motivo de esto que del fin de las normas y de las singulares instituciones se deriva adecuadamente el principio de una imperatividad superior o, en su caso, relativa. Al fijarnos atentamente, observamos que es el principio de la Justicia, entendido en su sentido más amplio, lo que viene a regir el sistema.

Y, al mismo tiempo, es aquel mismo principio que necesita de la libertad, libertad de iniciativa, de manifestación y de progreso económico que se encuentra cotidianamente en el Derecho de la Economía. Una ley inderogable, cueste lo que cueste, sofocaría la

13. Cfr. HACHENBURG, *Spomenica Maurovitka*, cit., y también HALLSTEIN, en *Zeitschrift f. Aus. u. Intern. Privatrecht.*, 1934.

vida económica. En consecuencia, el orden, aunque no legal tampoco ilegal, que encarna más y más el progreso de la anónima, es saludable y respetable.

Por razón del contenido son, en realidad, las reg'as generales de la anónima las que reclaman, antes que toda otra, la idea de la ley imperativa.

Se encuentra en esta idea la del mínimo, o mínimo denominador de la sociedad, tanto para el capital como para las personas que constituyen y, sobre todo, forman la anónima. El mínimo exigido por el Proyecto para la capital es de cinco millones de pesetas, y asegura la seriedad y la consistencia de la anónima en el país y en la Economía internacional.

Precisamente por ser un complejo económico tan respetable, es por lo que una ley superior resulta indispensable. Se recuerdan como los tábanos, aquellas sociedades anónimas que hasta la implantación de un decidido ordenamiento han infectado la economía de tantas naciones, aquellas anónimas que en Suiza se llaman en miniatura y en Italia de bolsillo.

Aun hoy existen en países de escasa población, como Suecia, decenas de millares de anónimas, e Italia contaba, antes del mínimo, hoy irrisorio, de un millón de liras, con docenas de millares. Otro problema, que no interesa de momento, es el de saber cuál será el fin de las anónimas de bolsillo o familiares, que han acabado en Italia en las mallas de la Ley, más bien misericordiosa, sobre la sociedad de responsabilidad limitada.

Un mínimo para nosotros deseable, como encontramos en el Proyecto, de tres socios fundadores (art. 11), no tiene necesidad de justificación teórica, pues ello constituye una base personal que también la anónima, dado su tono corporativo, debe tener. No es la ocasión de fijarse aquí en el fenómeno tan difundido, y no sin causar preocupaciones, de la sociedad en una sola mano, fenómeno que el legislador italiano ha reconocido, reconociendo al mismo tiempo la ilimitada responsabilidad del único o mayor accionista.

Es cierto, sin embargo, que un minimum numérico puede influir decididamente, en particular para el hecho y el acto de la fundación, aunque en tiempo ulterior se consienta una personificación exclusiva de la sociedad. Entre las normas generales son de considerar en el Proyecto, por su claridad y eficacia, las que se refieren al nombre de la sociedad: éste permanece para el principio moralizador de la anónima, por otra parte recogido en el Código de comercio, principio que falta, por el contrario, en legislaciones que han seguido también un progreso técnico, como la italiana. Cualquiera denominación es para ésta buena, sin consideración o respeto para el objeto de la empresa: tanto, que hemos oído titular anónimas, como Sociedades para la Explotación del Petróleo, en tierras en que, como Cercéna, el petróleo se encuentra exclusivamente en las lámparas del ochocientos.

Los estatutos de la sociedad no están regulados ex profeso en el Proyecto, sino en cuanto se presentan modificaciones y transformaciones. No es una prerrogativa, hay que añadir, del Proyecto español, y como se sabe, esto es común también a las recientes legislaciones.

Ello no obsta, sin embargo, para que una depuración legislativa del estatuto sea benéfica. Se ha hecho observar, como muestra, que de la claridad y precisión de los estatutos, por ejemplo para la calidad y capacidad de la empresa, depende la seguridad de la gestión y del público.

Las cuestiones de representación, de facultad y de disposición, surgen precisamente sobre este punto. Respecto a la sociedad de responsabilidad limitada en Italia, por ejemplo, es frecuente ver que se declaran empresas comerciales «en general» con cuanta seguridad del tráfico es dado imaginar.

En el contenido de los Estatutos se llama la atención sobre la firma de la sociedad y sobre su sede. El Proyecto (art. 12) habla, por ejemplo, de domicilio de la sociedad, mientras el nombre y la idea de la sede son los que en mayor grado interesan, y tal vez se dé aquí la ocasión conveniente para regular cuestiones de primer plano, como la de la doble sede, de la sede real o simplemente voluntaria. Una movilidad de la sede, cuando la voluntad responde a la realidad, es, a nuestro juicio, benéfica para la vitalidad de la sociedad.

No es por una casualidad por lo que los redactores señalan la disciplina de la fundación de la anónima como encaminada a lograr inmune de peligros el acto primero y principal de la sociedad.

No es necesario subrayar, como ocurre en todos los sistemas, que las reglas son buenas en tanto que los hombres y los ambientes económicos son sanos. Asimismo, el reverso de esta medalla es que hombres corrompidos y ambientes insanos se precipitan en el abismo en virtud de no buenas reglas.

Es cosa tradicional, desde los tiempos de Dickens y de Balzac, la fundación de sociedades sin capital, con capitales camuflados, simulados y cosas por el estilo: pero no puede negarse que las buenas normas emitidas, una tras otra, durante el siglo han elevado a la anónima sobre otros planos, y hacen bien en distinguir aquello que es libertad en la fundación, de aquello que es delito y delito penal.

Una regla feliz (art. 7) es la de la nulidad de los pactos de la fundación y de los pactos sociales de los fundadores cuando permanezcan reservados.

Es esta una forma moralizadora. En regular el doble sistema de fundación, el Proyecto es fiel a la tradición de la anónima que se ha dirigido para reunir y reanimar sus capitales a la masa del ahorro.

Cuanto, a este propósito, se refiere al programa de fundación (art. 18), tiene valor no solamente para la información, sino

también para la obligación de los accionistas, que tendrán menos reservas o excepciones para sus compromisos cuanto más claras y resplandecientes sean las cosas. El boletín de suscripción (art. 20) y la inmodificabilidad natural del compromiso sueldan esta delicada fase de constitución.

Aparece clara la intención del Proyecto de no considerar al accionista suscriptor como un simple autómatas aportador de capital, sino de interesarlo en la vida de la anónima desde el principio.

La asamblea constituyente, en efecto, puede libremente modificar o sustituir el programa lanzado, pero con la condición de la unanimidad, rechazándose así, para la fundación de tracto sucesivo, el principio de la mayoría. Es suficiente que un accionista se rebele ante las modificaciones para que se conserve el programa inicial.

Pocas instituciones de la anónima están atormentadas al par de balance y de la rendición de cuentas de los administradores, y por esta razón necesitan de una paz jurídica que todos los Derechos se esfuerzan en conseguir. Agudamente se habla para el balance de reglas optimistas y de reglas pesimistas, pero no se trata por ello de posiciones *a priori*, porque se recaería en la usual manera de pensar según la libertad o contra ella.

Los principios generales del balance son, en cambio, la cosa más simple que se pueda imaginar, y sobre todo están encaminados a conseguir aquella verdad y aquella lluvia de luz que se ha requerido por nuestra parte en la polémica italiana. Resulta claro que no pueda haber una ordenación seria de la anónima si los principios ideales del balance no descienden a la tierra desde las nubes.

Dejar absoluta libertad a la sociedad, indicando solamente los principios, es, además, no adecuarla en el camino de la verdad. Por esto las últimas legislaciones estudian un mecanismo jurídico del balance, tal que pueda garantizar con sus articulaciones los supremos intereses y, sobre todo, una influencia sobre los administradores y sobre los accionistas.

Esas legislaciones no se contentan con prescribir el balance en cada ejercicio, con sus reglas de apertura de cuentas y de cálculo, sino que someten a los administradores a periódicos exámenes de conciencia con la imposición de la Memoria, que no es solamente histórica, sino también autocrítica.

El Proyecto acoge la regla de la Memoria, que ha aparecido en otras reformas, por ejemplo, la suiza, como una innovación profunda (art. 104). Constituye parte de los principios generales y, por ello, del ideal del ordenamiento, la regla enderezada a proyectar claridad y exactitud, o sea, siempre más luz, en la contabilidad (art. 104). No puede tratarse, sin embargo, el derecho patrimonial de la anónima, que compromete concéntricas olas de intereses, como el del empresario.

Se hacen aquí indispensables reglas especiales del Derecho

de la sociedad por acciones, y es claro que el Proyecto, al dictarlas, a la vez que se inspira en limpias convicciones jurídicas, crea reglas no excesivas y fáciles de seguir.

El régimen que el Proyecto adopta no es, ciertamente, un régimen de policía, como ha sido llamado por EGGER el alemán, sino más bien un régimen de razonada libertad y examen. La determinación del contenido del balance (art. 105) es regla ahora universal, y que aparece en primer término en los estatutos, porque el relieve económico de la sociedad no consiente un sistema *bric a brac*.

De hecho, una regla muy seguida es aquella, que figura en el Proyecto, de articular de manera singular los asientos del activo y del pasivo (arts. 105, 107). También los gastos deben agruparse en extraordinarios y ordinarios (art. 107), por igual razón.

Las directrices de la valoración son indispensables para el Derecho de la Sociedad por acciones, y el Proyecto se mantiene lejos de la rigurosidad, y se coloca en el punto medio para los valores de Bolsa (art. 106), por ejemplo.

Señalemos que el Proyecto no se ocupa de las llamadas reservas tácitas, que en los Derechos y en las literaturas de algunos países han determinado discusiones y encendidas polémicas. Estas reservas están reconocidas por legislaciones recientes, así la suiza (art. 663 CO.).

Las reservas tácitas están consideradas por esta legislación en la doble finalidad de reserva de beneficios a distribuir en el futuro, y de reserva para el reforzamiento de la sociedad.

Es claro que, a uno o al otro fin, o a ambos conjuntamente, siguen orientaciones y consecuencias determinadas, tanto más cuando los dos fines se mezclan. Puede ser que la falta de polémicas no haga necesaria en el Derecho español una regla sobre estas reservas, que parece deseable, sino precisamente indispensable.

Necesaria, por el contrario, la disciplina de las reservas forzadas, ha encontrado en el Proyecto una buena regulación (art. 108) enderezada a duplicar por este procedimiento la quinta parte del capital social. La finalidad de estas reservas es una y unívoca, y no entra en juego aquí el interés personal de los accionistas, sino exclusivamente el de la empresa y los acreedores.

Mientras otros Derechos no consienten dividendos si no están cubiertas las reservas, que son preferentes, el Proyecto impone las reservas después de la satisfacción de las expectativas de los accionistas, es decir, sobre el cómputo del dividendo. El Proyecto no sujeta a reserva la distribución de los dividendos más allá del 4 por 100, y sigue el camino de la libertad.

Puede ser que una determinación ulterior del fin y de la disciplina de la reserva sea eficaz, pero no nos corresponde a nosotros juzgarlo.

A nuestro juicio, es evidente que las reglas adoptadas en el

Proyecto se muestran en este aspecto, como en otros puntos capitales, aptas para armonizar los diversos intereses en nombre de la libertad.

Este principio no se ha sacrificado jamás en el Proyecto y no se tendría buen éxito para comprender una crítica hecha en nombre de la libertad, si ésta no se confunde con el arbitrio del capitalismo que impera en la anónima.

Una muestra de esto es, según una economía democrática, la destinación de reservas a fundaciones para los obreros y trabajadores, que surgen espontáneamente en algunos países. Sólo entonces el *iter* al dividendo está cumplido, y después de haberse cerciorado de su existencia real y de haberse salvaguardado los intereses primarios de la empresa, a la cual se endereza por entero el cuidado de los artifices del Proyecto, los socios pueden disfrutar de su derecho.

Sin hacer presiones sobre el derecho del socio, que es, en resumidas cuentas, la razón de ser de la sociedad, el Proyecto regula su ejercicio, por ejemplo, para el derecho de información, el examen del balance y de sus presupuestos, que no se deja sin límites en manos de cada socio en particular, sino que se funde con el de la minoría, a la cual se conceden, asimismo, derechos para el nombramiento de los censores ordinarios del balance, de sus saldos, de la Memoria de los administradores.

No se ha adoptado, por otra parte, el sistema de la publicidad necesaria para el balance, que a nuestro juicio es más que nunca aconsejable en interés de la economía de una nación.

Una revisión de los balances por obra de censores de oficio, o de Derecho público, ha llegado a ser usual en países de espíritu totalitario, como ha sido Alemania, o socialistas, como es Suecia. Se funda en la necesidad, en aras del interés superior del pueblo, de seguir la marcha dinámica de las empresas más poderosas. La democrática Suiza ha adoptado, asimismo, el sistema que nosotros encontramos bosquejado en el Proyecto.

La inalterabilidad del capital de la sociedad constituye uno de los ideales, como los otros, difícil de alcanzar, del Derecho de la sociedad por acciones. La norma jurídica de la inalterabilidad en el sistema, es sólo la que puede dictarse y circundarse, como lo hace el Proyecto, de relevantes garantías.

El Proyecto, abandonando el sistema anodino del Código, que tiene que ser considerado en su *nonchalance*, determina exactamente, a la par de los diversos procedimientos del aumento (art. 89) sus diversos fines. La doctrina y el Tribunal Supremo han determinado exactamente cómo el aumento de capital puede ser índice del tiempo de las vacas gordas o de las vacas flacas. El aumento puede ser simplemente una rectificación contable, derivada de la transformación de las reservas o del real plusvalor del patrimonio, y será entonces una medida optimista que no origina dificultad y

que se sujeta solamente a los requisitos dictados en general, para la modificación de los estatutos en lo relativo al capital (arts. 85, 88).

El aumento del capital presenta, por el contrario, una regulación amplia y delicada cuando surge de nuevos incrementos al fondo social, cuando la necesidad de estas nuevas aportaciones se hace sentir, para formar nuevas fuerzas para la expansión de la empresa, o bien, como ocurre con frecuencia, para sanear de nuevo la empresa en crisis.

La práctica de todos los países ha sugerido hace tiempo formas adecuadas, correspondientes a estas singulares necesidades y exigencias. De hecho, una cosa es la necesidad de «metálico» de una sociedad en ascensión y otra la de una sociedad que siente, por el contrario, temblar la tierra bajo sus pies.

Y he aquí que la situación está purificada (art. 90) con la liberación del capital originario y con la emisión de nuevas acciones, para las cuales el Proyecto estatuye oportunamente los requisitos, reservados en un cuadro determinado a la liberación de aumento (art. 91), con reservas para las aportaciones no dinerarias, según el modelo de la fundación, y con la natural forma pública para la emisión abierta a todos. Se reconoce en este supuesto, racionalmente, a los primeros accionistas, un derecho de opción, de acuerdo con las principales legislaciones (art. 93). Sin embargo, el reconocimiento de este derecho puede, en determinadas ocasiones, ser nocivo a la sociedad, a la cual interesa tratar con igualdad a los accionistas antiguos y nuevos, y en este caso los primeros accionistas no tendrán para la adquisición ni preferencia ni derecho a la concesión de la opción. Para que esto ocurra es, sin embargo, necesario un precepto del estatuto, si el derecho de opción estaba reconocido. Si el estatuto se refería simplemente a la ley, basta para eliminar la opción el acuerdo de la junta general para la emisión de las nuevas acciones (art. 93).

Pero precisamente en el caso en el que el derecho de opción no estimula a los primeros accionistas, surge, casi siempre, la necesidad de atraer nuevas fuerzas con la creación de acciones privilegiadas, que también pueden darse en opción.

Es natural que las mismas acciones ordinarias puedan transformarse, por la deliberación de emisión, en privilegiadas, y acompañarse en esta transformación con la emisión de acciones ordinarias. El Proyecto (art. 94) deja amplia libertad a la sociedad para los diversos procedimientos, que sirven a fines y a situaciones económicas diferenciadas.

Es laudable la forma feliz con que las diversas hipótesis están redactadas en el Proyecto, que se presenta flexible. Para la transformación de las reservas y para la concesión de nuevas acciones —las llamadas acciones gratuitas— a los socios, se adoptan disposiciones (art. 95) encaminadas a esclarecer la situación.

Sabemos que la concesión de las acciones gratuitas ha dado lugar, por ejemplo, en Italia y en otros países, a serias discusio-

nes, pero éstas sobrevienen más frecuentemente con el Fisco que en el ámbito interno de la sociedad, en el que el aumento se manifiesta más bien pacífico, a pesar de que alimenta en ocasiones discusiones y formas de manifestaciones que se apoyan sobre los derechos reservados por las nuevas acciones a los socios.

Ocurre que puede, hasta cierto punto, asimilarse la acción gratuita a la acción o bono de goce, que el Proyecto, naturalmente, separa. La práctica puede, por el contrario, asociar las dos formas, sin que a causa de esto se confundan; por ejemplo, puede acercarlas si ha privado del derecho de voto a la acción, derecho de voto que en las acciones gratuitas puede faltar también, como debe faltar por regla general en los bonos de goce.

No se ha dicho, sin embargo, que deba faltar a toda costa en las acciones de goce por reembolso de la cuota respectiva.

Es esta una convicción nuestra, no nueva ciertamente puesto que la hemos hecho valer en nuestra disertación doctoral. Saludamos con placer la novedad que el Proyecto acoge para la autorización del aumento de capital (arts. 97, 85, 92, 93). En el mundo de los mercantilistas y sobre todo en el mundo comercial, esta práctica procedente de países de Derecho anglosajón, y por ello libre en la concepción y en la forma, ha tenido gran acogida.

Se encuentra generalizada en los países de Europa, desde Alemania a Italia. Se encuentra generalizada porque es una buena práctica, y su acogida en España demuestra la sensibilidad de los artífices del Proyecto hacia las exigencias de la vida económica que atiende a liberar a la sociedad anónima de la reverencia a ciertos prejuicios, como el de la necesidad irreductible de la asamblea de los socios, que llegan a ser perjudiciales.

En donde la necesidad de una regulación en el Código se presenta en toda su amplitud es en lo relativo a la organización de la sociedad. Está demostrado, más que por todas las disertaciones por la evolución y por las mutaciones que se han verificado a propósito de la asamblea en los últimos dos decenios, particularmente a causa de las ideologías políticas que han tenido vigencia en algunos países, como Italia y Alemania, que no se puede dejar este esencial acontecimiento interno de la corporación entregado a la voluntad mutable e interesada de las sociedades y de los estatutos.

Podemos recordar que el período anterior, que puede llamarse el democrático parlamentario, había embebido de tal modo la concepción del Derecho de la sociedad anónima hasta hacer denominar a la asamblea el Parlamento de la anónima. Parlamento en el cual se habían desleído manifestaciones de su hermano mayor constitucional, como, por ejemplo, el obstruccionismo, que estuvo en boga en Italia inmediatamente después del obstruccionismo parlamentario de principios de siglo.

Tanto es así, que nosotros, en la disertación recordada, hemos

defendido—no obstante no haber sido nunca conformistas en nuestro pensamiento—la democracia de la sociedad anónima. Era el tiempo de las afirmaciones sociales, tan literarias como inocuas, tiempo en el cual escritores político-sociales como el actual Presidente del Consejo austríaco, se refugiaban bajo un pseudónimo para proponer superficiales innovaciones del Derecho¹⁴.

En el turbio periodo que siguió a la primera guerra mundial, cuando, por ejemplo, en Italia, una Comisión de reconstrucción de 500 personas estaba encargada de crear una nueva Sociedad nacional, el Derecho de la asamblea de la sociedad anónima comenzaba a fermentar por obra de nuestros comercialistas Vivante y Sraffa y de sus proyectos del nuevo Código.

Se veía entonces un imperativo que se afirmaba en el Proyecto español, tanto más racional cuanto que se funda sobre la experiencia de esta mitad de siglo. Visto que en la realidad son los administradores los que toman el mando y la responsabilidad de la sociedad, y la masa de los accionistas es una simple masa de *rentiers*, la necesidad de fortificarles en Derecho su posición se manifestaba y encontraba satisfacción.

Aparecía en este tiempo la figura del jefe de la empresa, o dicho en alemán *Führer*, figura que no ha desaparecido aún, por desaparecer lo que haya habido de Jefe o de *Führer*.

Diremos, al contrario, que la misma progresión del Derecho del trabajo y de sus concepciones de ejercicio acredita cada vez más la figura del jefe de la sociedad anónima, añadiéndole poder y responsabilidad. El Proyecto español, que se mueve en esta dirección, se inspira coherentemente no sólo en concepciones populares de la Patria, sino en la concepción jurídica y económica dominante en el mundo.

La soberanía de la asamblea (art. 49) se manifiesta en la regulación y en la competencia de la asamblea de accionistas.

La nomenclatura y las cautelas y salvaguardias para los diversos objetos y tareas de la asamblea (arts. 50, 51, 52, 53, 54, 55) responden plenamente a lo que constituye, de una parte, las exigencias sustanciales de la organización y, de otra, los intereses del público, y no solamente de los accionistas.

La regla sobre la asamblea universal, o como se decía en Italia, por simpatía con el Régimen, totalitaria (art. 56), es la de considerarla investida de absoluto poder de decisión, sin necesidad de formas y cautelas de convocatorias, con la condición suprema de la unanimidad de los participantes y de la representación de la totalidad del capital social.

La cuestión está resuelta en el sentido de la validez de la decisión, y es evidente que estas asambleas prestan fundamentales

14. Se trata del canciller RENNER, que después volvió a publicar el libro bajo su nombre, *Die Rechts Institute des Privatrechts und ihre Soziale Funktion*. Tübingen, 1929.

servicios a las sociedades personificadas en uno o pocos accionistas, que representan gran parte de la masa de acciones.

Con igual sentido de oportunidad, el Proyecto (arts. 57, 58 y 59) ha dado sistema a instituciones que existen universalmente en la práctica, originando incertidumbre y discusiones, como la de la convocatoria extraordinaria y la convocatoria judicial.

Los derechos y deberes de los administradores y los derechos de la minoría a la convocatoria, están disciplinados (art. 57), y el que recuerda las disputas de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la sociedad por acciones no puede sino congratularse.

La intervención judicial está prevista en el caso de que no tenga éxito la petición a los administradores (art. 58). Particular consideración reclama la legitimación, o derecho de participación en la asamblea, o derecho de voto de los accionistas (art. 60).

La disposición coincide con la que se refiere al derecho del accionista al voto y entrambas hay que considerarlas conjuntamente. El derecho de voto es inexpugnable e irrenunciable (art. 40). Constituye una pieza de la participación en el capital social, y dicho se pierde, normalmente, cuando el socio no tiene ya responsabilidad por el capital (art. 40). No se admite el derecho de voto plural, y se abandona abiertamente (art. 39) en virtud de la regla que salva el principio de la proporcionalidad entre el capital de las acciones y el derecho de voto.

A nuestro juicio es esta una de las virtudes esenciales del Proyecto, el cual liga fuertemente al socio a su derecho y a la vida de la sociedad. Experiencias turbulentas de tantos otros países de Europa, Proyectos cambiantes con cada caer de las hojas, han demostrado a los artifices del Proyecto que sin el derecho de voto por el capital no existe accionista.

El reconocimiento de acciones privilegiadas (arts. 38, 39) no puede romper este diamantino principio. Adaptaciones como las que se verificaron en otros sistemas, donde se quiere conciliar este principio con la reclamación de nuevas acciones y con la concesión a éstas de un supervoto son, en realidad, compromisos repudiados rápidamente por los mismos que los han propugnado.

Verdad es que el remedio heroico del voto plural surgió como defensa patria contra el enfeudamiento del capital, y, sobre todo, del capital extranjero, precipitado como el cuervo o el buitre sobre los despojos de una economía en destrucción. Otros remedios pueden servir la causa de la Patria, por ejemplo, el de la pertenencia a la misma de los administradores o directores de la sociedad anónima. Sin embargo, es tan despreciable que tiene que ser repelido por un país celoso de su propia libertad.

El voto se atribuye en el usufructo de acciones al nudo propietario (art. 42). Corresponde igualmente al deudor pignoraticio (art. 43). En la asamblea el derecho de voto corresponde no solamente a los titulares de las acciones, según esta regla, sino tam

bién a los administradores no accionistas y a los directores o técnicos de la empresa (art. 60).

Aquí se trata de participación «con voz y sin voto» *, que adquiere gran valor por la posibilidad de participación, según este modelo, de otras personas interesadas en la buena dirección de la empresa.

Estas personas o grupos pueden ser los financiadores, pero pueden ser, por derecho propio, los hombres de la empresa. El régimen de deliberación social encuentra en España, como lo ha encontrado en las recientes reformas de la sociedad, una cláusula general, excelente a nuestro juicio, que reconoce la impugnación de la deliberación a causa de «contradicción a la Ley, orden público, buenas costumbres, oposición a los Estatutos, vulneración de las bases esenciales de la sociedad, lesión de los derechos de los accionistas, o lesión, con beneficio del accionista, de los intereses sociales».

Y no sólo esto, sino que, además, se reconoce la acción de impugnación cuando está infectada la deliberación por un voto emitido con motivo de un interés, propio o ajeno, «en pugna con el interés social».

Por lo que se refiere a la regulación procesal de la impugnación no entramos, naturalmente, en las particularidades de la acción, de la sentencia, de sus efectos, por tratarse de materia que, como el Derecho procesal, tiene tantos ligámenes con las características nacionales del Derecho.

Podemos solamente aplaudir la celeridad con que la acción ha de ser actuada, y las cautelas adoptadas para que las acciones de impugnación no sean «entradas para la corrida» * y comprometan a fondo la responsabilidad del accionista que se hace actor.

El núcleo de los problemas de organización de la sociedad está en la disciplina de la administración y de sus elementos personales. El poder, en la anónima, tiene las mismas tentaciones del poder político, y aun además el pingüe beneficio económico.

Por otra parte, los administradores poseen toda la iniciativa y la responsabilidad, ante todo una responsabilidad moral, que puede fácilmente traducirse en responsabilidad jurídica y patrimonial. La garantía de la responsabilidad de los administradores, que en otros Derechos es simplemente de conjunto, es exactamente concreta (art. 72) para el Proyecto, y puede también, según el tipo y la voluntad de la sociedad, no ser necesaria.

Se regula como temporal desde el nombramiento en el acto constitutivo, el cargo de los administradores. Normalmente el cargo durará cinco años, como máximo, y la renovación se hará parcialmente (art. 74), manera experimentada de facilitar los cambios, o por lo menos las renovaciones en el cargo.

Donde es mayor el interés económico de los administradores,

* En español en el original!

y donde más pueden penar por la atribución de los beneficios, se reconocen, según la práctica y todos los Derechos, las «tantiemas», con la condición de la previa cobertura de todo tipo de reserva abierta, forzosa o estatutaria, y de la previa atribución a los accionistas, de un dividendo del 4 por 100, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido.

Naturalmente, los administradores son libremente revocables por decisión de la asamblea de accionistas (art. 76), pero una revocación carente de causa justa vincula a la sociedad al resarcimiento del daño, daño que, a nuestro parecer, debe ser demostrado de manera concreta, por el perjuicio provocado en la profesión o en la actividad económica del administrador.

En otros términos, no pensamos que la simple revocación lleve la obligación de indemnización si no se ha producido un daño concreto y si no ha sido hecha por puro capricho.

Consiente el Proyecto (art. 78) que la administración de la sociedad pueda confiarse a un solo consejero delegado, no siguiendo, por ejemplo, la regla alemana de los dos gerentes. La unidad se explica en las anónimas de pequeño calibre económico, pero no en las previstas en el Proyecto.

Punto esencial de esta parte del Proyecto es el (art. 80) de la responsabilidad de los administradores. La fórmula del ordenado comerciante y de la leal representación merece ser incondicionalmente aprobada, si bien observando que aquí sería oportuna una referencia a la buena dirección de la empresa, que puede recabarse del mismo Proyecto, por ejemplo, en donde habla de la participación de los interesados en la buena marcha de la empresa, a propósito de la asamblea general.

La responsabilidad, según el Proyecto, se funda en la malicia, abuso de facultades o negligencia grave: la síntesis bajo el signo de la buena dirección de la empresa la haría mucho más eficaz.

No es suficiente, a nuestro parecer, estatuir para la liberación de responsabilidad del administrador el voto contrario a la deliberación (art. 80): ¿Cuántas votaciones amaestradas no conocemos, incluso en el ámbito de la Facultad? Es preciso, según nuestra convicción, que el administrador advierta inmediatamente a la sociedad, cuando lo justifica la gravedad de la deliberación.

Esto es lo que se denomina, con exactitud, obligación de fidelidad del administrador. Se imprime a los administradores, que pueden no ser accionistas, una dinámica del cargo.

De hecho se sabe que su posición es igual a la de los socios en nombre colectivo, con el beneficio de la no responsabilidad.

Este beneficio debe ser ganado con la actuación del administrador, para que tenga el derecho de poseerlo: gana aquello que posee, dice W. Goethe, que era también un jurista.

La acción de responsabilidad se atribuye a la sociedad, a la cual está concedida en su conjunto corporativo (art. 81).

Se reconoce con justicia a la minoría de los accionistas la ac-

ción de responsabilidad a causa de la inercia de la sociedad y, asimismo, en el caso, muy interesante, de no utilización de la acción por parte de la anónima—utilización, se dice, y no liberación de responsabilidad—, por ejemplo, para la aprobación del balance, la llamada sanatoria de los administradores.

A los acreedores, para el ejercicio de la acción se les imponen, por el contrario, las condiciones de recuperación del capital social y de la gravedad del daño.

Con acierto se reconoce (art. 82) la acción estrictamente personal de los socios y de los terceros por lesiones de derecho que repercutan directamente en el patrimonio personal del actor.

No pueden ser administradores los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores de una sociedad en concurrencia (art. 83). y contra ellos puede alzarse cualquier accionista (artículo 84).

Tiene esto gran importancia, porque el Proyecto declara, en estas mismas disposiciones, la incompatibilidad para el cargo de administrador de aquel que, bajo cualquier forma, tenga un interés opuesto al de la sociedad. Aquí termina el capítulo de la administración y no podemos internarnos más en el examen del sistema.

Sentimos, sin embargo, el deber de lealtad de señalar que, sin hacer de verdugos con los administradores, este punto de la responsabilidad se presta a ulteriores precisiones, sobre todo con respecto a aquellos administradores que se revelan o únicos accionistas, o detentores del paquete de acciones, o mayores accionistas, o influyentes por cualquier motivo a causa de la posición conquistada, por ejemplo, como únicos administradores, en la administración de la sociedad.

No faltan modelos legislativos para declarar una responsabilidad de estos gerentes exclusivamente por razón de su posición o cargo, cuando se verifican los supuestos necesarios, y, asimismo, una insolvencia o depresión económica de la anónima.

Acciones y obligaciones encuentran en el Proyecto una disciplina que resulta, a nuestro juicio, apropiada. Se conserva (art. 35) el anonimato, con las acciones al portador, renovando el característico signo de la sociedad.

Es este signo el que también en Italia ha dado lugar, especialmente por obra de los fascistas activistas hacia el declinar del Régimen, a polémicas constantes. En Italia el anonimato está reconocido actualmente en el Código civil, pero no en la vida económica, porque sobreviven las normas nominalísticas dictadas por razones raciales, nacionales y fiscales. Puede así comprenderse que abundan en el país los que el Proyecto llama «testaferros», llamaba Vivante «cabezas de palo» y nosotros hemos llamado «pingüinos».

Sin embargo, somos partidarios del reconocimiento del ano-

nimato, pero asimismo de la transformación social de la anónima. Las acciones son transferibles, según la esencia misma de la sociedad, y el Proyecto (art. 47) declara que las cláusulas limitativas de su libre transmisibilidad no son válidas si no están expresamente impuestas por los estatutos.

Los acuerdos entre los socios sobre los vínculos y las condiciones de la circulación permanecen extraños a la regulación de la sociedad, y nosotros, que recordamos una comunicación nuestra a la Ilustre Academia Matritense del Notariado sobre estos temas, nos alegramos por ello vivamente de la solución.

Las obligaciones encuentran una regulación amplia, pero sin prolijidad ni pleonasmos jurídicos (art. 113). Para la emisión se impone la equivalencia con el capital y un mínimo de un millón de pesetas.

El sindicato de obligaciones se considera como una *condicio iuris* (art. 115) para la legitimidad de la emisión.

Es de notar a este propósito que la organización referente a este Sindicato se deja a la facultad tanto de la anónima como de los obligacionistas, con una elasticidad que tiene que ser considerada en relación a los tipos difundidos de sociedad de tipo uniforme, y no siempre correspondiente a las características de las obligaciones. Está regulada una gratuita salvaguardia de los derechos de los tenedores de obligaciones (art. 116), y la prelación entre las diversas series de emisiones. A los obligacionistas se les reconocen derechos en cuanto conjunto y derechos en particular (art. 125).

El rescate de las obligaciones (art. 130) admite diversas formas de satisfacción a los acreedores y de liberación de la sociedad anónima. Puede la sociedad misma llegar a ser titular de sus obligaciones (arts. 130, 131) y ponerlas nuevamente en circulación, si no hay prohibición expresa. Quedan en letargo, como ocurre por otra parte con las acciones en posesión de la sociedad, derechos como el de voto.

No sólo está impuesta a la sociedad la obligación de reembolsar las obligaciones, sino también de proceder regularmente al sorteo periódico de los títulos, con la sanción de la pérdida del beneficio del plazo y del abordaje de todos los obligacionistas al buque de la anónima, si no se sortean las obligaciones en el plazo señalado.

La modificación de los estatutos de la sociedad, la disolución o el cambio de nacionalidad, no pueden adoptarse sino en virtud de un acto formal, es decir, de la clara convocatoria de la asamblea de accionistas con determinación del objeto y con un *quorum* determinado (art. 59).

El efecto de la liberación está, además de esto, condicionado a la inscripción en el Registro Mercantil, que adquiere en este caso fuerza jurídica constitutiva. Se ha examinado antes a qué otros

requisitos están subordinadas determinadas modificaciones estatutarias, o bien la emisión de nuevas acciones o de obligaciones. Se ha visto cómo se procede al aumento del capital, y para su reducción se prevé un procedimiento (art. 98), dotado de elasticidad, porque presupone los diferentes fines económicos y jurídicos a los que la reducción se encamina.

La reducción, que entraña el peligro de diluir el capital social, alarma a los acreedores de la anónima, a causa de lo cual no será reducción efectiva sino después de un plazo de vacación (art. 99), en el cual los acreedores tienen el derecho de oponerse si no alcanza para su satisfacción y la sociedad no presta garantías específicas.

La oposición paraliza la reducción proyectada hasta la decisión, y en la hipótesis del reembolso a los accionistas antes del vencimiento del plazo de tres meses, o con menosprecio de la oposición, se produce la nulidad de los pagos y de las liberaciones hechas contra Derecho.

No surge la necesidad de garantía (art. 100) cuando la deliberación de la asamblea no hace sino dar a conocer la verdad, y por ello la disminución del capital determinada por las pérdidas efectivas.

Es precisamente en este caso cuando la reducción es forzosa siempre que se hayan verificado pérdidas por dos tercios del capital. Se prevén cautelas para la igualdad de los derechos de los accionistas en caso de amortización de las acciones (art. 101), o de acciones para estampillar no presentadas para esta operación.

Transformación y fusión de la sociedad se regulan con mano feliz, guiada por una doctrina elevada e irreprochable. La transformación no puede verificarse sino en el campo de las sociedades comerciales (art. 135), y aparecen excluidas las cooperativas.

La transformación, según el modelo italiano de la separación, no obliga a los accionistas disidentes. La separación, sin embargo, opera de Derecho siempre que los accionistas disidentes no se adhieran a la deliberación dentro del mes del acuerdo.

La separación se establece también a favor de los accionistas no participantes en la asamblea general, que no se hayan adherido a la deliberación en el plazo de tres meses. Sería conveniente explicar, a este propósito, si la separación opera de Derecho cuando los accionistas, en una u otra hipótesis, no se adhieran a la deliberación. La transformación se verifica con forma igual a la de la constitución de la sociedad (art. 138). La sociedad, en el caso de que no se verifique la disolución de una sociedad y la constitución de otra nueva, mantiene intacta la personalidad jurídica (art. 139), lo que simplifica las cosas, pues se cree que todas las sociedades comerciales tienen personalidad jurídica. La proporción de las cuotas sociales permanece inmutada (art. 140). Pero, ¿qué ocurre con las acciones privilegiadas?

Es excelente, y está en el surco de la tradición, la responsabilidad ilimitada de los socios, cuando la sociedad se transforma en sociedad con esta responsabilidad, incluso por las obligaciones sociales precedentes a la transformación.

Perdura, asimismo, la personalidad jurídica de las sociedades personalistas transformadas en anónimas. Para la fusión de sociedades, cualquiera que sea la forma elegida, es necesaria siempre una escritura de fusión que informará sobre la verdadera o genuina fusión o por el contrario acerca de la absorción de una sociedad por parte de la otra.

La disolución de la anónima (art. 152) está inmejorablemente atribuida a las causas que figuran en casi todas las legislaciones: cumplimiento del término, inutilización del objeto social, pérdidas, fusión o absorción, voluntad de los socios en asamblea y otras causas. Con justicia, la quiebra no produce por sí sola la disolución de la sociedad (art. 152).

Es interesantísimo en este punto, y encuentra todo nuestro apoyo, el principio de la continuidad forzosa de la anónima (artículo 153) por obra del Gobierno, tanto a instancia de la mayoría de los accionistas como del personal de la empresa.

Se introduce aquí un principio de socialización de la empresa que nos agrada ver desarrollar.

La disolución opera de Derecho a causa del transcurso del término (art. 154); pero sería oportuna, a nuestro juicio, una declaración, como se encuentra, por otra parte, en algunos Códigos, según la cual si la sociedad continúa más allá del término se considera que existe prórroga tácita. En los otros casos (artículo 154), es la asamblea la que puede deliberar sobre la disolución, y cada accionista está autorizado, en particular, a pedir la disolución por las causas que la justifican.

La sociedad, y esto es una verdad ya antigua, conserva su personalidad durante la liquidación (art. 156). La liquidación no es necesaria, naturalmente, si está previsto o interviene un hecho global de cesión de la empresa o, como dice el Proyecto, del activo y del pasivo (art. 157).

Puede nombrarse junto a los liquidadores (art. 159) un interventor en la liquidación por parte de la minoría de accionistas, lo cual constituye una buena salvaguardia.

La asamblea continúa asimismo en el período de la liquidación (art. 160). Los administradores cesan en el cargo, si bien más como titulares de derechos y de representación que de deberes, a los que están sujetos hasta el cumplimiento de la liquidación (art. 161).

La función de los liquidadores está disciplinada según las últimas opiniones de la ciencia comercialista, y está estatuido eficazmente (art. 164) el principio de la igualdad y proporcionada justicia no sólo en lo relativo a la división entre los accionistas del patrimonio, sino esencialmente por la participación en las pérdi-

das y la reclamación de los fondos sobre las acciones no liberadas.

El balance de liquidación será examinado por los interventores (art. 167) y también lo será por la asamblea de accionistas (artículo 168), y podrá impugnarse por cada accionista en particular, de modo paralelo a toda otra deliberación social (arts. 168, 67, 68, 69). El fraude o la negligencia grave provocan la responsabilidad de los liquidadores (art. 171). La intervención del Gobierno en caso de gravedad de la liquidación o de la cuantía de los intereses de la empresa, puede justificar la iniciativa del Gobierno, mismo en la liquidación.

Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las Sociedades Anónimas ⁽¹⁾

NICOLAS PEREZ SERRANO
Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

1) *Importancia del problema.*

El tema así formulado por los organizadores del Cursillo reviste una importancia extraordinaria. Como que de la regulación dada a esta cuestión dependerá que las Sociedades Anónimas puedan vivir sin sobresaltos indebidos o en zozobra perenne, y que tengan la necesaria agilidad de decisión o tropiecen con entorpecimientos enervadores a cada paso.

Por eso, los ilustres autores del Anteproyecto no ocultan que han dedicado «concienzudo examen» a «materia tan vidriosa», y «han cuidado acuciosamente» de las soluciones aplicables. A lo que ha de añadirse que, según refiere uno de los más preclaros colaboradores en la tarea (el señor DE LA PLAZA NAVARRO, en notable artículo que insertó la *Revista de Derecho Privado*), el problema fué en la Comisión redactora objeto de «amplia y fructífera discusión y largas meditaciones».

2) *Pasión suscitada.*

Y sin embargo, la misma trascendencia de la cuestión ha hecho que en torno a ella se desborde un cierto apasionamiento, que es forzoso evitar.

No sólo se han ocupado del problema quienes han acudido a la información pública acertadamente acordada por el Gobierno, sino que también lo han recogido las Revistas profesionales, e incluso la Prensa diaria. Ello revela que no se trata de un tema

(1) Extracto de la conferencia que sobre dicho tema fué pronunciada el 10 de enero de 1950, dentro del curso organizado por el Instituto Bancario, sobre «Las Sociedades Anónimas en España»

muerto, artificioso o meramente especulativo y doctrinal, sino de cuestión viva, candente, de magnas repercusiones en el funcionamiento de las Compañías Anónimas. Pero si su misma naturaleza hace que el tema preocupe, no sería lícita ante él una actitud combatiente, antes al contrario ha de procurarse la máxima serenidad, una objetividad ecuánime. Así, pues, y no pareciendo admisible una posición de cómoda neutralidad, ni tampoco la vibración calurosa del combatiente, adoptaremos lo que en el moderno y desgraciado Derecho internacional se llama «no-beligerancia», aunque sin recatar el anhelo de que sea propicia para toda provechosa colaboración.

3) *Declaraciones iniciales.—Plan.*

Consten, pues, ante todo, un profundo respeto para el recto propósito que inspiró a los redactores del Anteproyecto, la confesión sincera de que éste representa un magnífico esfuerzo, y el elogio que debe tributarse a la perfección técnica de no pocos preceptos de su texto. Pero junto a ello, séanos permitido formular unas modestas reflexiones, siquiera a título de una vieja preocupación por estas cuestiones, revelada hace ya bastantes años, y enriquecida desde entonces por experiencias y contacto con la realidad nacional, más pródiga en enseñanzas que el estudio de Códigos y proyectos de reforma.

Hechas estas indicaciones previas y obligadas, digamos ya que el tema exige formular unas consideraciones de índole general (precedentes, urgencia, mecanismo ideado), un examen algo más detenido de los aspectos técnicos que brinda la regulación sugerida, y por último alguna referencia a soluciones o propuestas extranjeras, aparte de una llamada de atención sobre los problemas que hoy inquietan en nuestro país a todas las Compañías Anónimas.

4) *Precedentes.*

Sin remontarnos demasiado, por lo que prescindiremos, v. gr., del Proyecto de 1910, cuando en el año 1926 se pensó en la reforma del Libro II del Código de Comercio, el texto publicado en la *Gaceta de Madrid* contenía dos artículos que merecen ser recordados. En efecto, el artículo 89, después de proscribir todo pacto que prive al accionista de su derecho de voto, y de reiterar el principio de sumisión a lo acordado por la mayoría de la Junta legalmente convocada y constituida, establecía lo siguiente: «Contra toda decisión notoriamente incompetente o adoptada en forma irregular por la Junta general, podrá el accionista solicitar el amparo de los Tribunales de justicia.»

A su vez, el artículo 112 confería a los Sindicatos de Obliga-

cionistas (cuya formación era en ocasiones obligatoria), entre otros derechos, el de «4.º: Solicitar el amparo de los Tribunales contra cualquier acto o decisión de la Compañía adoptado sin competencia o con notorio vicio de forma y que fuera lesivo a su derecho».

Cierto es que aquel proyecto organizaba el Comité de Vigilancia, y creaba una Inspección oficial (art. 123) para salvaguardar los derechos e intereses de accionistas y acreedores. Mas en lo que concierne al punto concreto de la impugnación de acuerdos de las Juntas generales, son de notar la parquedad de las disposiciones articuladas, la precisión en cuanto a los casos de posible ataque y el mantenimiento de las normas comunes para el trámite que hubiera de seguirse.

5) *El "vacío" existente y la "urgencia" de su remedio.*

Sin embargo, los notables juristas que han elaborado el Anteproyecto, contrastando acaso la ausencia de regulación en el Código con el estudio afanoso del tema en la doctrina patria reciente, estimaron que existía un «vacío», una «laguna», que era interesante colmar. Y, en efecto, *prima facie* el dato parece exacto; pero no lo será si matizamos algo el concepto, porque verdadero vacío no existe sino cuando se nota una necesidad y nos falta el medio de atenderla; cuando se siente el estímulo y no se proporciona la satisfacción.

Pues bien, en este orden y para que con apremio se hubiera sentido la urgencia del remedio, habría sido menester que la vida de nuestro accionariado acusara fallos lamentables, carencia frecuente de probidad. Y son los mismos redactores del Anteproyecto los que han proclamado lealmente lo contrario: «El ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios de España, sin duda aminoró los daños que esta ausencia de ordenamiento legal hubiera producido en cualquier otro país», se dice (con frases harto citadas luego) en la Exposición de Motivos (página 8 de la primera edición). Y en la página 49, al hablar de los administradores y del propósito que alienta en el Anteproyecto, se quiere mantener «la pureza administrativa que es norma y blasón de la gran mayoría de las empresas españolas».

Todo lo cual rima perfectamente con lo que en 1941 expresara al respecto nuestra primera autoridad en la materia, el profesor GARRIGUES, al ocupar la tribuna del Círculo de la Unión Mercantil en inolvidable conferencia. Entonces, y propugnando una reforma de la Sociedad Anónima, sostenía que deseaba una Sociedad Anónima robusta y enteriza, apta como instrumento de la Economía nacional; y añadía literalmente (pág. 24): «Una Sociedad Anónima española, es decir, una Sociedad que responda a las tradiciones éticas mercantiles que son seculares en el mundo de nues-

tros negocios, donde la palabra escándalo financiero está desterrada...»

Después de estas apreciaciones justicieras, cabe preguntar: ¿existe realmente verdadero vacío? Si en nuestro Diccionario de Derecho mercantil no hay traducción para el vocablo *affaire*: si apenas cada veinticinco años surge algún episodio clamoroso (suspensión de pagos de un Banco importante, o inquietud en la órbita inmobiliaria); si no han ocurrido entre nosotros derrumbamientos simultáneos de entidades poderosas, como los que tanto alarmaron en la Alemania de principios de siglo o los que motivaron en 1931 el Decreto sobre comprobación de balances en el propio País, ¿no hay base razonable para pensar que no se ha notado la urgencia de acometer el problema? Por lo demás, lo escasa que es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo acerca del particular, viene a corroborar esta impresión tranquilizadora.

6) *Soberanía y responsabilidad.*

Venia siendo una especie de dogma en el mundo de las Compañías Anónimas el principio de que la Junta general, legalmente convocada y constituida, obraba con soberanía, y que, a sus acuerdos habían de someterse todos los socios, incluso los ausentes o los disconformes. Y el Anteproyecto reproduce en su artículo 49 idéntica afirmación, que representa postulado «realmente inmovible», según frase de mi insigne predecesor en esta Tribuna, don Cirilo Tornos.

Y sin embargo, el propio Anteproyecto abre la puerta, algo generosamente, a la impugnación de acuerdos de las Juntas generales, con lo cual la soberanía de la Asamblea sufre grave quebranto. Verdad es que estamos muy lejos de aquella concepción clásica de la soberanía que formulara Bodino definiéndola como una *summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*. Verdad es que no cabe hoy defender ningún absolutismo que se exima de la Ley; y que en un proceso de juridificación progresiva se ha ido admitiendo en Derecho público la posibilidad de residenciar a la Administración (mediante recursos jurisdiccionales), al Parlamento ordinario (recurso o excepción de inconstitucionalidad) y aun al Poder constituyente (límites heterónomos impuestos a una Convención de dicho rango, o consagración internacional de los derechos del hombre). Pero es fenómeno comprobado que a medida que avanzaba el Estado de Derecho en esa trayectoria, se iba degradando, rebajando la autoridad de los más altos órganos rectores, y que el desmedro del Poder traía como consecuencia un resquebrajamiento de la facultad de mando y un debilitamiento del deber de sumisión. Porque... soberanía discutida, pierde vigor para regir y ordenar.

Y en todo caso, resulta de sana prudencia no confundir esferas ni suprimir distancias naturales y obligadas. Es forzoso mantener jerarquías, sin desubstanciarlas; dar mayor facilidad para residenciar a órganos secundarios que para enjuiciar a los supremos; y no olvidar que a fuerza de humillar a los órganos más altos se pierde el sortilegio maravilloso en que se basa la obediencia, porque hace crisis la autoridad.

7) *Mayoría y minorías.*

Intimamente enlazado con lo anterior se halla el eterno tema de los derechos de las minorías. Con tanta más razón cuanto que el Anteproyecto habla (pág. 39) del «instintivo abuso de poder de las mayorías», y de ese convencimiento arranca para articular las soluciones que propugna.

En realidad, sería insincero negar que las mayorías abusan en ocasiones; mas el problema parece algo distinto, porque no es la condición de «mayoría», sino el concepto de «poder» lo que inevitablemente propende al abuso. Y aun sería de notar que la tentación es tanto más fuerte cuanto más concentrado se halle el propio poder; por donde son de subido peligro las acumulaciones de facultades en una persona o en un núcleo reducido, y el riesgo se va alejando a medida que aumenta el número de los titulares del mando.

Por otra parte, no se puede silenciar que en una Asamblea deliberante de cualquier género (pública o privada, Parlamento o Junta general) el proceso de la deliberación se desdobra en dos momentos: uno, primario, de discusión, en que prevalecen razones o argumentos; y otro, posterior, de votación, momento de voluntad, en que se adopta el acuerdo. Y sin entrar en discusiones sobre la existencia de almas colectivas, ni evocar fantasmales criterios de *volonté générale*, lo positivo es que la resultante de una votación lleva siempre huellas del debate que la precediera, e incluso suele modularse en fórmulas transaccionales, de noble y eficaz compromiso muchas veces. Quiérase o no, el acuerdo que a la postre prevalece es obra de todos los que intervinieron, incluso de las minorías discrepantes, a poco que éstas tengan solidez de posición y firmeza en su actitud.

Si, pues, todos intervienen y contribuyen a la resultante final, y hay consagración legal de igualdad de voto, y en Estatutos se consigna la sumisión al régimen de mayorías, y el mismo Anteproyecto lo consagra así, y la Sociedad Anónima es entidad de capitales y no personalista, ¿no ha de estimarse que el abuso de la mayoría constituye caso excepcional, y que, puestos a sopesar desenfrenos, sería aún más aborrecible el abuso de poder de la minoría, que sacrificaría y tiranizaría a muchos para dar satisfacción a unos pocos?

Sin defender cierta fórmula conocida, con arreglo a la cual el único derecho de las minorías consiste en poder llegar a ser ma-

yoría alguna vez, y no ignorando que una minoría sensata y competente puede tener razón frente a una mayoría desafortada o ambiciosa, conviene meditar en el obstáculo gravísimo que supone un diagnóstico *a priori* para decidir quién tiene razón en esos casos, probablemente nada usuales, y desde luego tan vidriosos como oscuros.

Por lo demás, nadie discute los derechos que pudiéramos llamar «evidentes» de las minorías, a saber: que se respeten la Ley, el Estatuto social, los imperativos de la Moral, del orden público y de las buenas costumbres; que se observen puntualmente todas las garantías de forma y de procedimiento; que no se vulneren los derechos privilegiados o reservados que por acaso existan en los pactos fundacionales, etc., etc. Pero de ahí no se puede pasar, porque la impugnación debe ir regida por el signo de lo excepcional, ya que al acuerdo de la mayoría acompaña, por su misma naturaleza, una presunción de legitimidad, y porque ha de sentirse sano temor ante el evento de una opresión de los más por obra y en favor de los menos. Otra cosa sería mantener, como antaño ocurría en la esfera artística, cierta afición a lo morboso, rindiendo culto a lo deforme, enfermizo y teratológico.

En una palabra, los derechos de las minorías han de situarse en la órbita de lo que la doctrina patria ha catalogado como «legalidad»: es aventurado adentrarse para su amparo en el área imprecisa de la mera «legitimidad».

8) *Mecanismo ideado en el Anteproyecto.*

Partiendo de la tesis de que en nuestro Derecho legislado existe un vacío, queriendo someter a disciplina las Juntas generales, y procurando garantía a los derechos minoritarios ante el probable abuso a que las mayorías propenden por instinto, el Anteproyecto establece, no sólo la posibilidad de impugnación, sino evidentes facilidades para llevarla a cabo, siquiera no descuide tampoco análoga garantía para la defensa. El sistema ideado ofrece amplitud para las acciones que puedan entablarse, y sobre todo un procedimiento rápido y expedito para la tramitación, pues aun comprendiendo el reproche de anomalía sistemática que entraña la inclusión de preceptos adjetivos en una Ley de Derecho material, los ilustres juristas que han preparado el Anteproyecto creyeron que tal medida era indispensable para eficacia del remedio; dado el mecanismo complicado y dispendioso de un juicio declarativo de mayor cuantía al modo tradicional. Ha de añadirse que la suprema garantía para todos (Junta, mayoría y presuntos impugnadores) la ha buscado el Anteproyecto sometiendo a los Tribunales de justicia la resolución de estas cuestiones. Y, es más, los redactores del texto no ocultan que dejaron en deliberada imprecisión algunas facetas para que la doctrina jurisprudencial pudiera irse formando sin obstáculos. Pero en ello radica una de las posibles quiebras del propio sistema ideado.

9) *La garantía que suponen los Tribunales.*

Proclamemos, ante todo, nuestra fe absoluta en la Justicia española. Cuando existe, como venturosamente la hay entre nosotros, una Jurisdicción honesta, competente y recia, ella brinda la máxima garantía; y de ahí que en sus manos pongamos sin reparo nuestra vida, nuestra libertad, nuestro honor y nuestro patrimonio, porque sabemos que su mejor custodia está en los Tribunales. Y quien vive a diario en su contacto, sabe de su abnegación, de su constante ansia de acierto, de su afán perenne de hacer justicia.

Pero sentada esta premisa, no debe olvidarse que la jurisdicción rinde esos preciados frutos cuando se mueve en la esfera peculiar de su noble misión; en cambio, no podría esperarse tan feliz resultado si se le sometieran cuestiones de conveniencia económica, de oportunidad mercantil, por ejemplo, el juicio sobre el acierto de una emisión, del reparto de un dividendo, o de la cuantía de unas amortizaciones, etc. etc. Todo eso es, de suyo, tan discrecional, tan sensible, como lo es el movimiento de un negocio en marcha, y no puede pensarse que los tribunales marchasen por esa senda, y más sin norma orientadora clara, con la seguridad con que caminan cuando van por su terreno habitual y propio.

Y no es que añoremos una jurisdicción especial de tipo mercantil. Al contrario, creemos que nos sobran jurisdicciones especiales, y que va llegando la hora de devolver a su legítimo titular, que es la jurisdicción ordinaria, la tarea en que se ocupan no pocos organismos jurisdiccionales y aun gubernativos, que hoy intervienen en asuntos judiciales. Cuando todo esto se reintegre a los Tribunales ordinarios, tendrán éstos campo sobrado para emplear su actividad. Es que no se debe echar sobre los Tribunales la pesadumbre de una materia enojosa, algo ajena a su cometido propio y en que no recibirán ni la directriz bienhechora que les señale un rumbo propicio.

De otra parte, la experiencia de lo ocurrido en otros países, y en la misma España, aconseja no sacar a los órganos jurisdiccionales de su función privativa. Cuando entre nosotros se organizó el Tribunal de Actas protestadas, y el Congreso de los Diputados empezó a rechazar sus informes, el resultado fué que no se saneó la política y, en cambio, sufrió quebranto el más alto Tribunal de la Nación. Y cuando la justicia norteamericana puso en grave aprieto la obra del Presidente Roosevelt, se atribuyeron a la jurisdicción móviles políticos que no servían ciertamente para realzar su prestigio: que no en balde hace ya años que un eximio profesor francés, LAMBERT, llamó la atención sobre los peligros que lleva consigo lo que él, con cáustica ironía, denominó, "*le gouvernement des juges*".

10) *El artículo del Anteproyecto.*

Consignadas las consideraciones preliminares que se dejan expuestas, hora es ya de abordar en concreto el estudio de la regulación detallada que el Anteproyecto contiene en los preceptos dedicados al tema objeto de nuestra disertación.

Son cuatro, del 68 al 71, los artículos que el texto consagra a la materia. En ellos se trata sucesivamente de estas cuestiones: acuerdos que pueden ser impugnados; plazos para deducir la demanda; sujetos legitimados para interponerla, y procedimiento con arreglo al cual se ha de realizar la tramitación.

Necesario será, pues, aunque sólo se haga en forma esquemática, formular algunas reflexiones acerca del articulado propuesto.

a) *Acuerdos impugnables.*

Una primera observación: aunque el artículo 68 va encuadrado en el Capítulo IV, «Organos de la Sociedad», y dentro de la Sección 1.ª, «De la Junta general», el tenor literal del texto, que habla de «acuerdos sociales», permitirá quizás atacar resoluciones de Consejo, Dirección, etc., aunque no fuera ése el propósito. Lo importante, sin embargo, es que se autoriza la impugnación, no sólo de los acuerdos que vayan contra la Ley, el orden público, las buenas costumbres, los Estatutos y las bases esenciales de la Sociedad, a lo que nada hay que oponer, sino también de los acuerdos que vayan contra «derechos de los accionistas» o de los «intereses sociales», o del cómputo correcto de la mayoría. En cuanto a los derechos de los accionistas, lógicamente estarán amparados por los Estatutos, y habrá, por consiguiente, violación de éstos. Por lo que toca a los intereses sociales, sacrificados en beneficio de un accionista o de varios, la dificultad radica en la forzosa imprecisión del concepto, pues no resulta fácil enjuiciar, sin profecía *a posteriori*, qué hubiera sido lo más acertado. Y finalmente, el cómputo de votos, materia apta en general para razonable impugnación, puede en ocasiones rozar con la constitución ilegal de la propia Junta o con preceptos estatutarios, cuya infracción abre cauce a la acción por otro camino más diáfano.

b) *Plazos.*

El artículo 69 fija el plazo de tres meses para impugnar, a partir de la inscripción registral, los acuerdos sometidos a este trámite, y el de seis meses en otro caso: aparte de consignar que no registrá ese plazo cuando se pretenda la nulidad de los acuerdos por ir contra la Ley, el orden público o las buenas costumbres. Ello plantea diversos problemas, a saber: ¿cuál será el plazo si el acuerdo debió inscribirse y, sin embargo, no se lleva

al Registro?; ¿no se apunta ya, aunque indirectamente, un modo de diferenciar acuerdos radicalmente nulos y meramente anulables, pese a que se deseaba eludir la clasificación?; ¿habrá de acomodarse al procedimiento ordinario, y no al especial del artículo 71, la petición de nulidad fuera del plazo marcado, como indica la Exposición de Motivos en su página 45? Por lo demás, ¿no serán demasiado largos los plazos? Sin que falte opinión en contrario (la del Profesor DUALDE, por ejemplo), estimamos que cuando en nuestro Derecho actual hay plazos de caducidad de treinta y aun de nueve días en materia de retractos, sería aconsejable, en aras de la seguridad y para no prolongar situaciones de incertidumbre, abreviar esos plazos, porque ni el tiempo tiene hoy el ritmo lento que tenía, v. gr., en Roma, ni deben mantenerse estados de zozobra, como el de la Sociedad Anónima, que no sabrá si precipitar la ejecución de un acuerdo, aventurándose a su ulterior suspensión, o demorarla hasta que haya corrido el plazo de caducidad señalado para impugnarlo.

c) *Legitimación.*

Aunque el artículo 70 se encabeza con el adverbio «sólo», que parece indicar restricción, la realidad es que podrán combatir los acuerdos numerosas personas, pues cuando se trata de simples anulabilidades quedan autorizados al efecto los accionistas ausentes, los concurrentes que no aprobaron el acuerdo y los socios privados ilegítimamente de voto; y si se trata de nulidad, todos los accionistas, los Administradores de la Sociedad en nombre de ésta, los terceros que demuestren un interés suficiente y los Administradores, en nombre propio, si desean eludir su responsabilidad.

En rapidísimo recorrido, recordemos que en buena doctrina «los ausentes votan con la mayoría», pues debe prevalecer con todas sus consecuencias el principio del *vote acquis*; que además está proclamada en el artículo 49. II, la sumisión de todos los socios, incluso los disidentes y los que no participaron en el acuerdo, al voto de la mayoría, y que no interesa fomentar incurias o abstenciones. De otra parte, no deja de resultar algo extraño que los órganos (Administradores) se rebelen contra el organismo (la Junta general, que es la Sociedad en su plenitud); con tanta más razón cuanto que pueden dimitir si repugna a su conciencia ejecutar el acuerdo, y que, con arreglo al artículo 80, i. f., los Administradores quedan exentos de responsabilidad si salvan su voto en los acuerdos que causen daño a la Sociedad. Por último, la amplitud y vaguedad del título que para accionar se exige a los terceros, puede originar graves perplejidades y peligros, creando poco menos que una anómala *actio popularis* en materia tan delicada.

Téngase presente, por lo demás, que el Anteproyecto impone *quorum* especial para ciertas peticiones. Así, por ejemplo, una

quinta parte del capital social desembolsado para solicitar Junta extraordinaria (artículo 57); una quinta parte para prorrogar una Junta (artículo 64); una décima parte para transigir sobre la responsabilidad de los Administradores (artículo 81), y una tercera parte para reclamar investigaciones extraordinarias en cualquier momento. Pues bien, nada de eso se prescribe como necesario cuando se regula facultad tan singular y relevante como la de atacar acuerdos adoptados por la Junta general soberana.

d) *Procedimiento.*

Lo especifica el artículo 71, con un mecanismo lleno de buen propósito, muy meditado, y que podemos tomar como nuncio o presagio de futuras reformas en nuestro Enjuiciamiento. Las notas esenciales se sintetizan en dos rasgos: celeridad y garantía; pero tememos que la segunda quede un tanto sacrificada en aras de la primera. Así, v. gr., el plazo para contestar a la demanda es de nueve días (en contraste con el tiempo de que disponen para prepararse los demandantes), y se suprimen réplica, dúplica y segunda instancia, no obstante la importancia del caso, y con olvido de lo que ocurre en algunos procesos especiales actualmente. Se permite la suspensión judicial del acuerdo combatido, aunque oyendo a la Sociedad (cuyos Administradores pueden ser, sin embargo, los actores en algunos casos, como se ha visto), y con posible caución a veces; y si bien ello no entraña novedad revolucionaria, pues cabe recordar el trámite de suspensión de la resolución recurrida en la jurisdicción contencioso-administrativa, es obligado recordar también la parquedad severa y la prudencia exquisita con que nuestros Tribunales acuerdan, excepcionalísimamente, esa suspensión, a que el Anteproyecto parece invitar, por el contrario. Asimismo, se autoriza la ejecución provisional de la Sentencia del Juez, de que también hay precedentes en nuestro Derecho (artículo 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento civil y Ley de 10 de noviembre de 1942), pero a lo que cabe aplicar análogo criterio restrictivo acreditado por la experiencia. Y si bien hay innovaciones estimables (el coadyuvante civil, sólo admitido hasta ahora en algún fallo, y la ampliación del recurso de casación, que se extenderá a «normas jurídicas», en vez de limitarse a la infracción de Ley), otras novedades, sin duda de muy noble inspiración, se frustrarán en la práctica, pues la sanción pecuniaria que, a más de las costas, puede imponerse en caso de fraude, difícilmente podrá hacerse efectiva si el actor es un insolvente «buscado de propósito».

Con razón decía el Sr. ANGUERA DE SOJO (en «El Correo Catalán») que conviene evitar el espectáculo frecuentemente visto de un insolvente conocido como testaferra de un grupo de magnates poderosos, que permanecen en la sombra, promoviendo dispendiosos litigios sin temor alguno a las costas ni a las posibles sanciones pecuniarias.

11) *Laguna advertida.*

Nos referimos a un punto concreto e importante, abordado por la doctrina patria (véanse los notables trabajos del Profesor GARRIGUES), y que afecta a las consecuencias de la nulidad que se decrete.

Lógicamente pensando, el fallo tendrá como efecto la invalidación del acuerdo, y ello, no sólo *ex nunc*, sino también *ex tunc*. Ahora bien, no hubiera sobrado expresarlo, ni en todo caso se prevén dos extremos de tanto interés como los siguientes: dada la extensión de las legitimaciones admitidas para la acción impugnatoria, ¿se aplicará la nulidad *erga omnes*, con un sentido objetivo, o sólo tendrá valor, con criterio subjetivo, respecto a los actores? Y, de otra parte, ¿cuál será la situación de los terceros que hubieran contratado de buena fe con la Sociedad en cumplimiento de un acuerdo de Junta general, que luego se ataque y cuya impugnación pueden muy bien ellos ignorar? Parece razonable pensar que los efectos de la anulación no podrán repercutir en el negocio jurídico estipulado correctamente, máxime no habiéndose previsto la posibilidad de que la demanda sea anotada preventivamente en el Registro mercantil.

12) *Reflexiones finales.*

¿Vamos a negar que hay Compañías Anónimas de vida irregular? Ciertamente, no. ¿Negaremos entonces que en muchos de esos casos, y por imperativos de urgencia, convendría un procedimiento que pudiéramos llamar de «casa de socorro»? Evidentemente, tampoco, siquiera en la mayoría de las ocasiones bastaría con la actuación del Juzgado de guardia. Pero situándonos en la realidad, hay que ponderar situaciones, supuestos y remedios: porque al articular esa cura de urgencia nos exponemos acaso a que familiares díscolos lleven a la mesa de operaciones, incluso cloroformizado o sin defensa, a quien está perfectamente sano. Es decir, entre dos riesgos verosímiles y aun probables, ¿cuál es el de mayor gravedad? ¿Dejar sometido el caso morboso al Derecho común? ¿O someter al Derecho excepcional los casos sanos y normales? Probablemente, es preferible lo primero. En la antes citada información abierta por «El Correo Catalán», decía el señor REPOLL, refiriéndose a esta cuestión, que la paz necesaria a toda Empresa mercantil habrá terminado, víctima de los voceros (que serán cuerpo) de todas las codicias, pasiones y envidias de las minorías de mala fe. Pues bien, eso, que no fué lo que quisieron los ilustres autores del Anteproyecto, puede, desde luego, suceder y hay que evitarlo a todo trance: aunque sólo sea (dicho en frases del Sr. BUXÓ DE ALBAIGAR) para impedir que el portillo de la impugnación de acuerdos de Junta general traiga la guerra civil al seno de las Compañías Anónimas.

13) *Alguna referencia extranjera.*

No hace mucho que el Rector de la Universidad libre de Bruselas, Sr. BAUGNIET, se ocupaba del problema de la reforma de las Sociedades Anónimas en Bélgica; y aun defendiendo la conveniencia de restablecer en esta materia la acción individual, aconsejaba diversas garantías para impedir que tal medida se convirtiera en instrumento de «chantaje» en manos de personas poco escrupulosas. A este propósito aducía el dato de que en las Jornadas universitarias de Estudios Jurídicos celebradas el año 1939 en aquella Escuela, se había sugerido que al impugnar acuerdos de Juntas generales se exigieran a los actores estas condiciones: 1.ª) Justificar que disponían de una décima, o al menos de una vigésima parte, de los votos de la entidad. 2.ª) Acreditar que eran dueños de los títulos tres meses antes de la Junta general. 3.ª) Depósito y bloqueo de las acciones en el Banco Nacional durante seis meses como mínimo desde la interposición de la demanda. 4.ª) Obligación de reparar el perjuicio que causaran con su acción si ésta se declaraba improcedente.

Por nuestra parte, nos permitimos llamar la atención sobre tan importantes y previsoras cautelas; pero, además, estimamos que el Anteproyecto acude profilácticamente a evitar el mal mediante los requisitos de que rodea la convocatoria y funcionamiento de las Juntas generales. El anuncio de la reunión con publicidad y plazo suficiente, las reglas sobre constitución, lista, acta, derecho de información, inscripción registral de acuerdos, obtención de certificaciones, etc., etc., frenarán sin duda e impedirán probablemente no pocos abusos en este orden. Añádase que, según el artículo 61, podrán concurrir a la Asamblea personas físicas o jurídicas que no sean accionistas para representar a éstos, y que se robustecen los poderes de los Administradores (artículo 66, *ad ex.*), y se comprenderá que acaso no haga falta nada más para frustrar demasías en las resoluciones.

14) *Final.*

Resumiendo, diremos que si no abundan entre nosotros los escándalos financieros, y si, además, el nuevo texto tutela con eficaz severidad la convocatoria y la celebración de las Juntas generales, puede muy bien prescindirse del mecanismo ideado para la impugnación de sus acuerdos, porque ello no constituye verdaderamente problema que hoy angustie a nuestras Sociedades Anónimas.

Otras cuestiones hay, en cambio, que positivamente las preocupan. Persona de máxima autoridad, el Profesor GARRIGUES, daba recientemente la voz de alarma sobre la situación embarazosa que para muchas Compañías supone el no poder revalorar sus

Activos, como mandan la Lógica y el artículo 37 del Código de Comercio, ya que exageraciones fiscales impiden incomprensivamente que esa solución cobre realidad.

Pues bien, existen hoy, y no para un sector pequeño, sino para todas las Sociedades Anónimas españolas, peligros más reales y positivos que el abuso de una mayoría desafortunada. Los peligros que hoy preocupan, digámoslo sinceramente, son los que se derivan del creciente agobio fiscal, la ascendente marea social y el progresivo intervencionismo estatal.

La reforma de la Sociedad Anónima ⁽¹⁾

NICOLAS PEREZ SERRANO

Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

La materia enunciada en el tema no puede resultar indiferente para un Instituto Bancario, ya que los Bancos suelen ser Compañías Anónimas, y operan a diario con otras Sociedades de igual naturaleza, e incluso vienen asumiendo en la vida, y sobre todo en las Juntas generales de estas entidades, una función de máximo relieve y que ha sido objeto de movida discusión y aun de censura acre, quizá sin tener en cuenta que, aparte del sentido noblemente conservador con que en estas ocasiones se producen, su intervención ofrece un cierto aspecto de función vicariante o sustitutiva, con lo cual más bien pudiera dirigirse la censura a los que desertan de la tarea que no a los que por cubrir un vacío se disponen a llenarla.

Por lo demás, el asunto ha sido tratado ya muy acertada y por competentemente por nuestros mercantilistas, pudiendo citarse en corroboración de ello, y para mencionar un nombre tan sólo, el del ilustre profesor de la Universidad de Madrid, don Joaquín GARRIGUES, que en su *Curso* y en su *Tratado*, y en conferencias jugosas y monografías perfectas ha puesto de relieve toda la evolución de las Sociedades Anónimas y los nuevos problemas que su regulación plantea.

A pesar de lo cual, y al modo como los medios modernos de que la luminotecnica dispone, permiten apreciar en los edificios puntos de vista que los clásicos sistemas de iluminación dejaban inadvertidos, quizá enfocando la cuestión de la reforma en curso desde el ángulo en que ha de contemplarla un iuspublicista con cierta afición a estos problemas, quepa señalar facetas que en alguna forma merezcan ser tenidas en consideración.

Servirá de base y de arranque para las reflexiones que formule-

1. Conferencia pronunciada en el Instituto Bancario (Madrid) el día 5 de abril de 1949.

mos el Anteproyecto elaborado por la Sección de Reforma del Derecho Privado que con tanto empeño ha venido estudiando la cuestión en el Instituto de Estudios Políticos, pues constituye un trabajo digno del máximo elogio, como lo hacían prever las figuras preclaras que a su colaboración han contribuído. Por ello es de justicia, rindiendo obligado tributo de respeto al esfuerzo ajeno, empezar por el aplauso que la empresa reclama, y, si a tanto llega la buena fortuna, intentar corresponder a él con otro esfuerzo, aunque la humildad de las propias fuerzas no logre nunca mantener el deseable parangón. Añadamos que ese Anteproyecto, como obra colectiva que es, no refleja el criterio personal de ninguno de sus redactores, e incluso en algún momento puede hallarse en discrepancia con la opinión de sus más caracterizados firmantes; pero aún así y todo, y a la manera como en Inglaterra se habló del *Report Wrenbury* en 1918, o del *Report Wilfrid Greene* en 1925, o del *Report Cohen* en nuestros días, no resultará impropio que aquí hablemos del *Anteproyecto Garrigues*, para honrar al más destacado de sus Autores, sin que ello signifique imputarle la paternidad individual de las respectivas soluciones preconizadas.

Y dicho esto, iniciemos ya la exposición de los puntos de vista en que nuestra tarea va fundamentalmente a consistir.

* * *

Los motivos que pueden aducirse para explicar la necesidad urgente de la reforma son seguramente muchos, pero sintéticamente cabría condensarlos así: nuestro Código de Comercio resulta en esta materia demasiado viejo: su regulación de la Sociedad Anónima es tan enteca y raquítica que apenas si constituye más que un solar, en vez de un núcleo edificado: ha sido fenómeno muy general la reforma de la Compañía Anónima en nuestros tiempos; debe huírse de las modificaciones colaterales y ortopédicas; finalmente, conviene acompasar el régimen de la Sociedad Anónima a la nueva tonalidad política, dado el paralelismo que siempre ha imperado en esta materia.

Si repasamos, aun cuando sea tan someramente como el caso exige, estas motivaciones, en seguida advertiremos su desigual valor: aparte de que la conveniencia de la reforma no prejuzga en sí tampoco la intensidad de ella ni siquiera la orientación que en algunos aspectos haya de inspirarla.

Por lo pronto, es cierto que nuestro Código de Comercio tiene bastantes años de vida, y que probablemente nació ya algo *desfasado*, como en terminología algo eléctrica suele ahora decirse. Pero no es menos exacto que ello no representa razón suficiente para acometer la revisión, al menos en un solo sector, siquiera sea de tanta importancia. También es viejo, y acaso nació asimismo algo canoso, nuestro Código civil. Y más antiguas son no pocas Leyes que seguimos a diario aplicando. Tal ocurre con las

de Aguas, Expropiación forzosa, Propiedad intelectual, etc., que arrancan todas de 1879. Y no digamos de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, en que todavía alientan vestigios del proceso medieval; o del Código penal, que, pese a sus afeites y retoques, continúa siendo el de 1870, que era el del 50, que era el del 48. Así, pues, la mera fecha, la simple partida de nacimiento, aunque resulte remota, no implica por sí demasiado. Además, esa vejez aconsejaría la modernización de todo el texto, no sólo el de una mínima parcela.

De otra parte, si bien ha habido reformas de la Sociedad Anónima en Alemania y Suiza en 1937, y por lo que toca a Italia en la Codificación mussoliniana, y en cuanto a Francia durante la etapa del Gobierno de Vichy, y aun la misma Inglaterra, siempre tan refractaria a la codificación, vuelve ahora a revisar su legislación sobre Compañías de ese tipo, forzoso resulta confesar que no hay paridad con nuestro caso, pues esas revisiones fueron consecuencia de hondas transformaciones políticas en curso, y más bien constituyeron soluciones locales, de técnica, algo circunstanciales a veces; aparte de que en esos Países podía advertirse un exceso de capitalismo, que estamos muy lejos de alcanzar en España, donde el capitalismo sufre de desmedro, es rudimentario y no tiene demasías de vitalidad; o bien, ha de recordarse que han influido fenómenos de guerra y post-guerra de intensidad enorme; sin que haya de silenciarse tampoco que en alguna ocasión la reforma vino sugerida por graves escándalos financieros, como el de la *City Equitable Fire Insurance C.º Ltd.*, de que no hay ejemplo entre nosotros, pues el Anteproyecto empieza por proclamar «el ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios en España».

Más fuerte es, desde luego, el argumento que se esgrime al tachar de exigua la reglamentación establecida en nuestro Código de Comercio. En efecto, son 24 artículos, y en cierto modo de sentido dispositivo, los que dicho Cuerpo legal dedica a la Sociedad Anónima. No falta en principio razón cuando se dice que hubo inhibicionismo del legislador: que existe un «páramo»: que, en realidad, se trata de un «solar». Y sin embargo, algunas consideraciones pueden apuntarse a este respecto. En primer lugar, más huérfana de regulación se halla la Sociedad de responsabilidad limitada, que a través de preceptos fiscales o registrales ha logrado carta de naturaleza en nuestro Derecho, pero que no mereció ni un solo precepto a nuestro Código. Y si el Anteproyecto (artículo 4.º) impone que las Sociedades Anónimas tengan un capital no inferior a cinco millones de pesetas, se estimulará la creación de Compañías Limitadas, en que ningún tope halla la libre voluntad de las partes, que cuidarán acaso de salvaguardar sus propios intereses, pero quizá algo menos los intereses y derechos de los demás, pues es bien sabido que las iniciales con que en Alemania son designadas esas entidades (G. m. b. H.), que expresan

su nombre (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) han sido maliciosamente interpretadas, leyendo *Gesellschaft mit bösen Hintergedanken*, o sea, en versión libre, pero gráfica: «Sociedad con malas intenciones».

En segundo término, si al publicarse el Código quedaba un «solar», es lo cierto y positivo que durante los sesenta y cuatro años transcurridos se ha construido bastante, pues no en balde opera siempre el fenómeno que HEDEMANN calificó de «práctica jurídica», y que junto a las normas legisladas va creando nuevo Derecho, mediante la *lex contractus*, el Derecho estatutario, etcétera, etc. Los particulares, los comerciantes, dentro del amplio marco reservado a su espontánea iniciativa, han edificado mucho, desde humildes barracas hasta imponentes rascacielos; y si en ese extrarradio algo abigarrado hay variedades múltiples, e incluso puede que no falten aberraciones, existe también un tipo de Sociedad Anónima, común, corriente, perfectamente decoroso y notoriamente aprovechable. La abstención legislativa no ha determinado paro, sino todo lo contrario: plétora de construcción. Y no estará de más repetir que, en general, y según reconoce el propio Anteproyecto, sin graves abusos perniciosos.

Por último, merece pensarse si no es sobrado, brusco y radical el tránsito que en punto a intensidad de la regulación pretende implantarse. El Código tiene 24 artículos, lo cual puede parecer sobriedad extremada; pero el Anteproyecto formula 173 artículos, casi ocho veces el número de los que existían; y ello puede significar un exceso poco aconsejable. Todo ello sin contar con que algunos de los nuevos artículos son de considerable extensión, como acontece con el 71, que al consignar el procedimiento para impugnar acuerdos sociales, encierra en germen una Ley de Enjuiciamiento civil, o el 105 y siguientes, que al prescribir lo que debe contener el balance, condensan un pequeño Curso de contabilidad.

En cambio, merece fervoroso aplauso el propósito de evitar que la reforma de las Sociedades Anónimas se vaya realizando por vía ortopédica, sin sistema, y con motivo o so pretexto de medidas fiscales llenas de noble intención. Repetidamente alude el Anteproyecto, en su razonada Exposición de Motivos, a un fenómeno de «diseminación legislativa» que venimos presenciando, y «que sólo confusión e incertidumbre puede acarrear». Hay, en efecto, una «multitud de preceptos aislados e inconexos, nacidos al calor de la creciente presión contributiva» y que en realidad «exceden el ámbito estrictamente fiscal, invadiendo el campo del Derecho Mercantil a impulso de finalidades diversas». Ahora bien, sin necesidad de repetir los ejemplos que el Anteproyecto cita, y cuya lista podría aumentarse sin esfuerzo, lo que importa es corregir el *trop de zèle* con que la Hacienda viene actuando, porque resulta a veces perturbador un fiscalismo desbordado que, con miras tributarias, y aun con designios de sana política económica, modi-

fica con medidas concretas y circunstanciales el régimen de las Compañías Anónimas, produciendo perplejidades, cuando no deformaciones. Pero la necesidad de evitar ese quebranto no implica que haya urgencia en acometer la revisión a fondo del mecanismo sustantivo de esas Sociedades. Conformes, pues, en que la reforma, cuando proceda, debe ser general, sistemática y completa; mas por lo pronto, y para poner coto al mal que se ha apuntado, basta con frenar la velocidad inmoderada con que se ha movido el telar legislativo de la Hacienda pública.

Corroborando la idea esencial que se viene exponiendo, convendrá tener presente que el organismo de la Sociedad Anónima es por su propia naturaleza muy sensible y que, por tanto, cualquier reforma que en la materia se intente debe ir presidida por una nota de prudente cautela. La Comisión inglesa de 1925 (al frente de la cual actuó Wilfrid Greene) indicaba ya que «al manejar instrumento de tan fina precisión como la Ley existente sobre Compañías limitadas, existe siempre el peligro de que cualquiera alteración, por muy deseable que en sí misma parezca, puede tener inesperadas repercusiones en todo el mecanismo». (*Vide* Wilhelm JENTSCH, *Die Grundzüge der englischen Aktienrechtsreform, 1928-29*, Jena, 1930 pág. 2). Y personalidad tan destacada como la de M. S. RIX, en notable artículo sobre la Ponencia Cohen (*The Economic Journal*, junio-septiembre, 1945, pág. 242). llamaba la atención sobre los nuevos problemas que al Derecho de Compañías plantea la legislación social, preguntándose con cierta preocupación si la Ley de Sociedades se cuidará de regular directamente los asuntos de las Compañías, o si se contentará con simples *technicalities*, dejando a otras esferas de la legislación el problema de fiscalizar auténticamente el desarrollo de los negocios.

* * *

De las posibles motivaciones antes enunciadas queda por examinar la de mayor trascendencia, o sea la relativa a la acomodación del régimen de la Sociedad Anónima a la nueva concepción que han traído los tiempos modernos en los más varios sectores, y muy singularmente en el político. Sabido es que en los movimientos pendulares de la Historia se han ido sucediendo épocas de libertad y épocas de autoridad; como es también notorio que a etapas de individualismo han reemplazado otras de universalismo, y que los Estados, por consiguiente, han mantenido una actitud de abstención o se han pronunciado en sentido de franco intervencionismo. Pues bien, estudiando la evolución de la Sociedad Anónima a través de los tiempos, se advierten sin dificultad vicisitudes análogas, y por ello se ha subrayado con frecuencia la sintonía, la marcha paralela que guardaban la orientación de la política general de países y aun períodos y el régimen de las Compañías Anónimas en esos mismos momentos. Lo cual se explica,

porque así en lo público como en lo privado, así en lo político como en lo mercantil, predominan, según las Eras, unas u otras corrientes de pensamiento, que por igual dejan sentir su influjo e imprimen sus huellas en las diversas esferas de las instituciones jurídicas. Y a la postre, el problema estriba en diagnosticar, primero, el rumbo que deba prevalecer, y en acertar, después, al articular ponderadamente las dosis de Derecho necesario y de Derecho voluntario que convenga administrar.

El fenómeno del intervencionismo estatal en nuestros días resulta innegable. Hace un año que se celebraron en París las *Journées de Droit Franco-Latino Américaines* (sin participación española genuina, por cierto), y el primero de los temas sometidos a deliberación fué precisamente el relativo a la «intervención del Estado en las empresas privadas» (véanse las Actas en el *Bulletin trimestriel de la Société de Législation Comparée*, correspondiente a octubre-diciembre, 1948). Pues bien, el ponente Sr. BRANDAO CAVALCANTI, Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Brasil, sostuvo que «el problema no se plantea ya en términos puramente doctrinales. La intervención es hoy un hecho positivo y universal. Quedan tan sólo por precisar sus límites y sus modalidades». Y, a su vez, HENRI PUGET, ponente general, afirmó que «la época actual se caracteriza por una creciente intervención del Estado en la vida de las empresas privadas». Ahora bien, reconociendo la realidad del suceso, y de acuerdo con las mismas expresiones transcritas, la cuestión esencial consiste en determinar qué directrices conviene trazar al fijar lo que podríamos llamar la «Dietética» de estas intervenciones estatales.

Y sin embargo, no siempre ocurrió cosa análoga. Sin rememorar las etapas principales que en su desarrollo y en su normación legal ha tenido la Compañía anónima (tema que todos los autores abordan, y que tan cumplidamente ha expuesto entre nosotros el profesor GARRIGUES), lo que ahora interesa traer a colación es la tesis de que dichas Sociedades venían últimamente modeladas con arreglo al patrón trazado por el Estado liberal de tipo parlamentario. Porque, en efecto, la Sociedad Anónima, que siempre ha ofrecido un cierto carácter público, se asimiló las técnicas del ambiente político hasta convertirse casi en un pequeño Estado parlamentario, ya que no soberano, muy autónomo al menos. Si el Estado poseía una *Constitución*, de difícil reforma, y por tanto *rígida*, la Sociedad Anónima tenía un *Estatuto*, de revisión nada sencilla, y por consiguiente *nada flexible*. A su vez, la Constitución enumeraba en su parte dogmática los *derechos civiles* y *políticos* de los ciudadanos, y el Estatuto consignaba también los *derechos económicos* y los *derechos políticos* de los accionistas. Imperaba en uno y otro campo el principio democrático, ya con la fórmula de la igualdad ante la Ley, ya con el criterio de «una acción, un voto» (salvo los casos, políticos o sociales, de dere-

chos reservados o privilegiados, que eran notoria excepción). Y la mismo que el Estado se orientaba por el resultado de un sufragio ciudadano, la Compañía Anónima se regía por el voto mayoritario de sus componentes. En una palabra, la condición de *ciudadano* o el título de *accionista* implicaba un complejo de derechos y deberes que formaba en uno y otro caso un verdadero *status personal*.

Y si pasamos a lo que en Derecho constitucional suele llamarse «Parte Orgánica», el paralelismo se mantiene: lo mismo que en el Estado existen un Poder legislativo y un Poder ejecutivo, así en la Sociedad Anónima encontramos la Junta General y el Consejo de Administración, que, *servata distantia*, remedan al Parlamento y al Gobierno; aparte de la correspondencia que pueda establecerse entre las figuras descollantes de un Jefe de Estado o de Gobierno y un vigoroso Consejero-Delegado, Presidente o Director Gerente; y sin que necesiten mencionarse situaciones especiales que en ambas esferas caben, como la delegación de facultades legislativas en órganos de Administración.

Teniendo en cuenta todo esto, y comparando la relación entre los Poderes políticos que actúan en un Estado con la situación respectiva de los puestos rectores de una Sociedad Anónima, se advirtió la analogía entre el sistema parlamentario y el modelo liberal imperante en el funcionamiento de estas Compañías, pues si el Gobierno necesita contar con la confianza del Parlamento, el Consejo de Administración está expuesto al voto de censura, y subsiguiente revocación por parte de la Junta general. Y si al Parlamento corresponde aprobar Leyes, votar el Presupuesto, y fijar las directrices generales para la gobernación del país, a la Junta general incumbía, en tarea cuasi-soberana, aprobar Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias, constituir o desautorizar al Consejo de Administración e imponer su criterio en punto a la actividad básica y a la orientación de la Empresa.

Tan intensa y clamorosa fué en algunos aspectos la influencia que MÜLLER-ERZBACH (*Handelsrecht*, pág. 279) recuerda cómo el silencio de los Estatutos sociales se suplía, respecto a las discusiones o la votación, por ejemplo, mediante la aplicación de los preceptos del Reglamento parlamentario, e incluso cita en tal sentido el artículo 61 de la Ley belga de 1873 sobre Sociedades Anónimas, que así expresamente lo ordenaba.

Es decir, que la Compañía Anónima, siguiendo una vez más la inspiración ambiente del sistema político imperante, y al igual que antaño fué evolucionando desde el primitivo *octroi* hasta las *disposiciones normativas* (pasando por la fase de *concesión*), y reflejando en su fisonomía los caracteres de la Monarquía absoluta, templada, etc., así ahora había venido a cristalizar en un módulo parlamentarista. De donde cabría extraer estos corolarios: que los vicios del gobierno parlamentario repercutían en el funcionamiento de la Sociedad Anónima, y por tanto, que se habían

hecho sentir los abusos del pluralismo y de la rebeldía, con su cortejo de indisciplina mansa, oligarquía invasora, desmedro de la autoridad, inestabilidad en los mandos, apatía ciudadana, absentismo suplantado por intromisiones y agios, etc., etc. Y también una obligada consecuencia: que superado el sistema político copiado como paradigma, y para restablecer de nuevo la sintonía, era de apremiante urgencia aplicar en el mundo del anonimato los remedios de sentido universalista, autoritario y totalizador que empezaban a ensayarse con éxito no siempre discutible en la arena candente de la vida política.

Ahora bien, moviéndonos ya en este campo, que más propiamente constituye «mi farmacia», sería tan insincero ocultar la realidad de las semejanzas impresionantes que se dejan reseñadas, como silenciar las reflexiones de signo antagónico que deben apuntarse. En el fondo, cualquiera concepción de tipo fundamental y primario que inspire a un país se refleja en todos sus sectores, y de ahí la correlación entre Comunidad política y Sociedad Anónima en tantos avatares de la Historia; pero ni la comparación expuesta puede llevarse a ciertas consecuencias, ni el nuevo ciclo a que se alude está enteramente consolidado y claro. Es más, desde ahora conviene dejar bien sentado que una cosa es el régimen parlamentario y otra cosa el abuso a que en algunas latitudes hubo de llegar: que aun dentro de ese régimen de articulación de Poderes, todo depende del factor hombre; y que sin estar plenamente contrastado un nuevo prototipo, no es aconsejable aplicarlo fuera de la propia órbita en que se sometió a ensayo.

En buena doctrina, el Parlamento, en un régimen parlamentario, legisla, fiscaliza, pero no gobierna. Da y quita la confianza a los Ministros, mas no usurpa sus funciones, injiriéndose día por día y acto tras acto en las tareas de la Administración. El Parlamento traza directrices y obliga al Gobierno a seguir las; y si advierte infidelidad o tibieza, destituye al Gabinete. De ahí, sin embargo, no puede pasar, y lo que nunca está facultado para hacer es convertirse en Gobierno, porque eso lleva a todos los riesgos de una Convención (que ya no es sistema parlamentario). Sin que deban olvidarse dos datos del mayor interés: en un régimen parlamentario puro, que representa ponderado equilibrio, el Ejecutivo dispone del Decreto de disolución, que es freno efficacísimo ante desmañes de la Asamblea; y en todo caso, el Parlamento es órgano de inmenso poder, porque tiene permanencia, y aun cuando funcione de modo intermitente, celebra sesiones durante largos periodos, mientras que una Junta general es meteoro fugaz, efímero, que sólo inquieta durante unas horas y que, normalmente, no interviene en la vida de la entidad. Como corolario de todo ello cabe sintetizar diciendo que el régimen parlamentario presupone correlación de Poderes, no absorción de uno por otro, no usurpación de la tarea administrativa por el órgano legislador; y con mayor motivo en un sistema liberal de Sociedad Anónima, ha de

proclamarse que la Administración ha de inspirar crédito a la Junta general, pero no puede admitirse que ésta tiranice al Consejo, haciendo imposible en la práctica la vida de la Compañía.

En otro aspecto, hoy la realidad nos enseña que un Presidente del Consejo de Ministros, aun trayendo su origen del Parlamento, puede convertirse en verdadero dictador, incluso imponiéndose a la Cámara popular. Evoquemos por un momento la historia inglesa de los últimos años: la figura del *Premier*, apenas mencionada antaño como por descuido en una lista de ceremonial, ha logrado tal pujanza, que toda la mecánica constitucional gira en torno a su titular, a poco que éste tenga relieve. Y si asume esa investidura un *leader* verdadero, casi ocurre una auténtica inversión de términos: porque la mayoría no elige, ni puede elegir a otro; porque una vez nombrado, se impone al Parlamento, y porque incluso en una elección general es su nombre el que aglutina y puede contribuir a un triunfo en los comicios. *A sensu contrario*, en un sistema presidencialista como el norteamericano, el cargo de Presidente da poderes a quien lo asume, pero no da personalidad a quien no la tenía. En definitiva, el problema es un problema de individualidades vigorosas. Y bien lo comprobamos a diario, al ver que bajo el antifaz del anonimato muchas Sociedades de este tipo son la creación de un hombre, la obra de una individualidad recia. Junto a esto, los sistemas y los regímenes, puras fórmulas, carecen de positiva eficacia.

Pese a todo lo dicho, es una verdad notoria que contra los extravíos del individualismo y para atajar desmanes del democratismo igualitario, se ha iniciado en los medios políticos una reacción universalista, que suprima exageraciones o corrija demasías. Mas no se crea que ha arraigado ya una nueva construcción, antes bien, el momento es de crisis y de lucha, porque, además, las modernas tendencias, en su propósito sano, no quieren matar la libertad, ni ahogar a los individuos. La aspiración sería respetar lo que de útil y estimulante había, aunque podando excrescencias que pudieran resultar perjudiciales. Por eso, y contemplando el sentido fuertemente intervencionista del Anteproyecto formulado, temiendo que un exceso de intervencionismo o de rigidez agobie y esterilice, un sagaz jurista, D. Antonio Garrigues, concluía su *Comentario* a dicho texto, diciendo: «Si, algún curioso lector, tuviera todavía aliento para preguntarse qué es, en una palabra, lo que se defiende en estas páginas, yo le contestaría, efectivamente, con una palabra: lo que se defiende es la libertad...».

* * *

En efecto, cuando hay algo que tiene vida, importa ante todo no matarlo. Claro es que lo espontáneo y amorfo puede seguir derroteros equivocados; que el egoísmo sin cortapisas engendra desafueros: que la autonomía, entregada a sus propios impulsos,

cae, a veces, en situaciones aventuradas; en una palabra: que lo natural y orgánico, cuando no halla límites ni guías, degenera en ocasiones y conduce a yerros o aberraciones. Pero entonces bastará con procurar la corrección del mal, cuidando de que un exceso de tratamiento no agoste energías vitales, que son siempre lo fundamental y decisivo. Porque lo artificial e impuesto puede cohibir, ahogar, reducir a esterilidad. En el eterno conflicto entre Razón e Historia, es lícito afirmar, sin necesidad de ser hegelianos, que lo real lleva en sí mucho de racional, sólo por el hecho de venir existiendo desde hace tiempo, porque los años constituyen una manera de legitimidad. Si volviéramos la mirada otra vez al mundo político, podríamos obtener grandes enseñanzas comparando el proceso inglés, con una sola Constitución, no escrita y antiestética, pero jugosa y efficacísima, y el sistema francés, pródigo en Códigos fundamentales de bella arquitectura, pero de escasa duración y parco rendimiento. Lo cual nos llevaría también a meditar sobre la dudosa *vis medicatrix* de la Ley, para ponernos en guardia contra la fe ciega que otras épocas (el racionalismo revolucionario, por ejemplo) depositaron en el poder milagroso y transformador de la norma escrita. Hoy, más cautos, sabemos que la Ley puede significar estímulo para el progreso, mas no ignoramos que su coeficiente de viabilidad y de terapéutica tónica resulta por desgracia harto limitado. Si la Ley se adelanta demasiado a su momento o exige de la masa ciudadana velocidades o sacrificios que no se podían prudentemente reclamar, el intento se frustra, por nobilísimo que fuese el empeño. Ya dijo D. Antonio Maura, en frase digna de la Escuela histórica, que los pueblos ponen en el tejido de su Historia toda la urdimbre y casi toda la trama, y que apenas puede el legislador manejar la lanzadera. Pero ello mismo obliga a extremos de precaución cuando se trata nada menos que de cambiar radicalmente la estructura de la Sociedad Anónima, lo cual supone un viraje pronunciado, de los que imponen máxima cautela en su ejecución.

* * *

Es positivo que nuestro Derecho de Sociedades Anónimas presenta lagunas y, que pudiera ser útil llenarlas con módulos legales; pero eso no quiere decir que haya de modificarse toda la organización y el funcionamiento, ni que se colmen algunos vacíos con una minuciosa reglamentación intervencionista. Es fenómeno explicable, y a diario comprobado, que el legislador se proponga tan sólo inicialmente tareas modestas, fijación de principios generales, señalamiento de directrices básicas, y que luego, al ir realizando su labor, se concrete ésta en multitud de preceptos específicos, hasta llegar acaso a reglas de procedimiento detalladas y prolijas. Mas entonces se corre el riesgo de que la normación no sea vestido que abrigue, sino coraza que oprima. Y sobre todo,

si se trata de introducir novedades de enjundia, y no cabiendo en nuestras técnicas el ensayo aclimatador que brinde experiencias aprovechables, es de desear que el impulso bien intencionado se contraste con la opinión de los círculos afectados, y que se medite detenidamente antes de implantar figuras desconocidas (recordemos *ad ex*, la del «Comisario» o la del «capital autorizado») que no tienen raigambre y pueden acarrear extorsión.

Por ello, conviene que el Anteproyecto sea sometido a una amplia información pública, según deseaban sus mismos ilustres autores, que, al enjuiciar su propia obra como labor de juristas, aspiraban a que fuese llevada al aire libre, acaso porque nosotros, como profesionales, sólo vemos en nuestros bufetes una parte de la realidad, y no siempre, por desgracia, la más noble y simpática, sino la morbosa y desconsoladora. Teniendo ya la base, ciertamente magnífica, que ofrece el trabajo realizado por el Instituto de Estudios Políticos, sería de gran fruto ese acopio de pareceres de los círculos mercantiles y forenses, incluso para rectificar, si se creyera oportuno, algunas soluciones no del todo maduras, y para decidir en definitiva si debe prevalecer la orientación, a mi juicio más democrática que liberal, en que se ha inspirado su redacción.

* * *

Son de mencionar, por último, unas advertencias que se consiguen en las primeras páginas del famoso *Report Cohen*. Allí se dice: «La legislación sobre Compañías se ha venido reformando a través del tiempo para ponerla en armonía con las nuevas condiciones existentes, pero si ha de respetarse su flexibilidad, existirán inevitablemente oportunidades para el abuso. Consideramos que si se amplía todo lo posible la información de las actividades de las Compañías se disminuirán esas oportunidades, a compás de una más robusta conciencia social. Por eso, al formular nuestras propuestas hemos tenido en cuenta cuán importante resulta no entorpecer con trabas poco razonables aquellos negocios que están regidos en forma eficiente y honesta...».

Y todavía se añade: «Tenemos, no obstante, que subrayar que nuestro objetivo (reforzar el crédito ya muy elevado de que gozan las Compañías británicas) se conseguirá, mejor que con los preceptos de cualquiera Ley, mediante la selección que los accionistas sepan realizar al escoger los administradores de su propia Compañía».

Y en consonancia con esas mismas ideas, yo quiero terminar con unas reflexiones finales.

Cuando se trata de remover la apatía de los accionistas o, de estimular el sentido de responsabilidad de los administradores, el problema, como siempre, es más complejo y más hondo de lo que suele suponerse. Toda colectividad necesita, para vivir y alentar,

de almas individuales que la animen. Si esto falta, es inútil pretender que el organismo social prospere. No caben en esta materia sucedáneos materiales o mecánicos. Y las terapéuticas mejor intencionadas fallan cuando quieren reemplazar con drogas mágicas el espíritu que se ausentó.

El fenómeno tiene tal amplitud y generalidad que florece por doquiera, y lo mismo asoma en la esfera del Derecho público que en la del Derecho privado. Los Ayuntamientos se desmedran y los Parlamentos declinan cuando Concejales y Diputados no advierten la asistencia popular que los estimule o resuscite. Las Sociedades Anónimas flaquean en su esencia vital cuando se esfuma el interés de los accionistas, y los órganos de gestión pueden sentirse, sin temor, dueños y señores de la Empresa.

Ni es pura casualidad ni mera imitación, por tanto, que coincidan síntomas análogos en lo político, en lo jurídico y en lo económico, y que plasmen soluciones correctoras en unas y otras órbitas. Lo que, sin embargo, obliga a prudente duda y a cautela recelosa es la eficacia del remedio preconizado. Porque sólo tienen virtualidad en estos casos las técnicas homeopáticas, es decir, las que combaten el mal con procedimientos similares a los del factor patógeno que causó el estrago. Y si éste se produjo por absentismo, por deserción, por abandono de los protagonistas, será baldío cualquier propósito de curar la dolencia con fórmulas que no sirvan para reavivar ese espíritu, para devolver interés por la tarea y pasión por el esfuerzo a los que de este camino se apartaron. Lo demás serán... expedientes, paliativos, calmantes: no serán verdaderos remedios que sanen. Hay que calar más hondo: *habeas animum*, en vez de *habeas corpus*. Los valores vitales del espíritu no pueden ser reemplazados por un aparato de relojería.

La fundación de la Sociedad Anónima en el Anteproyecto de reforma

JOSE GIRON TENA

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *Los problemas más importantes de la fundación en el Anteproyecto.*—A) *El artículo 12 del Anteproyecto.*—B) *El presupuesto de la suscripción completa.*—III. *El proceso de fundación en particular.*—A) *Fundación simultánea.*—B) *Fundación sucesiva.*—C) *La inscripción.*—D) *Sucesión en las relaciones precedentes.*—E) *Responsabilidades.*

I. Preliminar

Este trabajo tiene varios defectos importantes. De ellos quiero hablar para que el lector no tenga que descubrir sino los que la «paternidad» me ha oscurecido.

El de más bulto consiste en que la crítica es fundamentalmente negativa; sólo con timidez he apuntado en alguna ocasión las correcciones que, a mi entender, habían de hacerse. La excusa es ésta: carezco—quizá también los redactores—de una información «suficiente» sobre la situación actual de la vida de las sociedades anónimas. Es posible que se obtenga con la información pública abierta, pero es probable que no dé los datos estadísticos, la tipificación estatutaria, etc., que hubieran sido tan convenientes.

Lo «incompleto» de este estudio sigue apareciendo en otras cosas. He omitido el abordar temas doctrinales, excepto en el supuesto de que el texto proyectado pudiera significar—según mi juicio, claro—un obstáculo o motivo de deformación de la doctrina que siga al Anteproyecto. He seguido ese criterio incluso en algún caso en que el inteligente planteamiento de las cuestiones, por los primeros críticos del Anteproyecto, invitaban a la discusión. Lo que más trabajo me ha costado omitir ha sido lo referente a la inscripción, personalidad y sucesión en las obligaciones anteriores, tratada por NÚÑEZ LAGOS en la «Revista de Estudios

Políticos», no porque sea fácil demostrar las razones de disconformidad, sino porque discutiendo con su disciplina mental y objetividad las cuestiones es como es posible obtener resultados.

Sigue siendo incompleta la «información» que aporto. He dado textos de Derecho comparado frecuentemente, pero no están todos los que se podrían dar, ni llevan acompañamiento doctrinal. Las razones son éstas: 1.^a Como se dice antes, sólo por excepción se abordan problemas doctrinales. En lo demás se parte de doctrina conocida y, por tanto, la bibliografía se omite. 2.^a Los textos de Derecho comparado que doy tratan de expresar «técnicas» de solución de problemas. Por tanto, no he tratado de dar un cuadro erudito. También, por ese significado, debe quedar claro que no ha lugar a la postura que tachase de extranjerizante a la importación de algunas de esas «técnicas» si el problema es el mismo en nuestro país: no hay diferencia respecto de la importación de una fórmula para la fabricación de un específico farmacéutico. 3.^a Lógicamente no es tan excusable que no haya tratado cuidadosamente de las «omisiones» del Anteproyecto. He seguido su texto fundamentalmente, y al condicionar así el plan expositivo me han quedado fuera.

Las traducciones de los textos no son buenas. Han sido deliberadamente literales porque no he querido dar paralelismos con los conceptos correlativos nuestros, porque, a veces, no se corresponden exactamente. Se notará también que en esos textos predominan los correspondientes a los sistemas italiano, alemán y suizo. Ello se debe a que la estructura orgánica del Anteproyecto permite esa comparación y dificulta la referencia al sistema inglés, que se inspira en una sistemática y en unos conceptos muy distintos. Tendría mucho interés el estudio comparado con este sistema jurídico, pero habría de hacerse con un plan independiente. Requeriría, pues, otro trabajo. No puede hacerse, en su conjunto, valiéndose de la sistemática que he seguido aquí, pues los conceptos que reflejan los epígrafes repelen el Derecho inglés. He prescindido por completo del Derecho francés. A la vista de los libros o colecciones más recientes (ÉSCARRA, BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE, última edición del tomo II de PIC, el Code de DALLOZ de 1949, etc.) se percibe en seguida un cuadro formado por una legislación complicada y a veces circunstancial que no permite, como la inglesa, pero por razones distintas, una utilización sistemática.

Así, pues, este trabajo no se propone ser gran cosa. Pretende sólo abrir un temario crítico sobre ese capítulo, y si estuviera bien planteado para que se discutiera en buenas condiciones, se habría cumplido el propósito de este artículo.

En el texto de lo que he escrito sólo se dice lo que se estima que está mal o menos bien. Podía darse aquí la impresión de que se entiende que el Anteproyecto es malo. Nada de eso. Vaya, pues, por delante, el elogio. Si la discusión que le siga fuera tan

buena como el «orden del día», probablemente obtendríamos una excelente ley de sociedades anónimas. No será tan feliz el resultado si se aprueba por aclamación o si se inventa otro «orden del día». Me sé perfectamente sin autoridad para emitir estas apreciaciones genéricas. Por eso no hago ninguna otra ni escribo sobre el Anteproyecto en su conjunto. Si es intervencionista (que no lo es para quien «quiera» saber la correspondencia de los sistemas de política económica—desde el «mercantilismo» hasta aquí—con el régimen de las sociedades anónimas), si tiene influencia de algún ideario político (que no la tiene tampoco), etc., son temas que quedan fuera. Pero queda lo más molesto, el examen de cada artículo, si puedo traer argumentos, no míos, que me amparen: esto es lo que trato de hacer.

Sin embargo, sobre las «opiniones» acerca del Anteproyecto vendría tener en cuenta algunas cosas; entre ellas las siguientes: 1.ª El interés particular halagador de sectores económicos respecto de los cuales se depende en alguna manera. 2.ª Falta de comprensión del alcance real del Anteproyecto. Explícanse fácilmente algunas prevenciones ante la intervención gubernativa, pero no es tan fácil explicarse porque, si la libertad está en la Ley, suscita recelos una legalidad cuya observancia dependerá de la acción puramente privada de los actores en la vida de las Sociedades Anónimas. 3.ª Inexacta estimación del conocimiento de las Sociedades Anónimas en la «práctica». Algunos opinantes no ayudan con «datos». Conocen «su» práctica, pero no «la» práctica ni las realidades económicas y de estructuras generales. 4.ª Falta de «altura» en la apreciación de las cuestiones. Me parece que no satisfaría a algunos opinantes, si llegaran a sus manos las leyes de otros países, encontrarse luego con una española que demostrara que en nuestro país «no se sabe»—aunque sea para repudiarlo—de Derecho de Sociedades Anónimas. 5.ª No se descubre con frecuencia la intención—quizá no hay paz para eso—de ponerse a trabajar «en concreto» sobre cada cosa del Anteproyecto.

II. Los problemas doctrinales más importantes de la fundación en el Anteproyecto

Debe entenderse pacífico que el Derecho positivo ha de eludir obstaculizar el desenvolvimiento de la doctrina. Es así regla de buena técnica legislativa el evitar pronunciarse en los textos sobre cuestiones acerca de las cuales no hay unanimidad o seguridad. El peligro de la definición, del aforismo tradicional, es idéntico al que se deduce de tomar posturas que prejuzguen sobre cuestiones doctrinales. La primera «intención» de una lectura cuidadosa del capítulo II del Anteproyecto puede ser la de descubrir en qué forma los redactores han sido fieles a esas ideas.

El término «fundación» no puede detener el análisis de los fenómenos jurídicos en que se descompone. Ese análisis pone de manifiesto la existencia de un «negocio de constitución», hoy privado, y un «acto público» de inscripción. A su vez, si estamos en presencia de una fundación «sucesiva», se hará necesario discriminar el significado de la «suscripción», de los «promotores», de la «Junta constituyente», de la «sucesión de la sociedad en los derechos y obligaciones nacidos durante la fundación». Es probable que no haya sido afortunado, o que no sea muy perspicaz, o que los redactores hayan trabajado bien—esto es lo más seguro—; en cualquier caso, no encuentro en este orden de ideas más materia de discusión que el artículo 12. A él se va a dedicar el epígrafe A) siguiente.

Dentro de este grupo de cuestiones doctrinales también me parece que debe hablarse del problema de la «suscripción completa» como presupuesto de la fundación. Aquí las razones no son aquellas de técnica legislativa antes expuestas. No se deben anticipar y quedan remitidas al epígrafe B).

A) *El artículo 12 del Anteproyecto.*

Al lector puede resultarle molesto buscarlo y a mi me conviene que le tenga delante mientras lee la crítica. Le transcribo, pues, juntamente con el texto de la Exposición que le explica:

«Dentro de la fundación simultánea, que es la más extendida en nuestra práctica notarial, aunque en ella se omite el requisito de la íntegra suscripción del capital, el Anteproyecto ha seguido el esquema de la práctica mercantil española, que incorpora los Estatutos a la escritura notarial de fundación. Pero se ha cuidado de separar el contenido propio de los Estatutos del contenido propio de la escritura como conceptos diversos que no aparecen debidamente diferenciados ni en nuestro Código de Comercio ni en el Reglamento del Registro Mercantil. Doctrinalmente, la distinción se funda en que el contrato es el germen de la sociedad, mientras que el Estatuto es la norma de vida de la sociedad nacida y en funciones. Por ello, siendo la escritura un contrato, esencial en ella serán los nombres de los contratantes, la expresión de su voluntad de fundar una sociedad anónima y la determinación de las aportaciones de los socios. En cambio, representando los Estatutos la constitución de la sociedad, habrán de contener menciones relativas a sus elementos personales (denominación y duración de la sociedad, designación de sus administradores), a sus elementos reales (capital social y número de acciones en que esté dividido, parte del capital no desembolsado y plazos para su desembolso) y al funcionamiento de la sociedad como corporación y como co-

merciante (objeto social, administración y juntas de socios)». El texto del artículo 12 es el siguiente: «En la escritura de constitución de una sociedad se expresará: 1.º Los nombres, apellidos y estado de los otorgantes, si éstos fueran personas físicas, o la denominación o razón social, si son personas jurídicas y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio. 2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una Sociedad Anónima. 3.º Los Estatutos que han de regir el funcionamiento de la Sociedad, en los que se hará constar: a) La denominación de la Sociedad. b) El objeto social. c) La duración de la Sociedad. d) La fecha en que dará comienzo a sus operaciones. e) El domicilio social y los lugares en que tenga sucursales, agencias o delegaciones. f) El capital social, expresando el número de acciones en que estuviese dividido, el valor nominal de las mismas, su categoría o serie si existieran varias y si son nominativas o al portador. g) La parte del capital social no desembolsada y el modo en que hayan de satisfacerse los dividendos pasivos. h) La designación de la persona o personas que habrán de ejercer la administración y el modo de proveer las vacantes, indicando quién ostenta la representación de la Sociedad. i) Los plazos y formas de convocar y constituir las juntas de socios, tanto ordinarias como extraordinarias. j) La forma de deliberar y tomar acuerdos en los asuntos de la competencia de la Junta. 4.º El metálico, los bienes o derechos que cada socio aporte, indicando el título y el concepto en que lo haga, el valor que haya de atribuirse a las aportaciones no dinerarias y el número de acciones recibidas en pago. 5.º Se podrá, además, incluir en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en la Ley.»

No hubiera pensado que podía ser peligroso, por «demasiado doctrinal», este artículo si la conversación con algunos Notarios, que tratan de construir uno de los temas del Programa de oposiciones entre Notarios, no me hubiera puesto de manifiesto que un buen sector de estudiosos está inclinado a hacer una elaboración en la que se «oponen» Escritura y Estatutos, y en la que puede estar la base, por equivocación en el planteamiento, de uno de esos temas de debate eterno, a los que no se encuentra solución porque no son problema. El Anteproyecto ha recibido en la sistemática del contenido de su artículo 12 las ideas de la página 24 de la Exposición antes transcrita, doctrina que no es exacta en todos sus términos y que carece del alcance e importancia que parece quererle dar cuando se habla de una «cuidadosa» separación. En síntesis, mi crítica pretende demostrar que, en

buena técnica legislativa, no se ha debido recibir en el texto esta cuestión doctrinal y que la forma en que se ha recibido invita a trabajar sobre un mal planteamiento.

Dice la Exposición que «ha seguido el esquema de la práctica mercantil española que incorpora los Estatutos a la escritura notarial de fundación». Pero se ha cuidado de separar el contenido propio de los Estatutos del contenido propio de la Escritura como «conceptos diversos»... El «contrato» es el germen de la Sociedad y el Estatuto la norma de vida de la Sociedad «nacida y en funciones». Por ello, en números separados del artículo 12, se hace mención de los «elementos esenciales», del «contrato» de Sociedad y, en un número independiente, se trata de los «Estatutos» que se «injertan» en la escritura como concesión a la práctica, pero como cosa aparte.

α) No es verdad que los Estatutos no sean el contrato. Lo son. Son, además, Estatutos: pero son también contrato. Esto se verá claro mediante la discriminación de las ideas jurídicas que hemos de utilizar en la descomposición de los fenómenos que para el Derecho se producen en el momento constitutivo de una Sociedad Anónima. Prescindamos—y esta exclusión es legítima—de la parte que tome el Estado con la inscripción. En lo que queda así remitido a la actividad privada, se producen las siguientes cosas:

α) Un negocio constitutivo cuya naturaleza no interesa ahora; β) del que nace un «ente corporativo», la Sociedad Anónima γ), sometido a un Reglamento «redactado»—este término no prejuzga—por los que le fundaron. Correlativamente, los problemas que aquí se tratan corresponden: α) Al capítulo de los negocios jurídicos; β) Al capítulo de las «personas jurídicas» y a su desarrollo en materia de «asociaciones» y «sociedades»; γ) Al capítulo de la «autonomía» en la producción del Derecho, en la forma que sea posible dentro del monopolio estatal.

Si examinamos la doctrina específicamente mercantilista, encontraremos que nadie atribuye a los Estatutos el carácter de Derecho objetivo. Es decir, que en el momento actual no quedan, después de la «privatización» de las estructuras tomadas de las viejas compañías coloniales, quienes crean que los Reglamentos de las Sociedades Anónimas puedan tener ese carácter. En la doctrina italiana, el intento de SCORZA no ha tenido aceptación. Este autor¹ pretendió demostrar que la obligatoriedad de los Estatutos, a no poderse basar—según él—en la voluntad de los socios, había de fundamentarse en su naturaleza del Derecho objetivo. Esta postura no es original—véase luego la doctrina alemana—, pero, al ser materia de defensa por vía monográfica, llamó la atención de los mercantilistas, y su cita se hace obligada

1. En su monografía *Gli statuti degli enti a tipo associativo con particolare riguardo alle società di commercio*. Roma, 1934.

aunque sea para aparecer aislada y ser rebatida. Ya W. BIGIAMI² se ocupó de refutar aquella tesis. Si examinamos cualquier libro actual nos encontraremos esa cita y refutación indicadas³. En la doctrina francesa ocurre otro tanto. Si se utiliza la alemana nos encontraremos con igual resultado. Pero conviene aclarar cómo debe utilizarse esta doctrina. Los autores alemanes utilizan como instrumento sistemático fundamental la calificación de las Sociedades Anónimas como Asociaciones y, por tanto, debe partirse, en la referencia, de la invocación de los civilistas y, entre éstos, por lo menos, es seguro que esté generalizada la misma caracterización⁴. La "germanización" del derecho alemán que se pretendía durante el nacional-socialismo influye en algunos autores de ese momento. Así, J. v. GIERKE⁵ distingue el acuerdo de fundación—contrato de sociedad corporativo—que reúne las voluntades en el acuerdo sobre los Estatutos, y los Estatutos en la vida de la Sociedad. En este segundo momento, la «construcción alemana»—dice—ve derecho objetivo «interno» para la corporación. Inmediatamente advierte: «Una opinión extendida ve en los Estatutos solamente el contenido de un negocio jurídico contractual». En cualquier caso no son puro derecho objetivo y nacen por negocio jurídico cualquiera que sea—por ahora no nos interesa—, la naturaleza jurídica de éste. De consiguiente, esta dirección también está dentro de la idea negativa.

Sabido lo que no son los Estatutos, queda por saber qué son. Y esa misma doctrina antes recogida nos lo indica. Dos textos me voy a permitir copiar para mayor claridad. Interpretando BRUNETTI el último párrafo del art. 2.328 del C. c. italiano, que «expresamente» dispone que los Estatutos, incluso si forman objeto de acto separado, se consideren parte integrante del acto constitutivo copia de VIVANTE: son partes integrantes del mismo acto, ya que si el acto constitutivo es un contrato, los Estatutos forman simplemente uno de sus elementos. Los Estatutos deben ser compilados y votados juntamente con el acto constitutivo, porque no se puede hacer un contrato si no establecen al mismo tiempo todos los elementos sobre los cuales debe converger el consentimiento de los contrayentes^{5 bis}. «El Estatuto es distinto del acto constitutivo únicamente en las Sociedades Anónimas porque, sólo en estas Sociedades, la cualidad de socio es normalmente transmisible,

2. En la «Riv. D.º Comm.», 1934, t. I, pág. 293.

3. Véase BRUNETTI: *Tratato del Diritto delle Società*, t. II, Milán, 1948, páginas 197 y ss., en que se recogen las posiciones coincidentes de SALANDRA, ASCARELLI, AULETTA, y se afirma el carácter general con que se adopta por la doctrina italiana la orientación que describo. No es preciso, pues, hacer una «nota-catálogo».

4. También aquí está hecha la «recopilación» doctrinal (no es extraño que así suceda en un punto debatido cuando se coincide en una solución), y puede verse en el *Kommentar zum Bürgerliches Gesetz Buch* de PLANCK, t. I, 4.ª ed., Berlín, 1913, pág. 70.

5. *Handelsrecht und Schifffahrtsrecht*, 5.ª ed., t. II, Berlín, 1941, págs. 77 ss. 5 bis. Ob. cit., lug. cit.

y las reglas relativas al funcionamiento de la organización social aplicables también a los nuevos socios, se entienden oportunamente destacados de las disposiciones relativas a la formación originaria de la sociedad. Sin embargo, acto constitutivo y Estatuto, por su simultáneo e idéntico origen, tiene la misma naturaleza jurídica, forman un conjunto único y se interpretan recíprocamente, el uno por medio del otro, como una única declaración de voluntad (SALANDRA) ⁶.

Podrá haber luego una discusión, reflejo de la correspondiente a la naturaleza jurídica del negocio constitutivo de la Sociedad, pero en cualquier caso es pacífico que los Estatutos son parte de ese negocio de constitución. En consecuencia, no es exacto que los Estatutos sean sólo la norma de la «sociedad nacida y en funciones». Los Estatutos hacen nacer la sociedad porque son una parte del negocio de constitución y «luego la rigen», pero este segundo aspecto no excluye al descrito.

b) La discriminación de los elementos del contrato que hace el art. 12 no es satisfactoria. Conviene transcribir ahora unos textos de D. comparado que, como antes, faciliten el razonamiento.

«La Sociedad debe constituirse por acto público. El acto constitutivo debe indicar: 1) El apellido y el nombre, el nombre del padre, el domicilio, la naturaleza y la raza de los socios y el número de acciones suscritas por cada uno de ellos. 2) La denominación, el domicilio de la Sociedad y los eventuales domicilios secundarios. 3) El objeto social. 4) El montante del capital suscrito y desembolsado. 5) El valor nominal y el número de las acciones y si estas son nominativas o al portador. 6) El valor de los créditos y de los bienes aportados «in natura». 7) Las normas según las cuales deberán repartirse los beneficios. 8) La participación en los beneficios que eventualmente se haya acordado a favor de los promotores o de los socios fundadores. 9) El número de los administradores y sus poderes, indicando cuáles de entre ellos tienen la representación de la Sociedad. 10) El número de los que compongan el «collegio sindicale». 11) La duración de la Sociedad.— El estatuto, que contiene las normas relativas al funcionamiento de la Sociedad, aunque forme objeto de acto separado, se considera parte integrante del acto constitutivo y debe alegarse en éste.» (Art. 2.328 del C. c. italiano.) «Los Estatutos deben establecerse en documento judicial o notarial... En el documento deberá constar el importe nominal, el

6. SALANDRA: *Società commerciale*, en «Nuevo Digesto Italiano», t. XII, 1940, pág. 440, columna 2.ª Mayor información puede obtenerse viendo los libros citados en las notas anteriores, en los lugares indicados. Se han discriminado en el texto los aspectos negativo y positivo, porque así conviene a la claridad de la demostración

desembolsado y si existen varias clases, la clase de acciones que cada partícipe asume. Los Estatutos deben determinar: 1.º La firma y el domicilio de la Sociedad. 2.º El objeto de la empresa. 3.º La cifra capital. 4.º El importe nominal de cada acción y, si existen varias clases, las clases de acciones. 5.º La manera de formar el consejo de administración. 6.º La fórmula con que la Sociedad se dará a conocer.» (Art. 16 de la Ley alemana del 37.) En derecho suizo, véanse los arts. 626, 627, 637 y 638 del C. O. modificado en 1936. «El «memorándum» de cualquier compañía debe consignar: a) El nombre de la compañía, con *limited* como última palabra del nombre, en caso de ser una compañía *limited by shares* o *by guarantee*. b) Situación en Inglaterra o Escocia del domicilio de la compañía. c) El objeto de la compañía. Si se trata de una compañía con un *share capital*: a) El *memorandum* debe también determinar, a menos que sea una *unlimited company*, el montante del *share capital*, con el que la compañía propone ser registrada y su división en acciones de un importe fijo. b) Ningún suscriptor del *memorandum* puede asumir menos de una acción. c) Cada suscriptor debe escribir frente a su nombre el número de acciones que asume. (Sect. 2 de la *Companies Act 1948*)⁷.

Inmediatamente saltan a la vista, si comparamos estos textos con el del artículo 12, las siguientes cosas: 1.º Un buen número de los datos que en nuestro artículo 12 constituyen parte de los Estatutos son en el Derecho italiano parte del *Atto costitutivo*. 2.º Si coincide con los Estatutos del Derecho suizo y alemán, es porque en estos sistemas no se ha discriminado un *contenido* para la escritura. *Todo es Estatuto*. 3.º El *Memorandum of association* inglés contiene parte de lo que el artículo 12 lleva a los Estatutos. Nótese⁸ que el Derecho inglés regula los *Articles of association* que serían el equivalente de los Estatutos. Resulta así que el artículo 12 es *original*.

7. En esta sección no hay alteración fundamental respecto de la ley de 1929. Si en materia de modificación del *Memorandum*, pero eso no interesa. Véase MORRIS FINER: *Companies Act 1948*, Londres, sin data, pág. 116 de la parte de concordancias e innovaciones. Conviene recordar, en la imposibilidad de dar una idea mejor mediante la transcripción de artículos, que la «*Companies Act*» regula, además, los «*Articles of Association*», que vienen a constituir el equivalente de los Estatutos. La doctrina entiende que forman una unidad «*Memorandum*» y «*Articles*» a los fines de interpretación (vid. STEVEN'S: *Elements of mercantile Law*, 10.ª ed., 1938, a cargo de HERBERT JACOBS, pág. 225; PALMER'S: *Company Law*, 17.ª ed., Londres, 1942, a cargo de TOPHAN, pág. 29; CHARLESWORTH: *Principles of Company Law*, 2.ª ed., Londres, 1938, pág. 23 y ss.). En ellos se encontrará una visión más completa. En este lugar interesan ideas escuetas para facilitar la simplicidad en la comparación. Tampoco se puede exponer el significado como reminiscencia del sistema de ley especial que tiene el «*Memorandum*».

8. Vid. nota anterior.

Si ahora el lector se toma el trabajo de leer el artículo 12, prescindiendo del número 3, en el que se contienen los Estatutos, y considera que no existe ese número, verá que el contrato de Sociedad Anónima no puede nacer sin ese número que reglamentaría la Sociedad *ya nacida* en opinión de la Exposición. ¿Por qué ocurre esto?

α) Los números primero y cuarto contienen los *elementos esenciales* del Contrato de Sociedad, pero no del contrato de Sociedad Anónima. El número quinto contendría los *elementos accidentales*, pero, claro está, que no se sabe si del contrato de sociedad anónima o del contrato de sociedad. En efecto, en el estudio general de las sociedades se analizan los *elementos personales* (n.º 1), *elementos reales* (la aportación, n.º 4) y *elementos formales* (la escritura).

No se trata ahora de ver si están completos y si haría falta hablar de otras cosas. Interesa sólo el porqué de la *fórmula* de redacción. Pero la sociedad anónima es sociedad y además es anónima y requiera una *firma*, un *capital*, una *responsabilidad limitada*. De aquí que la voluntad de constituir una sociedad anónima del número 2, por muy *buena voluntad que sea*, no puede constituir una sociedad anónima que no se sabe *cómo se llama* ni qué capital tiene, etcétera. Esos son los *elementos esenciales* del contrato (?) de sociedad anónima y éstas en los Estatutos (!) del número 3. Consecuentemente, o los Estatutos son parte del contrato o no hay contrato de sociedad anónima en el Anteproyecto.

β) En la práctica, como los Estatutos forman parte de la escritura, no pasará nada, y desde este punto de vista el artículo funcionará bien. Pero no estará de más saber por qué. Cuando los redactores invocan que siguen el *esquema de la práctica mercantil española, que incorpora a los Estatutos a la escritura notarial de fundación*, pero que ellos *cuidan* de separar las cosas, dicen ya lo que necesitamos saber. Ellos se han equivocado al creer que el contenido propio de la escritura es sólo lo que enuncian en los números 1, 2, 4 y 5, y la práctica notarial llevaba razón al contener los Estatutos. La concesión a la práctica no es ningún regalo. Es incorrecta la ecuación escritura = contrato de sociedad, en general, que los redactores hacen, y era ya correcta la ecuación escritura = comparecencia y capacidad, exposición, estipulaciones y, entre ellas, los Estatutos (!), otorgamiento y autorización. La escritura es sólo una *forma*. No hay razón alguna para tipificar una escritura de sociedad, en general, porque puede contener cualquier clase de negocios.

γ) Los Estatutos que nacieron por vía de negocio jurídico *inmediatamente* después de servir al nacimiento de la sociedad, pasan a ser el *reglamento del ente corporativo*. Así explica la doctrina su alterabilidad. La voluntad de la corporación, manifestada por los *negocios colegiales* que son los acuerdos mayoritarios, puede modificarlos. La distinción entre *senalagma genético* y *senalag-*

ma funcional, inexistente éste en las anónimas, unida a las anteriores ideas, permiten excluir del concepto *modificación de los contratos* la modificación de los Estatutos.

El problema de los *límites* de la alterabilidad no interesa exponerlo ahora en toda su amplitud.

Es *inútil*, pues cualquier intento de extraer consecuencias de la distinción entre Escritura y Estatutos, que se hace en el Anteproyecto en materia de modificación de éstos:

1) En la *escritura* del Anteproyecto no hay materia que pueda suscitar deseo de modificación, porque no contienen *materia de Sociedad Anónima*. Por tanto, no se ha producido una detracción de cuestiones más o menos inalterables, como hace, por ejemplo, el *Memorandum of Association* inglés ⁹.

2) Es en los Estatutos donde están, naturalmente, las cuestiones que constituyen el temario conocido de *bases esenciales*, que unidas a otras cuestiones que no constituyen el objeto de nuestro estudio, forman la materia problemática de la modificación de los Estatutos ¹⁰.

3) Sería, pues, incorrecto, construir a la vista del artículo 12 una doctrina que considerara inalterable el *contrato* y alterables los *Estatutos*. Los pactos que se contengan en la escritura, de acuerdo con el número 5, no serán, por eso, permanentes. Su carácter se derivará de su propia naturaleza y no de la colocación en el documento notarial.

4) Es muy dudoso que el *contrato* de sociedad sea un *contrato*. Ya se ha dicho antes que no se pretende en este artículo construir la doctrina general de la fundación de la sociedad anónima, sino hacer el estudio crítico del capítulo del Anteproyecto que trata de este tema y, por consiguiente, exponer exclusivamente lo que se piense para ese fin. Por tanto, sin entrar en la exposición de las teorías sobre la naturaleza del negocio de fundación de una sociedad anónima, si importa decir que hoy está generalizada la doctrina que *niega* que se puede tratar de dicho negocio de acuerdo con la doctrina general de los contratos, en cuanto inducida de los bilaterales. Esta nota *negativa* es bastante y permite, sin exponer las distintas posiciones, hacer las siguientes advertencias:

a) La Exposición de Motivos ha debido evitar la utilización del término *contrato* para aclarar el artículo 12. No era necesario que se pronunciara en esa materia.

b) Desde el punto de vista positivo, el Anteproyecto ha debido tratar la materia de *nulidades*.

5) De lo anteriormente expuesto se deduce que sin el rumbo

9. Véanse, en el lugar citado del libro de MORRIS FINER citado, las alteraciones en este punto respecto de la doctrina de la ley del 20, y también, recogiendo la línea marcada por el Cohem's Report, el artículo en «Revue Trimestrel de Droit Commercial».

10. Véase el cap. V del Anteproyecto, que confirma lo que en el texto se dice.

al que incita la Exposición de Motivos, el artículo 12, al incorporar los Estatutos a la Escritura, no por concesión a la práctica, sino porque así debe ser, no ofrece motivo de censura. Si la exposición no acompaña a la Ley o si se suprimen esos párrafos, no creo que sea necesaria ninguna otra modificación.

B) *El presupuesto de la SUSCRIPCIÓN COMPLETA*

El tratar aquí de esta cuestión se debe a que se facilita su estudio a la vista del contenido del anterior epígrafe. En realidad, no hay otro problema doctrinal sino el de la adición de un *presupuesto* (juntamente con otros, en este momento excluidos de nuestra consideración), necesario para el nacimiento de la Sociedad. En el Derecho vigente se puede fundar una sociedad anónima sin suscripción íntegra de su capital. No hay tampoco ningún inconveniente *dogmático* en ello. En el Anteproyecto cambia la cuestión con la *condictio iuris* que se exige en el artículo 9.º Ni el sistema del Derecho vigente, ni el que se trata de implantar, plantean dificultades conceptuales. Lo que se trata de estudiar es si el cambio *dogmático* es *conveniente*, es decir, si es *práctica* la nueva solución *científica* que *retrasa* la fundación válida.

Los textos de interés son los siguientes:

«No podrá constituirse sociedad alguna que no tenga el capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte por lo menos (art. 9.º).» «El capital social no podrá ser inferior en ningún caso a cinco millones de pesetas y se expresará precisamente en esta moneda (art. 4.º).» «Tanto en los Estatutos primitivos como en los acuerdos de su modificación adoptados con los requisitos previstos en el artículo 85, podrán encomendarse a los administradores de la sociedad la facultad de aumentar su capital en una o varias veces, hasta una cifra determinada, en la oportunidad y en la cuantía que ellos decidan, sin previa consulta a la Junta General. Estas elevaciones no podrán en ningún caso ser superiores a la mitad del capital nominal de la sociedad en el momento de la autorización y deberán realizarse dentro del plazo máximo de cinco años a contar de la fundación de la sociedad o de la modificación de sus Estatutos y mediante la emisión de acciones ordinarias. La emisión se someterá a lo previsto en los artículos 90, 91, 92 y 93 de la presente Ley. Hasta que la emisión se realice, el capital autorizado no podrá estar representado por acciones ni llevado al pasivo del balance (art. 97).»

Su análisis requiere un estudio del significado del Derecho vigente y del origen del nuevo sistema para poder hacer juicio de éste.

1. En el Derecho vigente la situación es como sigue, tomando un texto de Garrigues:

«Nuestro Código de Comercio no contiene ninguna norma general sobre suscripción de acciones. Excepcionalmente el artículo 185 prohíbe la constitución de Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas mientras no tuvieren suscritas todo el capital social y realizado el 25 por 100 del mismo. Luego las demás Compañías pueden constituirse aunque no esté suscrito todo el capital social o, aunque estándolo, no esté desembolsado el 25 por 100. El Reglamento del Registro acoge en su terminología la palabra técnica *suscripción* (arts. 122, núm. 8.º, 127 y 130). Del primero de esos preceptos se deduce que para el acceso al Registro no es necesario la íntegra suscripción del capital social (la suscripción ha de expresar las acciones que hubieren sido inscritas y las que la Sociedad conservase en cartera). Menos todavía necesita estar totalmente desembolsado el capital en el momento de la fundación: el párrafo 7.º del art. 151 impone como requisito de la escritura la determinación del plazo o plazos en que habrá de realizarse la parte de capital no desembolsado al constituirse la Compañía (este precepto ha de ponerse en relación con el 185).» «De aquí la triple posibilidad en cuanto a la situación del capital que una Sociedad Anónima emite: *en cartera* (la Sociedad no pone en circulación todas las acciones, sino que se reserva una parte de ellas para ofrecerlas a la suscripción cuando tenga necesidad de nuevos recursos); *suscrito* (los futuros accionistas se han obligado mediante la suscripción al desembolso del importe nominal de las acciones suscritas); *desembolsado* (los accionistas han cumplido en su totalidad la prestación ofrecida al suscribir las acciones, quedando éstas liberadas)» ¹¹.

El propio ilustre autor marca la relación entre nuestro sistema y el inglés.

«El hecho de que tampoco la legislación inglesa conozca la distinción entre fundación sucesiva y simultánea y la similitud entre el capital *autorizado* del Derecho inglés y el capital *escriturado* de nuestra práctica notarial y el capital *emitido* de aquel derecho y el capital *suscrito* del nuestro, inducen a pensar en una aproximación de nuestro sistema al inglés. Es cierto que el Derecho inglés no exige tampoco la íntegra suscripción del capital como requisito previo al nacimiento de la Sociedad Anónima, pero también es cierto, que el sistema de publicidad es allí más

11. GARRIGUES: *Tratado*, I, 2, págs. 854 y ss.

riguroso que entre nosotros, de suerte que el público conoce perfectamente la cifra del capital autorizado y la del capital emitido y suscrito»¹².

2. La Exposición de Motivos sigue las ideas anteriores. En la página 22 se contienen las transcritas y en la siguiente se añade:

«El anteproyecto reacciona contra este sistema que permite la constitución de Sociedades con enormes capitales aparentes, de los cuales se suscribe tan sólo una ínfima parte y se desembolsa sólo una pequeñísima porción de esa ínfima parte. El principio que instaura el Anteproyecto es el que no podrá constituirse Sociedad alguna que no tenga el capital suscrito totalmente y desembolsado en una cuarta parte al menos. No desconocen los redactores del Anteproyecto que este principio viene derechamente a prohibir una práctica muy extendida en las Sociedades Anónimas españolas, y que consiste en conservar en cartera cierto número de acciones, ya en el momento fundacional, ya en el momento de la elevación del capital, para conceder así a los administradores un fondo de maniobra con ese capital en cartera, cosa que les permitirá elegir a su arbitrio el momento más adecuado para lanzar este capital al público, entregando las acciones en cartera para ser suscritas a metálico o a cambio de una aportación de bienes *in natura*. El sistema de las acciones en cartera permite, ciertamente, a los administradores una gran libertad de movimientos para atraer nuevos recursos a las cajas sociales sin necesidad de observar los rigurosos requisitos de la reforma estatutaria. Pero se ha creído que estas ventajas eran menores que los inconvenientes de semejante práctica, derivados quizá de la costumbre de llevar al pasivo del balance la totalidad del capital escriturado, para dar mayor sensación de poderío económico, aunque ese capital no esté suscrito, llevando al Activo la contrapartida de las acciones en cartera, las cuales se manejan como si realmente constituyeran un Activo real. Por ello, ha parecido prudente la supresión radical de las acciones en cartera, sin crear ninguna oscuridad en cuanto a la situación económica de la Sociedad, ni dar ocasión a manipulaciones, que, a veces, adolecían de falta de pulcritud.»

12. Ob. cit., págs. 861 y ss. Al párrafo que he recogido en el texto habrían de hacerse algunas observaciones, particularmente en lo referente a las clases de fundación, ya que habría que exponer la materia del «Commencement of business» y el otorgamiento del «Trading certificate». En cualquier caso, es la síntesis descriptiva lo que interesa.

3. Parece que el *capital autorizado* que se preconiza y se reglamenta en el artículo 97 procede del Derecho inglés, sistema jurídico con el que se daba la mayor analogía de nuestra práctica. No es así. El *capital autorizado* inglés ha venido al Anteproyecto *vía Alemania*, sintetizando los preceptos contenidos en los artículos 169 y 170, fundamentalmente de la Ley alemana del 37.

Doy el texto para que pueda hacerse la comparación de texto y técnica entre el artículo 97 y éstos:

«Los Estatutos pueden autorizar al Consejo de Administración por un período máximo de cinco años, a partir de la inscripción de la sociedad, a elevar el capital mediante la emisión de nuevas acciones contra aportaciones hasta un determinado importe (*Genehmigtes Kapital*). La autorización puede hacerse mediante la modificación de los Estatutos por un período máximo de cinco años, a partir de la inscripción de la modificación. El acuerdo de la Junta General requiere una mayoría, al menos, de los tres cuartos del capital representado en el acuerdo. Los Estatutos pueden exigir una mayoría superior u otros requisitos. Se aplica debidamente el artículo 149, ap. 2 (referente al aumento del capital). El importe nominal del capital autorizado no deberá ser superior a la mitad de la cifra-capital existente en el momento de la autorización. Las nuevas acciones deberán emitirse con el consentimiento del *Aufsichtsrat* (art. 169). Para la emisión de las nuevas acciones rigen correspondientemente, si otra cosa no se deduce de las disposiciones siguientes, los artículos 152, 153, apartados 1 y 2, 154 a 158, sobre aumento de capital. En el lugar del acuerdo sobre aumento de capital se sustituye la autorización de los Estatutos para emitir nuevas acciones (artículo 170, ap. 1).»

El Derecho italiano, artículo 2.443, también conoce el *capital autorizado* en términos semejantes¹³.

4. Sin embargo, hay un *capital autorizado* continental y un *capital autorizado* inglés, semejantes pero no iguales, cuya diferenciación se debe a razones históricas. Conviene que en rápida síntesis se exponga lo que hay sobre este particular¹⁴.

13. «El acto constitutivo puede atribuir a los administradores la facultad de aumentar, en una o más veces, el capital mediante emisión de acciones ordinarias, hasta un montante determinado, por el período máximo de un año, desde la fecha de la inscripción de la Sociedad en el Registro de Empresas. Tal facultad puede también ser atribuida, mediante modificación del acto constitutivo, durante la vida de la Sociedad, por el período máximo de un año desde la fecha del acuerdo. El acuerdo de los administradores de aumentar el capital debe depositarse e inscribirse de acuerdo con el artículo 2.436.»

14. En la evolución histórica que a continuación se trata en el texto, he seguido fundamentalmente la monografía de RODO V. SALIS: *Das autorisierte*

Se evitará exponer el total de la evolución de la estructura interna de la Sociedad Anónima y consecuentemente del significado histórico del capital hasta que el *fonds perpetuel* o el *joint stock* es defendido y se adquiere conciencia del principio de estabilidad. En la exposición clásica de LEHMANN está hecha esa tarea. Se da, pues, por supuesto que es fácil contrastar lo que está detrás de los puntos de partida que a continuación se adoptan.

a) La *Buble Act inglesa* podría tomarse como representativa de la implantación formal de un sistema, que paralelamente al continental de *Oktroi* atribuía al Estado unas funciones de protección preventiva, extraordinariamente onerosa en tiempo, dificultades y dinero, por el sistema de *Charter*, cuya concesión se reservaba el Parlamento. La *Charter* había de contener una cláusula referente al capital (la continuidad histórica inglesa permite verla aún en el contenido *necesario* del *Memorandum of Association*), cuya alteración implicaba las mismas dificultades que el otorgamiento mismo en el supuesto de fundación. Para protegerse del rigor de la inalterabilidad y contando con la falta de preceptos sobre *capital mínimo o máximo o mínimo de suscripción*, se siguió la práctica de consignar un capital superior a las necesidades inmediatamente previsibles sencillamente por *si acaso*. Este es el *capital autorizado* por el *acto público* de concesión de la *Charter*. Se trata económicamente de prever facilidades en orden a la financiación de la empresa, por vía de fundación o de aumento de capital. Desde el punto de vista jurídico, se persigue originariamente *anticipar la autorización* del Estado. Sólo secundaria y posteriormente, y como reflejo de dos cosas, a saber: la independización frente al Estado, al privatizarse la sociedad anónima, y el fortalecimiento de la dirección, el capital autorizado implica un *anticipo* de la autorización por la Junta general¹⁵.

b) En el Derecho francés, el punto de partida es el *Code*. Hasta él, no hay derecho general de sociedad anónima, sino la Ley de cada sociedad. La interpretación del Código y del *sistema de concesión* que se implanta exige un análisis *material* de la *oportunidad* de cada sociedad. La tutela pública penetra en la adecuación del capital, al fin de la empresa. Los Prefectos, al autorizar la concesión, han de examinar si el capital existe efectivamente y si su desembolso está asegurado. No se llega a exigir la *suscripción íntegra*: se puede autorizar una sociedad, si se indican plazos en los cuales la suscripción se pueda completar, decayendo la concesión si no se realiza.

El tránsito de este sistema, de exigencia *relativa* de la suscrip-

Kapital («Rechtsvergleichende Behandlung von Gründungsfinanzierung und Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft»). Berlín y Zurich, 1937. He procurado confrontar con ella los textos ingleses, italianos y franceses posteriores a la fecha de edición. A este libro me remito para mayores detalles, ya que sólo he recogido ideas muy someras y asintéticas.

15. Véase SALIS, ob. cit., pág. 50.

ción completa, al *absoluto* se debe al cambio del *sistema de la concesión* al de *disposiciones normativas*, forzado por las sociedades comanditarias. Para éstas no se exigía la suscripción íntegra, porque se confiaba en la responsabilidad ilimitada de su dirección. Los grandes abusos cometidos mediante la utilización de testaferreros fueron inmediatos. Se impuso entonces el principio de *suscripción íntegra*, sin ninguna posibilidad de aplazamiento (Ley de 17 de julio de 1856). Esta rigurosa prescripción, que acompañaba a la libertad interna de movimientos, se importó también con las sociedades de responsabilidad limitada (Ley de 23 de mayo de 1863) y, por último, pasó a la Ley fundamental de 24 de julio de 1867. Mas no se trata de una norma aislada. Su origen está en esos antecedentes, pero su *sentido* deriva del nuevo *sistema normativo*. El Estado se desentiende de toda investigación *material* sobre la utilidad de la empresa y abandona su misión tutelar. Ofrece a los acreedores y suscriptores los elementos para que ellos juzguen; he ahí la razón de ser de la *publicidad registral*. Pero no se conforma con esto y exige, además, la necesidad de la *suscripción íntegra*, cuyo origen hemos visto ¹⁶.

Así pues, deja de tener sentido la expresión capital *autorizado*... por el Estado. Si se pretende buscar sentido al hablar de un capital *autorizado* hay que encaminarse hacia la distribución de poderes entre los órganos de la sociedad; si cabe un anticipo de autorización por la Junta general al afirmarse la soberanía de ésta. Pero este tema queda excluido de nuestra consideración ¹⁷.

La gran influencia del Derecho francés del siglo pasado lleva las normas, antes expuestas, al Derecho continental. Y así resulta que en el Derecho alemán precedente a la reforma de 1937—de donde, como antes se ha dicho, viene el artículo 97—se pueden seguir los mismos momentos del Derecho francés (Código de 1862, *Aktien-nouvelle* de 1870, *Aktiennouvelle* de 1884, Código del 97).

c) Se inicia en el Derecho continental el examen del Derecho anglosajón, como posible modelo, en Alemania como consecuencia de la aproximación de su técnica financiera a la de esos países. El problema a resolver está dado fundamentalmente por las fórmulas jurídicas peligrosas con que se pretende orillar la falta de agilidad financiera que llevan en sí el principio de *Wollzeichnung* y los requisitos del aumento de capital. Fundamentalmente, el problema se plantea alrededor de un instrumento que produce el tráfico alemán, semejante en sus peligros a nuestras acciones en

16. No bastan las anteriores ideas—me hago cargo—para dar una «sención» completa del significado tutelar del sistema de concesión; pero he de prescindir de lo accidental en temas como este, de suyo extensos.

17. No interesan las fórmulas del Derecho comparado que permiten la utilización del mecanismo del capital autorizado o cuando no haya nada sobre el particular en el Derecho positivo, sino justamente las contrarias, las que se adoptan en el Derecho comparado actual orientando esa práctica anterior. En todo caso, véase SALIS. ob. cit., págs. 211 y ss.

cartera, aunque conceptualmente diverso. Se trata de las *Verwaltungsaktien*¹⁸.

Se discutió si debía buscarse la solución del problema mediante el establecimiento de una adecuada publicidad para aquellas acciones o desterrarlas, creando la posibilidad del capital autorizado. La práctica usual de las fórmulas de aumento abreviado inclinó por esta solución. Así aparece un *Genehmigtes Kapital* semejante, pero distinto, del capital autorizado inglés¹⁹.

d) La evolución marcada nos permite ahora percibir el sentido de las diferencias entre el sistema continental y el inglés. La exigencia de *suscripción completa* que impuso el sistema de *prescripciones normativas*, al sustituir al de *concesión*, sigue teniendo en el continente una historia legislativa de un siglo, en el que coincide con el desarrollo de las grandes empresas, ha penetrado en la práctica y se ha tenido que partir de su arraigo y utilizar su técnica.

Consecuentemente, al introducirse el *Genehmigtes Kapital*—utilicemos esta expresión desde ahora para marcar la diferencia—se sigue la misma técnica de la fundación. El aumento se libera de la impedimenta del acuerdo especial en Junta general, pero ha de hacerse sobre la base de *emisiones independientes y autónomas*, a las cuales se aplican, a su vez, los principios de suscripción completa, *dembolso parcial* y *publicación posterior* a esos presupuestos. No se publica hasta entonces el *Genehmigtes Kapital*.

El *Authorised capital* inglés, no tiene las mismas características por razones correlativas. No se pasó en la evolución por el estudio del sistema de la *concesión*. No se implantó el principio de

18. Las «Verwaltungsaktien» son acciones creadas por acuerdo de la Junta general, suscritas por un consorcio, Banco o entidad fiduciaria por cuenta de la Sociedad, sin que ésta haya recibido nada en calidad de desembolso por las mismas. La necesidad de la «suscripción completa» ofrece «jurídicamente» un punto de diferenciación fundamental frente a las acciones en cartera de la práctica española. Pero «económicamente», al no ir acompañada la suscripción del desembolso son, unas y otras, semejantes. Los peligros son los mismos: inseguridad para los accionistas y para los terceros, especulación, posibilidad de ejercitar los derechos de voto, de suscripción preferente y al dividendo, manipulaciones contables, etc. Así se explica que, junto a la facilidad concedida en el Derecho alemán con el «Genehmigtes Kapital», se trate de eliminar esta clase de acciones con el artículo 51, apartado 1.º: «Quien como fundador, suscriptor, o en el ejercicio del derecho de opción preferente del artículo 165, ha asumido una acción por cuenta de la Sociedad o de una Empresa dependiente de ella, no puede alegar que no la ha asumido por su cuenta. Responde de su total importe sin consideración a sus pactos con la Sociedad o con la Empresa dependiente. Hasta tanto asuma la acción por su cuenta, no le son atribuibles los derechos de la acción.» Este precepto es muy importante si se quieren prever las deformaciones que en la práctica española puedan producirse, si el Anteproyecto deviene ley.

19. La fórmula pasa a Italia en la forma que hemos visto más atrás. En Suiza se rechazó, no sin notables discusiones muy interesantes que pueden verse en SALIS, ob. cit., págs. 233 y ss., las cuales tenían la referencia del Derecho proyectado alemán. Prescindiendo de otros países, pues no me interesa un «dato más», sino sistemas

suscripción completa. No se forzó la evolución hacia las *emisiones independientes*. El remanente del *Authorised capital* sobre el *capital issued and outstanding* puede ser colocado en forma *continuada*. No por esto padece la protección a la publicidad y a la estabilidad ²⁰.

La ventaja del sistema inglés es evidente desde el punto de vista de la posibilidad y agilidad en la financiación de las empresas o en sus aumentos de capital. No es lo mismo colocar un bloque de acciones de una vez en una *emisión* que disfrutar del factor tiempo sin límite en la colocación pausada y oportuna. Sin embargo, no debe entenderse que la rapidez sea absoluta en el sistema continental. La intervención de la Banca la suaviza, ya que recibe de la *emisión* de una vez y la coloca luego sin sometimiento a plazo. Esta práctica, por otra parte, constituye—si la Banca cumple bien su misión—un aval a la seriedad de la *emisión*. Pero hace falta la Banca.

5. La *crítica* al Anteproyecto puede concretarse en los siguientes puntos:

α) En la evolución de nuestro Derecho, aunque—como en los demás países—se recibió la gran influencia mercantilista francesa del siglo pasado, en el tránsito del sistema de la concesión al normativo no se acentuó la importancia de la *suscripción completa* y no se impuso. De consiguiente, nuestro Derecho y nuestra práctica se separaron de la evolución continental, y esta última se orientó hacia una técnica semejante a la inglesa, pero sin sus garantías ²¹.

Siendo así, y no por mero *casticismo jurídico*, es evidente que la *importación* habría de justificarse en alguna forma más satisfactoria que la única que a primera vista se descubre: la de la comodidad. Indudablemente, de no seguirse esa evolución, tendría que haberse elaborado en forma distinta varias materias ligadas a ésta, las cuales vienen ya inspiradas en el patrón continental, justamente por que la práctica también lo venía siguiendo.

β) Desde un punto de vista de oportunidad económica, habría que preguntarse si en la situación de desenvolvimiento actual de nuestras organizaciones económicas es despreciable la agilidad en

20. Naturalmente, no puede exponerse aquí en su totalidad el sistema inglés. La razón está en la particular sistemática de legislación de Sociedades, que no consiente un paralelismo suficiente con la continental que permita sintetizar mediante remisiones y exposición de particularidades. De consiguiente, se haría pesada una exposición completa. No obstante, sí conviene indicar que la visión de las rigurosas «garantías» del sistema inglés pueden verse estudiando las partes que en los libros y en la ley se destinan a «Register of members», «Allofment» y «Annual return». Puede servir cualquier libro para la comprensión del mecanismo, aunque no sea posterior a la Ley del 48, ya que ésta no ha implantado modificaciones fundamentales en el sistema (véase MORRIS FIRMER, cit., y los apartados 72 y ss., por ej., del Cohen's Report).

21. Me parece que está lo suficientemente divulgada la evolución legislativa del siglo pasado en materia de Sociedades Anónimas como para permitirme eludir una nota falsamente «erudita» mostrándola.

la vida financiera de las empresas que el sistema inglés ofrece, incluso con sus garantías.

γ) En cualquier caso, me parece que es esta una materia particularmente adecuada para ser decidida de acuerdo con las indicaciones provenientes de los protagonistas de la vida de las sociedades anónimas. Luego los juristas deben resolver el problema *técnico* que lleva aparejada la solución a la que tengan que acoplarse.

III. El proceso de la fundación en particular

Con este epigrafe quiero indicar que voy a seguir el plan de sucesión de acontecimientos en la fundación, que creo el más adecuado en esta parte del estudio crítico.

Se omiten las cosas sobre las cuales me parece que no hay nada que decir. Este trabajo no es una exposición general de la fundación de la sociedad anónima.

Aunque se repitan cosas y se hagan necesarias remisiones, hay que conceder a la sistemática la separación entre fundación simultánea y sucesiva para mayor claridad. A partir del momento referente a la inscripción, no se hará diferencia entre una y otra forma de fundación.

A) *Fundación simultánea.*

El concepto de la misma, que se deduce de la delimitación de la noción del fundador en el artículo 11, es satisfactorio: «En el caso de fundación simultánea—dice—o por convenio serán fundadores las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones. Su número no podrá ser inferior a tres».

a) Pero el concepto de *fundador* que se da en ese artículo no lo es. El concepto de *fundador* se refiere a la *creación* de la *constitución* (Estatutos) de la Sociedad. En el Derecho comparado las definiciones no confunden *fundador* y *suscriptor*. Lo que sucede, en la fundación simultánea, es que son únicos suscriptores los fundadores, a los efectos de suscripción total necesaria para que la fundación pueda efectuarse.

Habiendo unido ambas ideas, los redactores han hecho una definición de fundador *para la fundación simultánea*, pero no han definido quiénes son fundadores en la sucesiva. La situación que así se crea, puede plantear dificultades por su oscuridad. En efecto, en el artículo 14, se dice: «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad y responden solidariamente, frente a ella y frente a terceros, de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, cuando conscientemente hubiesen aceptado la suscripción por personas insolventes...». Parece, pues, que hay *fundadores* en la fundación sucesiva, sin que entre en el concepto la suscripción total de las

acciones por ellos mismos. Sin embargo, por el lugar en que cita el artículo, hay que suponer que los *fundadores* de la fundación simultánea se convierten, en la sucesiva, en los *otorgantes* del ap. f. del artículo 22, sustituyéndose los *fundadores* por los *promotores* del artículo 17.

La dualidad *fundador, promotor*, que se acoge en el Anteproyecto, exige que se pongan en claro las relaciones entre ambos conceptos. Por la continuidad con que se suceden los artículos, sin subdivisiones en secciones u otros apartados, se siente la inercia de seguir jugando con el concepto de *fundador* en la fundación sucesiva. Sería de desear, ya que se ha aceptado la dualidad *fundador, promotor*, declarar expresamente que el concepto de *fundador* no se utiliza en la fundación sucesiva.

Servirá para la mejor comprensión de la crítica anterior poner de manifiesto que en el Derecho comparado los sistemas de Derecho positivo utilizan la dualidad de conceptos que se recogen en el Anteproyecto (D. italiano, art. 2.341, y ant. o D. inglés) o el concepto unitario de fundador referido no a la formal «participación» en el otorgamiento del acto constitutivo, sino a la real colaboración en la redacción de los Estatutos (art. 21 D. suizo).

b) Los acuerdos que se concierten con motivo de la fundación pueden ser particularmente interesantes. Sin necesidad de entrar en las particularidades del significado del término *fundación cualificada*, es posible referirse a las materias que en la actualidad vienen mereciendo la atención de los legisladores.

a) La materia de las *ventajas particulares* es objeto del artículo 13 del Anteproyecto. Su texto dice:

«Los fundadores sólo podrán reservarse remuneraciones o ventajas cuyo valor en conjunto no exceda del diez por ciento de los beneficios netos según balance y por un período máximo de diez años.»

El modelo de esta solución, entre los varios posibles²², ha sido el artículo 2.340 del Derecho italiano. He aquí este artículo en su integridad: «Los promotores pueden reservarse en el acto constitutivo, independientemente de su cualidad de socios, una participación no superior en total a un décimo de los beneficios netos

22. En el Derecho alemán—art. 19—, en el suizo—arts. 628, último y 636— se sigue el sistema de asegurar el conocimiento de los interesados mediante la consignación expresa en los Estatutos y documentos en que éstos se contengan. Un mecanismo de publicación es también el inglés, aunque el epígrafe de ventajas particulares sea insuficiente para albergar las precauciones y supuestos de «disclosure» del Derecho de este país.

resultantes del balance y por un período máximo de cinco años. No pueden estipular en su ventaja propia ningún otro beneficio».

Aparentemente, la diferencia de redacción y la supresión del último inciso del artículo C. c. italiano en el correspondiente del Anteproyecto, no tiene trascendencia. Mas en realidad sí la tiene. Las ventajas particulares implican o pueden implicar pretensiones jurídicas que son independientes de la cualidad de socio, que permanezcan bajo la titularidad del fundador incluso cuando éste transmita sus acciones y constituyendo derechos inatacables porque le correspondan en calidad de tercero. Piénsese, por ejemplo, en la concesión de determinadas exclusivas o preferencias para la adquisición de productos. El artículo 13, debido a su *redacción*, no *circunscribe* a participación en los beneficios las ventajas particulares, como hace el Derecho italiano, sino que las toma para la *computación* del valor económico de las ventajas. Esta *computación* sería enormemente difícil, tanto que inclina a pensar que los redactores no han querido decir lo que el artículo dice. Para eso haría falta haber tomado también el último inciso del C. c. italiano.

β) La aportación de bienes *in natura* constituye, como es sabido, una de las materias más delicadas, porque ofrece grandes facilidades para permitir, a fundadores de mala fe, realizar buenos negocios, en perjuicio de los demás socios y de los acreedores, mediante el falseamiento del equivalente patrimonial del capital a través de la sobrevaloración de los elementos aportados. Esta cuestión—como la anterior—plantea problemas iguales en el supuesto de fundación simultánea o sucesiva.

El Anteproyecto se refiere a ella en los artículos siguientes: 12, 4.º, 14, 18, 22 e), 32 y 33. Estos textos contienen normas que se refieren a: 1.º La teoría general de la aportación y de rechazo al caso de que consista en bienes. 2.º A la aportación *in natura* en el caso de *fundación simultánea*, y 3.º Al mismo problema en el supuesto de *fundación sucesiva*. Vamos a remitir al último lugar de nuestra consideración las normas que se refieren al primer punto.

1) En el caso de fundación simultánea las garantías de valoración exacta estriban exclusivamente en la responsabilidad de los fundadores y en la revisión del artículo 33, que suponemos de aplicación general en cualquier clase de fundación.

He aquí el contenido de esos artículos: «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad y responden solidariamente frente a ella y frente a tercero... de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su exacta valoración...» (art. 14). «Los administradores de la Sociedad Anónima, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su constitución, están obligados a revisar la valoración de las aportaciones no dinerarias. Hasta que esta revisión se realice, los accionistas aportantes no podrán obtener los títulos definitivos de sus

acciones. Si la revisión a que se refiere el párrafo anterior demuestra que el valor de los bienes aportados cubre las cuatro quintas partes de la parte fijada inicialmente como valor de la aportación, la diferencia será de cuenta de la Sociedad. En caso contrario, los administradores solicitarán del Juez el nombramiento de un perito que hará la tasación de los bienes. Si resultare para éstos un valor inferior a las cuatro quintas partes del inicial, el socio deberá optar entre que se le anulen las acciones equivalentes a la diferencia, separarse de la Sociedad o completar en dinero esa diferencia. En los dos primeros casos, la Sociedad reducirá su capital en la medida correspondiente» (art. 33).

¿Constituye suficiente garantía? Conviene responder a esta pregunta situando la cuestión a la vista del Derecho comparado. En las legislaciones que se han venido invocando se exige un mayor vigor. Los recursos técnicos son los siguientes: 1.º «Publicación» suficiente. En el Derecho alemán y suizo es ésta una de las materias que deben contenerse en los Estatutos²³. Téngase en cuenta que estos son asequibles con mayor facilidad que el Registro, aunque—por supuesto—estén inscritos. Además, en el Derecho alemán constituye uno de los puntos al que debe referirse la «memoria» de la fundación²⁴. 2.º En el Derecho alemán se impone «ex lege» la obligación de pagar en dinero la diferencia si no se han observado los requisitos de determinación que imponen²⁵. 3.º En el Derecho italiano se acompaña una estimación pericial según el artículo 2.343.

La solución del Anteproyecto parece que omite una «publicación» suficiente de los datos necesarios para que los terceros hagan juicio. La revisión del artículo 33 no parece demasiado eficaz en el caso de fundación simultánea, ya que en plazo de cuatro meses en que ha de hacerse, los administradores serán los nombrados en la escritura de constitución, según el artículo 16.

El llamar la atención sobre esta materia, en el caso de fundación simultánea, puede estimarse como una precaución exagerada. Sin embargo, si el lector tiene en cuenta que puede partirse de esta clase de fundación para eludir la sucesiva y recurrir al público mediante el aumento de capital, o al uso del «capital autorizado», percibirá que no hay razón para hacer aquí el control más suave.

2) En la fundación sucesiva juegan los artículos 18, 2.º, 22 c) y 33. He aquí el texto de los mismos:

«En el caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, el programa hará mención suficiente de la natura-

23. Arts. 20, Ley alemana, y 631 y 638 del Código de las Obligaciones.

24. V. art. 24.

25. V. art. 20.

leza y valor de la aportación y expresará el nombre del aportante y el lugar en que estará a disposición de los suscriptores la Memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración asignada» (art. 18, 2.º). «En el plazo máximo de seis meses, contados a partir del depósito del programa de fundación en el Registro Mercantil, los promotores convocarán mediante carta certificada y con quince días de antelación como mínimo a cada uno de los suscriptores de las acciones para que concurran a la Junta constituyente, que deliberará en especial sobre los siguientes extremos: ... c) Aprobación, en su caso, del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias» (art. 22). Véase el 33 más atrás.

No se comprende muy bien el significado del 2.º del artículo 18. En él se habla de una «memoria explicativa» y de un «informe técnico» que no aparecen en ningún otro lugar del Anteproyecto. ¿Cuál es el contenido de esa memoria? ¿Qué «técnico» redacta el informe? Al hablar de la «memoria» y del «informe» parece que ya se han mencionado y es en otro lugar donde se exigen. ¿Se trata de una mera consecuencia de la redacción o es que se ha omitido en otro lugar la referencia? ¿Será que se acarrean ideas tomadas de Derecho comparado que luego por olvido se han quedado en el tintero de los redactores? ²⁶.

3) El artículo 32 necesitaría de un estudio muy largo. Aquí sólo se intenta llamar la atención sobre que en realidad contiene una materia que corresponde a la teoría general de la aportación, la cual es común a toda clase de Sociedades y no peculiar de la Sociedad anónima.

«Las aportaciones dinerarias deberán realizarse en moneda nacional. Si la aportación fuere en moneda extranjera,

26. Véanse los artículos de Derecho comparado referidos en una nota a propósito de la fundación simultánea. De ellos transcribo el 2.343 del Código civil italiano para, evitando hacer mediante la copia de todos aquellos una nota que disipe la atención, dar, sin embargo, una base de contraste para percibir el sentido del «sonido» del artículo 18 del Anteproyecto y del 33: «Quien aporte bienes «in natura» deberá presentar la «relazione» jurada de un «experto», designado por el Presidente del Tribunal, que contengan la descripción de los bienes aportados, el valor atribuido a cada uno de ellos y los criterios de valoración seguidos. La «relazione» debe alegarse en el acto constitutivo. Los administradores y los síndicos (que no existen, en términos generales, en el Anteproyecto) deben, en el término de seis meses a partir de la constitución de la Sociedad, controlar las valoraciones contenidas en la «relazione» indicada en el párrafo precedente, y, si existen motivos fundados, deben proceder a la revisión de la estimación. Hasta que no hayan sido controladas las valoraciones, las acciones correspondientes a las aportaciones «in natura» son inalienables y deben permanecer depositadas en la Sociedad. Si resulta que el valor de los bienes aportados es inferior en más de un quinto respecto del por el que se aportan, la Sociedad debe reducir proporcionalmente el capital social, anulando las acciones que queden en descubierto. Sin embargo, el socio aportante puede ingresar la diferencia en dinero o salir de la Sociedad.»

se someterá a las reglas propias de las aportaciones no dinerarias. Si la aportación consistiere en bienes muebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos por el Código civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de comercio sobre este mismo contrato en punto a transmisión de riesgos. Si la aportación consistiere en un derecho de crédito, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor. Si se aportare una empresa o establecimiento mercantil o industrial, se aplicará a la transmisión el artículo 1.532 del Código civil» (art. 32).

Necesariamente, cualquier intento de renovación de grandes zonas del Código de comercio ha de plantear problemas, por insuficiencia de las regulaciones de las concordancias que permanezcan en el viejo texto. Pero no se trata—como se dice antes—de estudiar toda esta cuestión. Únicamente se intenta centrar aquí la siguiente advertencia: en la actualidad, a la separación entre compraventa mercantil y compraventa civil viene sustituyendo, en los textos unificados (C. c. italiano y C. de Obligaciones suizo e incluso en el D. inglés), la correspondiente a compraventa de muebles y compraventa de inmuebles. Parece que esta división es más importante y está más justificada. El lector debe hacerse cargo de que no puedo entrar en más detalles, pues habrá percibido que estamos nada menos que en el gran problema que se ha venido llamando de «la unidad del Derecho de Obligaciones», y no se puede traer aquí todo ese tema. Pero la referencia es bastante para comprender que la mezcla del § 2 del artículo 32 es peligroso²⁷. Me parece mejor que este artículo se hubiera omitido o en su caso hacer una «injerción» más completa en el sistema general de nuestro Derecho²⁸.

c) La designación de los órganos de administración está prevista en el artículo 16:

«Los fundadores» pueden designar en la escritura social las personas que han de ejercer el cargo de administra-

27. En España esas dificultades a que me refiero han surgido ya. El Código de comercio, al pensar en «mercancías» resulta inadecuado para otros «objetos». Recuérdese el comentario de A. C. POTO a una sentencia del T. S. aparecido en la «Revista de Derecho Privado», en que «la culpa era de los achaques del Código de comercio». Por otra parte, la bibliografía española en materia de «riesgos en la compraventa» demuestra que con los textos hoy vigentes no se adelanta mucho en seguridad y claridad, con lo que, consecuentemente, la remisión del Anteproyecto no brinda un panorama sonriente. El lector conoce dónde está esa bibliografía que indico en esta nota y me dispensará benévola-mente de mi incorrección al no buscársela. Está uno tan cansado de erudición impertinente como de omisión astuta de citas...

28. Dos omisiones importantes se notan: la materia de «Sachübernahme» o «réprises de biens» y la de «gastos de fundación». En general, el tema de omisiones lo eludo y, por tanto, quede sólo la referencia.

dores. Los así nombrados deberán someter su nombramiento a la aprobación de la primera Junta general que se celebre.»

Cuando se habla de que «pueden» parece más bien que se debía decir «deben».

d) El momento y la forma de puesta a disposición de la Sociedad de los desembolsos correspondientes, por lo menos, al mínimo acordado, en cumplimiento del artículo 9.º, no ha merecido la atención de los redactores del Anteproyecto. En Derecho comparado este requisito constituye una prevención usual para salir al paso de un fraude también tipificado en las fundaciones de Sociedades.

Los textos que interesan dicen así: «La Sociedad se puede también constituir por un acto documentado en forma auténtica y firmado por todos los fundadores en donde éstos declaren constituir una Sociedad Anónima... Los fundadores deben confirmar en este acto... 2.º Que el importe legal o un importe superior fijado por los Estatutos, como desembolso de dinero a realizar por cada acción, ha sido puesto a disposición de la Sociedad en la Oficina cantonal de consignación o ha sido cubierto por las aportaciones estatutarias «in natura» (art. 638 del C. de Obligaciones suizo). Para proceder a la constitución de la Sociedad se necesita: ... 2) Que se haya desembolsado en una institución de crédito al menos los tres décimos de las aportaciones en dinero (art. 2.319 del C. c. italiano).

Tampoco constituye objeto de atención el facilitar el examen del proceso fundacional mediante alguna memoria explicativa. Con esto se llega al momento de la inscripción, que será estudiado aparte.

B) *Fundación sucesiva.*

El proceso, antes de la inscripción, discurre a través de tres momentos fundamentales: redacción y publicación del programa, suscripción de acciones y Junta general constituyente.

a) Nuevamente aquí el concepto de «promotor» del artículo 17 motiva dudas acerca de su corrección.

En la «fundación por inscripción pública, los promotores redactarán y suscribirán el programa de fundación» (artículo 17).

Ni en este artículo ni en el siguiente se les impone la obligación de redactar el proyecto de Estatutos (en el sentido unitario

que expuse en el apartado 1), y como el «fundador» es el «otorgante» y aquí aun no hay otorgamiento, resulta que no se sabe si lo habrían de hacer otras personas. En realidad, la Ley se refiere a ellos, aunque no expresamente, como debiera.

No es indiferente o poco importante esta objeción. El Anteproyecto ha seguido al C. c. italiano, y quizá hubiera sido más correcto que se hubiera inspirado en el C. de Obligaciones suizo o en la Ley alemana. La importancia del problema estriba en que el contenido de las declaraciones de voluntad que suponen las suscripciones y el criterio de la unanimidad necesaria en la Junta constituyente deben estar dados por el Proyecto de Estatutos y no por el programa, como hace el artículo 23²⁹. El problema es grave, porque supone nada menos que la posibilidad de someter a los suscriptores por acuerdos mayoritarios simples a prescripciones omitidas en el programa que no fueron queridas por ellos en la suscripción. Por otra parte, en la Junta constituyente se plantea ya por primera vez los límites de «bases fundamentales» y «derechos individuales» en algunos ordenamientos.

Consecuentemente, la publicidad debe referirse tanto al programa como a los estatutos. El contenido mínimo del programa debe ser inderogablemente fijado. La redacción del artículo 18 no ayuda a esta conclusión.

«El programa de fundación contendrá las indicaciones que los promotores juzguen oportunas sobre la sociedad en proyecto y los Estatutos que han de regirla, y en especial...» (art. 18).

El fin de publicidad que cumple el «Programa» se podía haber satisfecho sin necesidad de la dualidad: «Programa», «Boletín de suscripción». Bastaría con este último, llenando el contenido del programa como en Derecho alemán o facultar, por lo menos para que así se haga, como en Derecho suizo³⁰.

b) La suscripción merece en el Anteproyecto dos artículos (art. 20 y art. 21).

29. «La Asamblea de suscriptores... Sin embargo, para modificar las condiciones establecidas en el programa, se necesita el consentimiento de todos los suscriptores» (art. 2.335 del C. c. italiano). «Son promotores los que en la constitución, por suscripción pública, han formado el programa de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 2.333» (art. 2.337 del C. c. italiano). «... la Asamblea discute el proyecto de Estatutos al que se ha referido la suscripción de acciones... no puede realizar modificaciones fundamentales al proyecto, sino con el consentimiento de todos los suscriptores representados» (art. 635 C. de Obligaciones suizo). V. también artículo 30 Ley alemana. Es importante la firma del programa a los efectos de imputación de ciertas responsabilidades; pero—independientemente del problema de su suficiencia—no lo es para otros.

30. Vid. artículos 30, 2 de la Ley alemana y el artículo 631, último párrafo, suizo.

«La suscripción de acciones se hará constar en un Boletín, extendido por duplicado, que contendrá necesariamente: la denominación de la futura sociedad y la referencia a su programa de fundación; el nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio del suscriptor; el número de acciones que suscribe y la clase o serie de las mismas, si existieren varias; la fecha y la firma del suscriptor de las acciones. El duplicado del Boletín se devolverá al suscriptor con la firma de uno de los promotores, al menos, o la del establecimiento autorizado por éstos para admitir las suscripciones» (art. 20). «La suscripción de acciones, que no podrá modificar las condiciones del Programa, deberá realizarse dentro del plazo fijado en el mismo, previo desembolso de un veinticinco por ciento al menos del importe nominal del capital suscrito» (art. 21).

En términos generales, el Anteproyecto ha procedido correctamente al recibir la práctica del Boletín de suscripción y no exigir ninguna otra «forma» que pudiera resultar gravosa. No obstante, queda el problema de si sería válida la suscripción realizada bajo «forma escrita», privada que no fuera un «Boletín», aunque tuviera el contenido que a éste se impone. Parece que la solución debe ser afirmativa, pues la seguridad que se persigue queda satisfecha. Siendo así, debiera haberse exigido la forma escrita privada en general y alternativamente el «Boletín».

Las notas de «caracterización», que en el Derecho comparado se reciben, no aparecen en el artículo 21. Así, por ejemplo: condicionamiento a la constitución válida del efecto vinculante de la suscripción, plazo en que se obliga, etc. Sobre este particular es posible que sea acertado el criterio del Anteproyecto dejando sin prejuzgar los problemas que la doctrina discute.

En cambio, la parte que en el Derecho inglés se llama de «allotment» de las acciones ha sido completamente omitido. La práctica española conoce la cuestión y aporta soluciones que quizá han debido examinarse. Es posible la suscripción en distintos establecimientos, en forma tal que se produzca la suscripción de más acciones de las que comprende la emisión, y al revés. En estos casos, ¿cómo se asigna su número? En caso de menor suscripción, ¿quedan liberados los suscriptores?

Ya antes se ha visto que la puesta a disposición de los desembolsos sobre el importe de la acción no habían sido tratados con motivo de la fundación simultánea. Ahora, en la «sucesiva», se impone una obligación de desembolso del veinticinco por ciento «en el momento de la suscripción», que debe estimarse demasiado rigurosa y demasiado confiada. No es probable que satisfaga a los suscriptores la imposición de un pago anticipado si no se funda luego. Por otra parte, no debe ponerse a disposición

de posibles promotores de mala fe esa cantidad³¹. Considerada como precaución para asegurar la seriedad de la suscripción es excesiva.

c) La Junta general constituyente—momento esencial de la fundación sucesiva en todos los ordenamientos— es tratada en el Anteproyecto en cuatro artículos.

«En el plazo de seis meses, contados a partir del depósito del Programa de fundación en el Registro Mercantil, los promotores convocarán, mediante carta certificada y con quince días de antelación como mínimo, a cada uno de los suscriptores de las acciones para que concurran a la Junta constituyente, que deliberará en especial sobre los siguientes extremos: a) Aprobación de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores. b) Aprobación de los Estatutos sociales. c) Aprobación en su caso del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias. d) Aprobación de las ventajas particulares reservadas a los promotores, si las hubiere. e) Nombramiento de las personas encargadas de la administración de la Sociedad. f) Designación de la persona o personas que debieran otorgar la escritura fundacional de la Sociedad» (art. 22). «La Junta estará presidida por el promotor primer firmante del programa de fundación, y para que pueda constituirse válidamente deberá concurrir a ella, en nombre propio o ajeno, un número de suscriptores que representen al menos la mitad del capital suscrito. Cada suscriptor tendrá derecho a un solo voto y los acuerdos se tomarán por una mayoría integrada al menos por la cuarta parte de los suscriptores concurrentes a la Junta, que representen como mínimo la cuarta parte de las acciones. En el caso de que existan aportaciones no dinerarias, los aportantes no podrán intervenir en ninguna de las votaciones relativas a la aprobación del valor de esta clase de aportaciones» (art. 23). «La Junta podrá modificar el contenido del programa de fundación con el voto unánime de todos los suscriptores concurrentes a la Junta» (art. 24). «Los acuerdos adoptados por la Junta y las protestas formalizadas en ella se harán constar en un acta autorizada por el suscriptor que ejerza las funciones de Secretario, con el visto bueno del Presidente» (art. 25).

El temario sobre el cual ha de deliberar la Junta y que se in-

31. He aquí las precauciones del Derecho suizo: «La parte del capital social desembolsado en dinero debe depositarse por cuenta de la Sociedad en constitución en una oficina de consignación designada por el Cantón. No puede ser remitido a la Administración sino después de la inscripción de la Sociedad en el Registro mercantil» (art. 633). En el Derecho alemán e italiano se utilizan mediante remisión las normas de la fundación simultánea.

dica en el artículo 22 contiene los puntos que comúnmente se estiman fundamentales. Únicamente se nota la falta en la enumeración del tema referente al examen del cumplimiento en la fundación de los preceptos de Derecho necesario y de los presupuestos (suscripción total y desembolso, por ejemplo). Parece también que se podía haber reservado expresamente la posibilidad de que en los Estatutos proyectados se designasen los administradores para un primer período y no atribuir en todo caso a la Junta constituyente esta designación. No estaría de más exigir la aportación de una memoria sobre los puntos principales.

El texto del artículo 23 es, en términos generales, satisfactorio. Es más claro exigir la unanimidad de los asistentes, presuponiendo al asentimiento de los ausentes, que seguir el sistema de mayoría, especialmente cualificadas. Únicamente—partiendo del significado «confirmativo» de la Junta—me parece que lo modificable debieran ser los «Estatutos» y no el «Programa».

El cómputo de mayorías que se preconiza en el párrafo segundo del artículo 23 no está demasiado claro. La cuarta parte de los asistentes no es una mayoría si no se cuenta con un gran número de abstenciones, y no puede representar la cuarta parte de las acciones si el artículo quiere referirse al total de estas últimas.

d) En el momento del otorgamiento de la escritura al que se refiere el artículo 26 se plantea el problema del significado del último inciso de este artículo: El texto del mismo dice:

«En los treinta días siguientes a la celebración de la Junta, las personas que hayan sido designadas con arreglo al apartado f) del artículo 22 otorgarán escritura pública de constitución de la Sociedad, conforme a lo prevenido en el artículo 12 y con sujeción a los acuerdos adoptados por la Junta y a los demás documentos justificativos.»

¿Cuáles son esos documentos justificativos? La expresión «los demás» no es lo suficientemente precisa. ¿A título de qué se alegan? ³².

C) *La inscripción.*

Los artículos que dedica el Anteproyecto a esta materia son los siguientes:

«La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento la Sociedad tendrá personalidad jurídica. Se re-

32. He aquí un artículo del Derecho suizo, más claro en su redacción que el del Anteproyecto: «Las decisiones de la Asamblea general se constatan en documento auténtico. El proyecto de Estatutos, los Estatutos adoptados por la Asamblea general, así como, si ha lugar, el «prospectus» y el «rapport» de los fundadores, se anexionan al documento auténtico» (art. 637).

putarán nulos los pactos sociales que se mantengan reservados» (art. 7). «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad y responden solidariamente frente a ella y frente a tercero de la aportación...» (art. 14). «La escritura pública de la fundación será, en todo caso, presentada para su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la Sociedad dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento. Los otorgantes tendrán las facultades necesarias para hacer la presentación, tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad y para solicitar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos respectivos» (art. 27). «Si hubiere retraso en el otorgamiento o en la presentación o morosidad en las gestiones necesarias para inscribir la escritura social, que fueran imputables a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados» (art. 28).

A la vista de estos textos, es necesario plantear una serie de problemas, algunos de los cuales son lo bastante graves como para merecer particular atención.

α) La inscripción ha de ser solicitada por los fundadores u otorgantes de la escritura, según la clase de fundación (arts. 14 y 27), y se impone a los mismos la responsabilidad consiguiente. Aparentemente, la solución no es objetable. Una Ley de sociedades anónimas no debe tratar los temas de Derecho registral. Sin embargo, el tema de las «irregularidades» en el Derecho de Sociedades es demasiado grave y sirve para poner en primer plano la importancia de la actividad registral «de oficio». En este sentido no basta exigir responsabilidad, porque con eso no se hace sino suplir una falta «inevitable» y consumada de publicidad. Es necesario conseguir la publicidad, porque ésta no sirve sólo a los fundadores, o por tanto, si es posible, no debe depender exclusivamente de su iniciativa ³³.

β) El Registro debe recibir no sólo la escritura, sino además la documentación producida en la fundación—materia que, como hemos visto, no ha sido muy atendida—, con objeto de fa-

33. En el Derecho italiano la materia se ordena así: «El notario que ha recibido el acto constitutivo debe depositarlo, dentro de los treinta días, en la oficina del Registro de Empresas en cuya circunscripción esté establecido el domicilio social, alegando los documentos comprobantes de haber tenido lugar el desembolso de los décimos en dinero y, para las aportaciones «in natura», la «relazione» indicada en el artículo 2.343, así como las autorizaciones eventuales requeridas para la constitución de la Sociedad. Si el notario o los administradores no proveen al depósito del acto constitutivo y de los documentos alegados dentro del término indicado en el párrafo precedente, cualquier socio puede proveerlo a cargo de la Sociedad o hacer condenar a los administradores a realizarlo...» (art. 2.330 C. c. italiano). Véase en Derecho suizo todo el capítulo III de la «Ordonnance sur le Registre du commerce» de 7 de junio de 1937.

cilitar el examen completo y con antecedentes suficientes del importante período fundacional.

γ) Una materia importantísima omitida es la referente a los posibles efectos «sanatorios» de la inscripción como consecuencia de la confianza en la calificación y publicidad registrales. La doctrina alemana ha elaborado esta materia al desarrollar el *Offenkundigkeitsprinzip*, y en los textos de Derecho comparado se contienen reglas de primordial interés en este orden de ideas ³⁴.

Indudablemente, estas materias—y otras, v. g., la inscripción de sucursales, entre las más importantes—necesitarían para ser debidamente tratadas resolver el acoplamiento con la reglamentación registral de nuestro Derecho. Entiendo que no se trataría de una incursión injustificada, sino más bien de una consecuencia ineludible de la redacción de la nueva Ley.

D) El artículo 8 aborda el tema de la sucesión de la Sociedad en los contratos anteriores a la inscripción. El texto del artículo dice así:

«La validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad. Los gestores podrán realizar antes de la inscripción los actos necesarios para la constitución de la Sociedad, siendo de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen.»

34. Copio a continuación alguno de esos textos, aunque se omita su desarrollo doctrinal, que sería materia muy amplia: «La Sociedad no adquiere la personalidad sino por la inscripción en el Registro mercantil. La personalidad se adquiere por la inscripción, incluso cuando las condiciones de aquella no se han cumplido. Sin embargo, cuando los intereses de los acreedores o de los accionistas estén gravemente amenazados o comprometidos por el hecho de haberse violado en la fundación disposiciones legales o estatutarias, el juez puede, a petición de uno de los acreedores o accionistas, dictar la disolución de la Sociedad. Al ejercitarse la acción, el juez puede también, a petición de parte, ordenar medidas provisionales. La acción se extingue si no se ha ejercitado dentro de los tres meses a partir de la publicación en la «Feuille officielle suisse du commerce». «Las acciones emitidas antes de la inscripción de la Sociedad, son nulas; las obligaciones que resulten de la suscripción de acciones permanecen, sin embargo, intactas. Los autores de la emisión son responsables de todo el daño causado» (arts. 643 y 644 del C. Obl. suizo). Habiendo tenido lugar la inscripción de la Sociedad en el Registro de Empresas, la declaración de nulidad del acto constitutivo no perjudica la eficacia de los actos realizados en nombre de la Sociedad. Los socios no se liberan de la obligación de la aportación hasta que no hayan sido satisfechos los acreedores sociales. La sentencia que declara la nulidad nombra los liquidadores. La nulidad no puede declararse cuando su causa ha sido eliminada por efecto de una modificación del acto constitutivo inscrita en el Registro de Empresas» (art. 2.332 del C. c. italiano). En gracia a la brevedad, omito la transcripción del número 3 del artículo 30 y de los artículos 216 a 218 de la Ley alemana.

La solución del problema se corresponde con la comúnmente admitida en Derecho comparado salvo en un punto. Es el siguiente: El Anteproyecto habla de «gestores», y en cambio en los textos correlativos de Derecho comparado se habla de los que han intervenido en los negocios de que se trate³⁵.

La diferencia es importante desde el doble punto de vista de la precisión técnica y de fondo. ¿Quiénes son los «gestores» en el Anteproyecto? ¿Cuántos serían los obligados? ¿Por qué ofrecer a los terceros, más responsables que aquellos con los que han contratado efectivamente?

E) Este estudio quedará incompleto porque no se va a tratar del tema referente a las «responsabilidades». La razón es que habían de tocarse materias de Derecho penal financiero que parecen hoy necesario complemento y su estudio llevaría por otros caminos que no me parece que deban traerse por vía accesoria de este trabajo.

35. Véanse artículos 2331 C. c. italiano, 341 Ley alemana y 645 Código de Obl. suizo.

La defensa del capital obligacionista en la reforma del régimen de Sociedades Anónimas

R. GAY DE MONTELLA
Abogado del I. C. de Barcelona

El sistema del anonimato capitalista tiene en la historia de la economía un período ético definido que transcurre desde 1810 hasta 1870. Coincide con la aparición de los telares mecánicos, de las turbinas, de las locomotoras y de la aplicación del vapor a la navegación. Es el período en que el equilibrio entre el capital y el trabajo se mantiene casi perfecto gracias al imperio de la ley de la oferta y la demanda y dentro del cual el legislador, confiado en la ética de los promovedores de empresas, inserta en los Códigos los principios de libertad de contratación en la seguridad de que a través de ella, el afán creador del capitalismo, en lugar de servir a intereses codiciosos, trabajará para conseguir el mejoramiento de la riqueza de la nación.

Así hemos de explicarnos con SOMBART cuando enjuicia la vida del capitalismo, la posición de aquellos legisladores tan criticados en estos tiempos de predominio de masas. Sólo así hay que reconocer justicieramente que gracias a tal posición ética en los legisladores y en los gobernados, fueron posibles las grandes empresas embestidas con capitales relativamente modestos, pero puestos al servicio de ideales nacionales, como eran las redes ferroviarias de que hoy gozamos y la explotación de las riquezas agrícolas, mineras e hidráulicas de la nación. Sin aquel incentivo de libertad de contratación, difícilmente hubiéramos pasado del primitivismo agrícola al Estado de fisonomía industrial.

Después de 1870 el panorama empieza a ensombrecerse sensiblemente. Se pasa del anonimato ético al estadio de la llamada economía realista, para desembocar, finalmente, a principios de siglo, en la economía dirigida. A fines del siglo XIX, la posibilidad de transformar las economías individualistas en economías concentradas que reúnan en pocas manos las masas de valores mobiliarios accionarios, se realiza a través de las cartellizaciones y sindicaciones de empresas en forma vertical u horizontal, for-

mándose así las babélicas combinaciones financieras que caracterizan la vida económica de los países industriales a principios del siglo xx. La anónima privada queda relegada para las necesidades familiares y amistosas, mientras que las combinaciones de empresas de suscripción pública dan nacimiento a las formas anónimas internacionales que aspiran al dominio de los mercados mundiales y a la imposición de precios por encima de las fronteras. El dogma de la ley de la oferta y de la demanda—evangelio de la vieja economía—queda arrinconado por inservible. Se enseña al mundo político el sistema de *diktat* y del misterio de la finanza y se dibuja a no tardar el divorcio entre las formas representativas del capital accionista y de la propiedad de los elementos patrimoniales de la empresa.

Este divorcio del binomio capital-propiedad de la empresa, que se opera a través de las interferencias financieras y bursátiles, produce la desfiguración de la anónima típica. Pero el golpe de gracia lo recibe la institución en forma de golpe de Estado a la aparición de las acciones privilegiadas y de las de voto plural. Con estas formas corsarias el feudalismo industrial pretende contrarrestar la ley de la mayoría, pero este fenómeno, como no podía menos de ser, produce la desbandada del elemento accionista, que halla su refugio en la especulación bursátil. Ya el feudalismo industrial no se siente obligado ante el accionariado, desde el momento que le paga, de acuerdo con Estado que dicta un límite al dividendo, un menguado beneficio a título de censo del capital aportado. El accionista ya no se siente vinculado con la empresa. Aun siéndole reconocido el derecho de examen y de crítica del proyectado balance y la participación en sus juntas generales—proclamaciones enteléquicas parecidas a los derechos del hombre—sabe que no puede influir ya en las deliberaciones secretas del Consejo de Administración y que coactivamente deberá estar y pasar por lo que quieran los grupos que manejan las riendas de la administración de la empresa.

Cuando el mundo del anonimato entra en este ocaso, que tiñe con más sombríos resplandores la actuación del poder fiscal, la vida fisiológica primitiva del sistema entra en el campo de la patología. Es evidente que hay algo dentro de aquel que no responde a las funciones normales que le dieron un día de vida próspera. La malicia humana, el sentido egolátrico de la vida, la codicia de administradores y de administrados hacen el resto, que acusa una responsabilidad en todos los partícipes.

En esta lucha y en esta desviación del camino recto, el capital obligacionista, de suyo retraído y esquivo, por su origen y por la especial idiosincracia de sus titulares, queda amenazado de indefensión. Es siempre el *capital de ocasión* no considerado como un verdadero instrumento económico. Se le llama en momentos de apuro cuando, queriendo conservar la intangibilidad del dividendo, la empresa prefiere con señuelos de intereses cre-

cidos y de amortizaciones rápidas contar con capitales para salir del paso, pero se le deja al margen de la comprobación de los valores de los bienes hipotecados y de los áleas que acompañan a la explotación. La indefensión que comienza en el momento de la emisión, culmina en momentos de desequilibrio económico por la falta de conexión de los procedimientos judiciales dirigidos a sustraer de manos de la empresa los bienes objeto de la hipoteca o de la prenda.

Si la masa de capitales obligacionistas acreedores de las anónimas, como reserva vital que son de su funcionamiento, no se halla defendida por la Ley, es inútil querer insuflar vitalidad a las empresas a base de formulismos legales. La nación, considerada como un conjunto de fuerzas morales y económicas, no puede prescindir del destino de los capitales de ahorro que necesita para nutrir su torrente circulatorio. La tendencia moderna del Estado es en lo económico defensiva de los capitales de ahorro, considerados como instrumento formal y de reserva de su economía productiva, con la misma importancia que se concede a los valores demográficos y a los sociales de trabajo. E. H. CARR, en su libro «Conditions and Peace» (Mc MILLAN, 1942), ha escrito que «la nueva democracia deberá desarrollarse inyectando en sus propios miembros la conciencia no sólo de las ventajas comunes que es lícito esperar del Estado democrático, sino los deberes comunes hacia este mismo Estado, llamado a erigirse en campeón de los derechos del trabajo y del ahorro de la nación». No en vano se ha comprendido esta fuerza cuando se da entrada al capital obligacionista en muchos Consejos de Administración y se le autoriza para tomar parte en las grandes asambleas accionistas.

Es el valor económico del capital obligacionista, considerado al mismo nivel que el accionista, el que ha dado beligerancia a tal instrumento en la teoría productiva de las empresas. Jurídicamente, por tanto, acreedor a igual derecho de defensa y de garantía por parte del Estado, que debe considerarlo al cristalizar en forma de unidad de emisión, o sea de agrupación crediticia nacida en un mismo momento y adornada de iguales garantías para todas las participaciones, con los mismos derechos que el capital accionista.

La teoría estriba en el siguiente razonamiento. La obligación contraída por la empresa deudora al efectuar la emisión de un capital obligacionista procede de un verdadero *contrato* (no acto) *unilateral*, o sea de un concepto obligatorio de promesa de voluntad recepticia de un capital reembolsable facilitado por los acreedores (los futuros suscriptores), a los cuales se les promete un determinado premio. El título «Obligación» se halla literalmente conectado a literalidad del derecho real que representa. Este es inherente al mismo y, por tanto, autónomo, o sea adscrito a un derecho de hipoteca perfectamente definido sobre inmue-

bles o de prenda sobre muebles, que responden de los intereses, de las condiciones de la emisión y de su reembolso. Pero este contrato unilateral no afecta a los futuros acreedores aislados, como tales, sino en cuanto poseedores de una parte alícuota de la garantía hipotecaria o prendaria, forman una colectividad de derecho unida por el vínculo cohesivo de la voluntad deudora, y que se caracteriza por la *facultad ambulatoria* que transmite a cada tenedor de título el derecho para transferirlo hasta llegar al último tenedor en el momento del reembolso o en el de la realización coactiva (juicio ejecutivo y venta forzosa) de tales bienes.

En este aspecto el derecho de realización del crédito no puede ser más que colectivo y ejercitable sólo por la representación cualificada de la masa acreedora obligacionista. Lo cual obliga al legislador, para garantía de esta colectividad acreedora, a considerar revestida de acción ejecutiva no a la persona aislada acreedora de uno o más títulos, sino a la colectividad obligacionista, a la que se supone determinada concretamente después de suscrita la emisión y personificada en las personas físicas tenedoras de los títulos de emisión. Teoría no nueva en el derecho financiero moderno en relación a la economía del capital obligación, sino hincado en España en buenas fuentes, como son la Resolución de 19 de noviembre de 1908 de la Dirección General de los Registros, en la que se declara con perfecta visión de la misión de aquellos capitales, «que la emisión de obligaciones pone en circulación títulos de crédito por un derecho real que se constituye a favor de la colectividad de los tenedores y poseedores de tales documentos y no al de cada uno de ellos separadamente, por cuyo motivo están excluidas de la inscripción y no es necesario consignar en la escritura de creación el nombre y aceptación de los tenedores de las obligaciones emitidas con la cláusula de «al portador», confirmada apreciación por la doctrina, con la autoridad de MORELL y TERRY en sus «Comentarios a la Legislación Hipotecaria» (1930), quien, al tratar de la existencia del crédito único a favor de la colectividad de tenedores de títulos de una misma emisión, hace resaltar que «no pueden existir preferencias para su cobro entre ellos, en cuanto correspondan a una misma emisión».

La vigente Ley Hipotecaria, en su artículo 155, no quiso enmendar el error de la Ley anterior, que había modificado el contenido del artículo 1.517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, provocando la mar de las indefensiones del capital obligacionista en el momento de una ejecución hipotecaria. Confundió en la ejecución el concepto *títulos* con el concepto *emisión*. Además, en su preocupación para encuadrar la ejecución de bienes dados en garantía de una emisión de títulos al portador, con la teórica hipotecaria de los créditos hipotecarios preferentes, divide la garantía hipotecaria en tantas partes como títulos, con lo cual crea una hipoteca fragmentada que en el momento del remate y ad-

judicación judicial, da lugar a un verdadero *impasse* en la realización de los bienes hipotecarios. El postor se echa atrás cuando sabe que de adjudicársele aquellos bienes debe responder del valor nominal de todos los restantes títulos de la emisión. Así, la Ley, sin querer, premia a los obligacionistas no comparecidos en el juicio sumario.

Se trataría para acabar con esta espada de Damocles que pesa sobre el capital obligacionista en el momento de una ejecución provocada por un desequilibrio de tesorería de la empresa, con la simple reposición o restablecimiento del contenido del artículo 1.517 de la Ley Procesal Civil, o sea la obligatoriedad del prorrateo del valor de los bienes hipotecados, entre todos los partícipes de la misma emisión, con depósito de la parte correspondiente a los demás títulos no comparecidos, y con el decreto de cancelación de la carga que gravaba sobre los bienes ejecutados.

El proyecto de reforma de las sociedades anónimas que actualmente está sobre el tapete, debe abordar este problema procesal, sin cuya solución son inútiles todas las garantías meramente formulistas que contiene el proyecto. Es de esperar que sea con la solución apuntada, sea con otra de más amplios alcances, se consiga acabar con la indefensión con que se encuentra el capital de ahorro en el momento de un desequilibrio económico de la empresa.

La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica (*)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Sociedad Anónima y persona jurídica.*—II. *Significado originario de persona jurídica.*—III. *La Sociedad Anónima aceptada como persona jurídica.*—IV. *La concepción formalista de persona jurídica.*—V. *La Sociedad Anónima como problema.*—VI. *La empresa individual de responsabilidad limitada.*—VII *El renacer de la concepción realista.*—VIII. *Conclusiones.*

I. *Sociedad Anónima y persona jurídica.*

La Sociedad Anónima, que fué institución predilecta del dogmatismo positivista, que se pensara manifestación directa de la libertad de asociación y que se creyera que podía servir de modelo o de explicación al mismo Estado, está en un momento de crisis: en los distintos países se dictan nuevas leyes o se preparan reformas y la doctrina se muestra inquieta y dividida. Situación que por su generalidad hace pensar que quizá se trata de algo más grave que de una transitoria situación patológica y que sea la figura misma de la Sociedad Anónima la que está en cuestión.

El concepto de Sociedad Anónima no debe olvidarse que es muy reciente y que carece de la firmeza de otros conceptos jurídicos basados en una milenaria tradición. La doctrina moderna ha pretendido—y en buena parte logrado—enraizarlo en el concepto clave de la persona jurídica, lo que ha hecho que, durante bastante tiempo, se admita sin recelos a todo lo que de extraño tiene esta figura de la Sociedad Anónima. Este apoyo conceptual, a la larga, ha resultado insuficiente, pues hoy no sólo se duda—y cada vez en más amplios círculos—de la justificación jurídica de la So-

* Este estudio forma parte (III, 3) de un trabajo más amplio: *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima.* que se publicará en la Revista de Estudios Políticos.

ciudad Anónima, sino que su consideración como persona jurídica parece ser reflejamente la principal causa del escepticismo de buena parte de la doctrina respecto a la persona jurídica.

II. *Significado originario de persona jurídica.*

Para poder enfocar debidamente las cuestiones que atañen al significado jurídico actual de la Sociedad Anónima y al valor dogmático de la persona jurídica, parece preciso poner en claro la trayectoria del proceso que termina en ese extraño resultado y, para ello, examinar el influjo mutuo (al parecer deformador y pernicioso) que en la dogmática han ejercido entre sí los conceptos de persona jurídica y Sociedad Anónima. A este efecto, se recordarán los antecedentes de la cuestión del modo más conciso posible y procurando esquivar las conocidas complicaciones teóricas sobre la naturaleza de la persona jurídica.

En base a los textos romanos, los antiguos juristas cuidaban de distinguir entre «universitas bonorum» y «universitas personarum», o sea entre lo que hoy se llamaría patrimonio (independiente o separado) y persona jurídica (tipo de asociación). El afán sistematizador de los pandectistas, llevó a clasificar a todos los sujetos de derechos, llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derechos distinto del hombre. Algún autor, en un primer momento, incluyó, por esa confusión conceptual, entre las personas jurídicas a varios patrimonios separados¹; pero, en seguida, la doctrina vuelve al buen camino y, siguiendo el ejemplo de Savigny, considerará como personas jurídicas sólo a la «universitas» y a los «pia corpora»².

Pero en ningún caso—y esto es lo que importa subrayar—autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de Sociedad fuese posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica, pues para la técnica jurídica era y es indudable que: a), el contrato de Sociedad crea una relación obligatoria y como tal dependiente de la voluntad de los socios; b), que mediante este contrato las aportaciones de los socios pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común) que les separa del patrimonio personal de cada so-

1. La forma más extremada, su primer modelo, y casi su único exponente, es la teoría de HEISE, diciendo «que el substrato de una persona jurídica puede estar compuesto: I, de hombres: a) uno cada vez, pero sucesivos en el tiempo (empleo público); b) reunión de varios al mismo tiempo («universitas»); II, por cosas: a) predios (servidumbres, derechos subjetivamente reales); b) patrimonio de una persona («fiscus», «hereditas»); c) masa de bienes dedicados a un fin de común utilidad y con especial administración (casas de ancianos, legado para redención de cautivos, bolsa); *Grundriss eines Systems de gemeinen Civilrecht*, ed. 1830, § 98.

2. SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp. 1878, II, §§ 86, 102 (II, págs. 67, 175); PUTCHA, *Pandekten*, § 26, ed. 1850, págs. 39-40; en general la doctrina posterior, aunque algunos autores comprendan también a la herencia yacente. WANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, § 53, ed. 1865, página 92.

cio, pero que no se independiza nunca totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios³. Había, además, otra razón, quizá más decisiva: la de que la doctrina, conforme a la tradición romanista, sólo consideraba personas a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público⁴, «corpus» o «universitas»⁵, (body politic) o «politic person»⁶, caracterizados internamente⁷ porque su continuidad no dependía de la voluntad y existencia de sus miembros⁸.

III. La Sociedad Anónima aceptada como persona jurídica.

La figura de la Sociedad Anónima aparece en la historia del Derecho «abrupte» repentinamente, sin antecedentes ni justificación jurídica. Los mercantilistas se han esforzado en encontrarle una genealogía y la derivan de las Sociedades por acciones nacidas en distintos países por concesión real; pero se descuida marcar su esencial diferencia con éstas, caracterizadas por su naturaleza de «societates publicae»⁹ manifestada en todos sus caracte-

3. En los tratados se elige precisamente a la sociedad («societas privata») para contraponerla a la persona jurídica, PUCHTA, loc. cit., pág. 38.

En la doctrina española se conoció la existencia del patrimonio colectivo (formado con las aportaciones sociales), en especial al referirse a la preferencia que sobre los bienes sociales tenían los acreedores individuales de los socios. Importa señalar que la situación de estos bienes se considera análoga a la de otros patrimonios colectivos, como la sociedad de gananciales (HERMOSILLA, *Addiciones, notes, resoluciones ad 7 Partit. Glos. et cogita doct. D. Gregorii Lopetti*, ed. 1634 a P. 5, 5, 49, II, fol. 223 vto.) o patrimonios separados, como la herencia yacente, los bienes en administración y al mayorazgo gravado con deudas especialmente autorizadas (FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus*, 4, 9, 2, ed. 1762, I, pág. 130; SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus creditorum concurrentium*, I, 9, ed. 1757, I, págs. 60, 61).

SALGADO señala el caso de los dos patrimonios separados con un mismo titular, como de deudor que representa dos personas, no debiendo confundirse acreedores y contratos de los diversos negocios, sociedades o administraciones «habiendo causa, razón, libros y acreedores separados» (loc. cit., §49, pág. 61.).

4. En base a D. 3, 4, I, § 1.

5. Se usan otros términos también, por ejemplo: para las personas eclesiásticas, el de «communitas» (GONZÁLEZ TÉLLEZ); para la ciudad o república, el de «corpus mysticum» (GREGORIO LÓPEZ).

6. COKE: *On Littleton*, 1628, § 250; KYD: *A treatise on the law of corporations*, 1793-94, pág. 15 (citas de NERAM: *The personality conception of the legal entity*, 1938, págs. 97, III).

PUCHTA habla de «societates publicae», loc. cit., pág. 40.

7. SAVIGNY, II, § 89, 96 págs. 87, 113.

La doctrina española parece haber sido la misma siempre; así por ejemplo, en los distintos períodos: ACEVEDO, en sus *Addiciones a la Curia pisana* de RODRÍGUEZ DE PISA, IV, 3 f., 99 sig.; PÉREZ VALIENTE, *Apparatus iuris publici hispanici*, 1751, § 40, págs. 204 ss.; VIZCAÍNO PÉREZ, *Compendio del Derecho público y común de España*, 1789, I, pág. 356; DE DOU, *Institutiones del Derecho público general de España*, 1800, I, págs. 214, 215.

En la doctrina francesa: BODIN: *Les six livres de la république*, ed. Lyon, año 1595, págs. 478-497.

8. SAVIGNY: loc. cit., págs. 86-89; PUCHTA: pág. 43.

9. GARRIGUES señala que entonces «la influencia política es decisiva». *Tratado*, I, 2, pág. 614.

res: control directo del soberano en su nacimiento y administración, independencia de los gestores respecto a los socios, facultad discrecional de retirar la concesión, atribución de poderes propios de la soberanía; había, pues, que considerarlas—y así se las trataba—del mismo modo que a las corporaciones¹⁰.

El recuerdo de esas especialísimas Sociedades, quizá sirviera para que las combinaciones de los especuladores durante la Revolución francesa pareciesen menos extrañas, y para que el legislador se autosugestionase creyendo no desviarse de la línea jurídica tradicional, con sólo imponer para su nacimiento el requisito del permiso administrativo; pero el jurista no puede engañarse sobre la esencial diferencia entre las dos figuras jurídicas.

De todos modos, la regu'ación del Código de comercio francés (1807) creando la Sociedad Anónima, hace creer que se partió de otra base: la de pensar que los asociados no debían exponerse a perder más que su interés en la Sociedad (art. 33) porque no eran ellos quienes la administraban, y que los mandatarios temporales que han de administrarla (art. 31) tampoco debían ser responsables más que de su gestión, pues dada su condición de mandatarios no se obligaban ni personal ni solidariamente por las obligaciones de la Sociedad (art. 32)¹¹.

10. Se ha señalado repetidamente, que las sociedades mercantiles fueron llamadas por la Rota de Génova «corpus mysticum» (VIVANTE: loc. cit., páginas 11-12, nota 2; VALÉRY: *Comment s'est formé la theorie de la personnalité des Sociétés commerciales*. Rec. d'études sur les sources du Droit, 1934, I. páginas 100-104) sin conocer el texto completo no se puede saber si se trata de un error técnico del tribunal o de una interpretación moderna apresurada, siempre fácil.

VALÉRY dice que GROTIUS, en *De iure belli ac pacis*, 5, 2, 17, «se decide por que en una sociedad la voluntad de la mayoría se impone a la minoría, lo que supone que, a diferencia de lo que sucede en la indivisión, la sociedad tiene voluntad que le es propia y por consiguiente es una persona» (loc. cit., pág. 103, nota 9). Esta inducción, si fuera cierta, sería muy importante, pues significaría que la escuela yusnaturalista protestante consideraba a la simple «societas» como persona. No parece ser así. Los comuneros o copropietarios pueden estar obligados por la decisión de la mayoría sin ser por ello persona jurídica (así artículo 398 C. c.). El texto de GROCIUS se refiere a las «consociaciones» (edición 1735, I, pág. 287), no al contrato de sociedad o a la «Societate negotiatoria» (id., II, 12, 24, pág. 429) en su concepción de la sociedad mercantil tal como se muestra en *Inlycyding tot de holland se Regtsgeleertheyt* (ed. 17-6, páginas 256-259). La doctrina de la escuela yusnaturalista no difiere en esta cuestión de la de los romanistas PUFENDORF, *Le Droit de nature et des gens*, 5, 8 (ed. 1754, pág. 495); I, 1, 13 (I, pág. 15); NOODT, *Commentarius ad Digesta*, 3, 4 (ed. 1724, págs. 93-94), 17, 2 (págs. 378, 386).

11. Compárense las exposiciones de REGNAUD DE SAINT JEAN D'ANGELY y de JARD PARVILLIERS, *Código de comercio de Francia. Los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado*, 1812, I, págs. 18-19, 31.

Las consideraciones indicadas son muy semejantes a las que hicieron decir a FONTANELLA (y en base a sus razonamientos sentenciar a RUBI DE MARYMON en 19 febrero 1633) que en una sociedad de capitales, en la que se entrega la administración a unos mandatarios, no quedan los socios obligados más allá del capital de la sociedad, pues al darles poder para contratar «tot a risch e perill de la present companya» quedaba la facultad de los administradores «limitata intra eam quantitatem», no respondiendo el socio por el dolo del administra-

Esta argumentación no podía convencer a ningún civilista educado en la doctrina del Derecho común, pues si bien el mandatario, en cuanto fuese sólo mandatario (no si era también socio), no responde de los actos que realice como tal respecto a los terceros, los mandantes (los socios) quedaban obligados personalmente por todos los actos que realizase el mandatario y que no excediesen de su mandato o poder, de modo reconocible por el tercero¹². La limitación de responsabilidad que concedía el Código de comercio francés a los socios de una Sociedad Anónima tenían, pues, que parecer, a los ojos de los juristas, un privilegio más, concedido a los comerciantes a costa de los no comerciantes, como tal «odioso» y sometido a interpretación restrictiva¹³.

El influjo de las finanzas en el mundo décimonónico hizo que esta nueva y anómala figura se aceptase en todos los países. Queda así planteada a la dogmática jurídica, de modo general, la cuestión sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima. Después de bastantes dudas¹⁴, la doctrina se decide a clasificarla como persona jurídica del tipo de la asociación¹⁵.

Dos motivos fueron decisivos: primero, la estructura corpora-

dor, del mismo modo como tampoco lo queda el dueño de la nave por el dolo de los «institores navium», *Sacri Regii Senatus Cathaloniac decisiones*, des. 404-408, ed. 1645, II, págs. 560-577.

12. POTHIER, *Traité du contrat du mandat*, § 89; *Traité des obligations*, § 79; *Oeuvres de Pothiers*, ed 1818, VI, pág. 391; III, pág. 58.

13. DIRÁ SÁINZ DE ANDINO: «Las sociedades anónimas tienen un sistema constitutivo excepcional, que no guardando conformidad con las disposiciones generales del Derecho común equivale a un privilegio.» RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, 1950, pág. 224.

14. HERMANN, *Der Rechtscharakter der Aktien-Vereine*, 1858.

15. Dificultades graves para ello originaba el artículo 216 del Código de comercio alemán de 1861 («Cada accionista tiene una participación (Anteil) proporcional en el patrimonio de la sociedad), lo que parecía indicio claro de que se consideraba el patrimonio de la sociedad como copropiedad o patrimonio de los socios, mientras otros artículos (207, 213, 216, 227) parecían establecer una independencia completa del patrimonio social. Así, algún autor cree ver en la Sociedad Anónima una figura intermedia entre la «communio» y la «universitas» (BESELER, *Erbverträge*, 1835, I, págs. 73-83), y se advierte en ella hasta un parecido con la fundación (ser esencial el estatuto y el capital) y, por el contrario, se señala que, como en el patrimonio separado, hay falta de independencia material del capital de la sociedad respecto al de los socios (BECKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886, I, pág. 209, n. h., p. 214-262 n. i. &).

En la doctrina francesa, y siguiéndola en la española, no hubo estas dificultades teóricas; antes bien, se acepta con ligereza la personalidad jurídica de las sociedades. GARCÍA GOYENA afirma sin más que la sociedad es una persona moral (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, IV, pág. 26, art. 1.594), refiriéndose al artículo 33 del Proyecto, que según su comentario y su letra mantenía (por el contrario) la doctrina clásica («corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley», I, pág. 44); GÓMEZ DE LA SERNA, «R. G. L. J.», 10 (1857), 28 (1866), pág. 360 (señalado por GIRÓN TENA en «R. D. M.», 1947, nota 32), pág. 26; GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, 1869, página 468; FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, 1873, pág. 135 (aceptando decididamente la teoría de la capacidad); ELÍAS, *Derecho civil general y foral de España*, 1884, II, pág. 162.

tiva en que se presenta la Sociedad Anónima¹⁶, que le hacía semejante a la primera y más típica de las corporaciones, al mismo Estado, con una constitución (estatuto social), un poder legislativo (asamblea general de socios) y un poder ejecutivo (el Consejo de Administración); segundo, que la doctrina no encuentra dificultad en ensanchar el concepto de persona jurídica, para encajar en él a la Sociedad Anónima, pues le bastaba volver a la equivocada y antes desechada idea de que la personalidad consiste sólo en ser sujeto de derechos y obligaciones¹⁷; lo que le permitía convertir a la persona jurídica en un concepto puramente formal¹⁸.

Un refuerzo, que resultará decisivo, en favor de esta tendencia formalista vendrá de donde menos cabía esperarlo. Gierke, al defender la teoría de la realidad de la persona jurídica, no tuvo la valentía de sacar sus lógicos postulados y no se atrevió a señalar que la Sociedad Anónima no tenía intrínsecamente la naturaleza de persona jurídica, y que era sólo una comunidad en mano común, potenciada artificialmente por el privilegio de limitación de responsabilidad concedido a los socios¹⁹. La autoridad de Gierke, precisamente como teórico de la realidad, hace que los autores que le siguen, y también los que no le siguen, se afirmen en la creencia de que la Sociedad Anónima es una persona jurídica real, totalmente distinta de los socios, que se interpone, como realidad social, o formal, según las teorías—entre los socios y los terceros, independizándola hacia adentro y hacia fuera²⁰.

16. Que hace que BRINZ modifique su primitiva teoría, *Lehrbuch der Pandekten*, ed. 1886, III, pág. 696, nota 21.

17. La idea de HAISE (que tenía antecedentes en el yusnaturalismo protestante) se mantuvo latente en el mismo SAVIGNY (comp. loc. cit., pág. 62); pero sólo se desarrolla con la admisión de la Sociedad Anónima como persona jurídica. WINDSCHEID dirá que el abstracto de la persona jurídica no determina su esencia, y que hablar de persona jurídica (unidad pensada) es lo mismo que hablar de un patrimonio sin sujeto (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, §§ 57-58, nota 5, ed. 1878, I, págs. 134, 137, 140).

18. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, 1886, I, § 68, pág. 264; § 60, pág. 209.

19. El resultado de esta infidelidad teórica lleva a la consecuencia de que GIERKE no puede ya señalar ninguna nota distintiva especial entre la persona jurídica y las comunidades personales (*Deutsches Privatrecht*, I: *Allgemeiner Teil und Personen Recht*, 1895, pág. 660), y que no le sea posible encontrar un porqué a la afirmación de que la Sociedad Anónima sea persona jurídica y las demás sociedades mercantiles creen sólo una comunidad en mano común y un patrimonio separado (*Deutsches Privatrecht*, III: *Schuldrecht*, 1917, páginas 842-843); viéndose obligado a decir que las sociedades sin capacidad jurídica, aun sin ser personas jurídicas, funcionaban en gran parte como personas jurídicas (id., pág. 834).

LARENZ ha señalado que GIERKE agudó su doctrina al considerar como asociaciones a las Sociedades Anónimas y dar excesiva importancia a la capacidad jurídica (A. C. Pr. 143 (1937), pág. 268). La postura conservadora de GIERKE y lo poco claro de su concepción filosófica hizo que, a pesar de sus esfuerzos, no lograse salir del conceptualismo individualista de su tiempo.

20. El triunfo de la dirección formalista fué rapidísimo. Ya se advierte en REGELSBERGER, *Pandekten*, 1893, pág. 293; v. TUHR dará la pauta que seguirá la doctrina posterior, al identificar la persona con la capacidad jurídica (*Der*

Recibida así la Sociedad Anónima entre las personas jurídicas, ello significará un cambio inmediato y radical de su consideración jurídica. Ya no se le podrá tachar de figura anómala y excepcional, sino que todas sus particularidades se entenderán derivadas de su naturaleza de persona jurídica.

Con esta nueva consideración jurídica coincide el que se le incluya entre las instituciones animadas por el espíritu de la liberal-democracia. Se dice con máximo énfasis que su admisión estaba impuesta por el mismo Derecho natural, por el derecho natural que tienen los hombres a asociarse y a contratar libremente ²¹. Se señala, como señuelo democrático, que el medio ideal para que las pequeñas fortunas participen, sean también dueñas y reciban los pingües beneficios que crean y repartan las grandes empresas, al lado y en situación de igualdad a los millonarios ²². De este modo, la enemiga que los nuevos ricos pudiesen suscitar y el recelo que hubiera debido producir el nuevo poder entregado al capitalismo, se oculta hábilmente tras el brillo de las ideas de libertad y democracia; se crea el mito—todavía operante—de que las pequeñas acciones democratizan al capital y que en las Sociedades Anónimas decide democráticamente la voluntad de la mayoría.

Pero lo más importante es el alcance técnico que se da a la personalidad jurídica de las Sociedades Anónimas. El clima creado por la doctrina mercantilista, el influjo de ésta sobre la segunda generación de pandectistas, la afición del positivismo jurídico por la abstracción y el formalismo, su debilidad por frases como «los intereses del comercio», «las necesidades de la economía» y «la seguridad del tráfico», será el ambiente más favorable para el crecimiento artificial de la Sociedad Anónima como persona jurídica formal. Para los autores, la Sociedad Anónima llega a ser la persona jurídica típica, la más semejante a la persona física y con delectación morosa se va señalando la identidad de sus atributos: la nacionalidad, el nombre, el patrimonio personal y hasta los de-

Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Recht. 1910. I. pág. 455). Se excusan citas, pues serían interminables; pueden verse en algunos de sus representantes recientes y más significativos: FERRARA, *Personae giuridiche*, 1938 (Tratado dirigido por Vasalli, II, 2), págs. 2-3, 30-40; *Diritto delle persone e di famiglia*, § 42, pág. 117; AZZARITI MARTÍNEZ, *Diritto civile italiano*, 1943, I, § 223, pág. 330; PUGLIATTI, *Gli Istituti del Diritto civile*, 1943, I, páginas 110 y ss.; GANGI, *Personae fisiche e persone giuridiche*, 1946, págs. 191 y siguientes; MESSINEO, *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1947, páginas 165-166.

21. La «legitimidad intrínseca» de la Sociedad Anónima se afirma en que «nada es más legítimo que esta forma de asociación; se puede decir que es un derecho natural en virtud del principio de libertad de contratación» (JANNET, *Le capital, la speculation et la finance au XIX^e siècle*, 1892, págs. 161-165, cita de RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, pág. 89, nota. 1.)

22. Idea que ya utiliza REGNAUD diciendo que «serán el medio de admitir a la medianía y aun a la pobreza misma a participar de las utilidades de las grandes especulaciones» (*Código de comercio de Francia, con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunal*, 1812, págs. 18-19).

rechos de la personalidad²³. Como natural consecuencia de todo esto, se acepta que mediante esa entelequia (la persona jurídica) la Sociedad queda totalmente separada de los socios (abstracción), que la dirección real de la Sociedad pueda liberarse, por su propia decisión, de toda responsabilidad hacia los socios (por el «quitas» liberatorio de la mayoría) y que queda exenta también de ella, de modo automático, respecto a los terceros (por responder sólo la Sociedad); el subtrato asociativo pierde importancia y sólo se requiere nominalmente (en el momento de la constitución); se hacen posibles, en fin, las Sociedades de Sociedades, con lo que se desplaza del todo la realidad asociativa de la dirección y del poder sobre el patrimonio social. La Sociedad Anónima adquiere, de este modo, la posibilidad de convertirse en instrumento encuadrador y justificador de las más diversas e ingeniosas combinaciones financieras.

IV. La concepción formalista de la persona jurídica.

Como se ha indicado, la admisión de la Sociedad Anónima entre las personas jurídicas fué decisiva para el desarrollo de la Sociedad Anónima en el mundo económico moderno: en cambio, ha sido la principal causa determinante de la crisis del concepto de persona jurídica en la moderna dogmática. La razón es clara; si la personalidad jurídica se reduce (para encajar en ella a la Sociedad Anónima) a la facultad de demandar y ser demandado, a la condición de mantener unida una masa patrimonial, si se acepta como persona a una sociedad cuyo objeto es el enriquecimiento o beneficio egoísta de sus socios, no habrá razón para negar la personalidad a otras figuras jurídicas de iguales características. Y la verdad era que, considerada persona jurídica a la Sociedad Anónima, ninguna nota esencial podrá ya separar a la persona jurídica de las distintas *universitates bonorum*²⁴. La consecuencia más

23. Sobre el desarrollo de esta idea a principios de siglo: HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, I; *Die Neuordnung des Verkehrsleben*, 1910, págs. 62-64.

24. BEKKER hubo de resignarse a indicar algunos caracteres sintomáticos (no esenciales) (loc. cit., I, págs. 209-210); REGELSBERGER confiesa terminantemente que es trabajo perdido la búsqueda de esos caracteres y que hay que contentarse con decir en base a la impresión de conjunto que causen (loc. cit., página 317). La doctrina moderna, de modo expreso o tácito, se refiere como elemento distintivo a la voluntad legislativa (reconocimiento de la personalidad por el Estado); últimamente, BRUNETTI, *Sulla pretesa personalità giuridica delle società personali*. «Riv. trim. D. e proc. civ.», pág. 61; *Riflessioni sulla società a responsabilità limitata*, «Riv. trim. D. e proc. civ.», 1949, pág. 630. Mas así quedan sin contestar las preguntas claves: ¿En qué consiste la personalidad? ¿Qué se atribuye con la personalidad? ¿Qué significado técnico tiene la persona jurídica? Esta caída de la doctrina en el nominalismo justifica el reproche de OERTMANN: «Nada podrá oponerse al intento de considerar persona jurídica al embrión, al predio dominante, al título al portador (*Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 1927, pág. 81); la persona jurídica se deja reducida a una etiqueta sin propio significado.»

La dirección normativista dirá, por ello, con su peculiar lógica, que la perso-

inmediata será la de preguntarse si las demás sociedades mercantiles son también personas jurídicas. Para evitar la inevitable respuesta afirmativa, la doctrina ha recurrido a la invención de sociedades sin capacidad jurídica, persona parcial, medio persona, persona de capacidad negocial limitada, personas en la relación interna, personalidad relativa, *individualité*, *petite personnalité*, *de facto corporation*, *quasi corporation*, *corporation by stoppel*, etcétera, pero la única postura consecuente y lógica—dado el equivocado punto de partida de la doctrina—es la adoptada por el legislador español, admitiendo en general la personalidad jurídica de las compañías mercantiles (art. 116 C. de c.) y de las sociedades civiles (art. 35, 1669, C. c.)²⁵.

En este camino ya no es posible detenerse y, constantemente, se señalan otras figuras jurídicas que, con iguales razones, se piensan incluir entre las personas jurídicas, así, por ejemplo, la sociedad o la fundación en formación, la sociedad y la asociación irregulares, los comités para suscripciones, la herencia yacente, el patrimonio del ausente, los bienes destinados al concebido y no nacido y al mismo no concebido, la masa del concurso y de la quiebra, la sociedad de gananciales y hasta a la mera copropiedad. De este modo, bajo el título de persona jurídica se confunden, en heterogénea amalgama, con las *corporaciones* las *universitates bonorum*, patrimonios colectivos y separados y, *horribile dictu*, hasta con la copropiedad²⁶. Estirado de esta forma el

nalidad es «la personificación de una parte del ordenamiento jurídico» (KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, págs. 66-67); también SCHREIER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, 1924, págs 141 y ss.; HANKE, *Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, Handlungsfähigkeit*, 1928, pág. 54). Frente a esta afirmación se objeta que sólo en la persona jurídica (no en la física) hay «unidad de sistema jurídico», pues de ella puede decirse que es «la personificación de su estatuto» (NAWIASKY, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtliche Grundbegriffe*, 1941, pág. 148). Mas ni siquiera este concepto tan abstracto sería compatible con la consideración de la Sociedad Anónima como persona jurídica, pues se aceptaría entonces la «personificación de un estatuto» variable a voluntad de los socios (en su caso, hasta del socio único), y entonces no podría negarse la personalidad a un contrato (estatuto inter partes) o a un testamento (estatuto de la sucesión).

25. Comp. GARRIGUES, *Tratado*, I, 1, págs. 458 ss.; VIVANCE, loc. cit., II, páginas 13 ss.; SCHÖNFELD, *Zur Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft*, «J. J.», 75 (1925), págs. 75 ss.; SOPRANO, *Le comunione negli enti collettivi*, «Riv. D. C.», 18 (1926), págs. 27 ss.; BRUNETTI, *Sulla pretesa personalità giuridica delle società personali*, «Riv. trim. D. e proc. civ.», 2 (1948), páginas 51 ss., y allí citados.

26. DONDERIS TATAY, *La copropiedad*, 1933, pág. 165. DOSETTO, *Teoría della comunione*, 1948, pág. 5. En las reseñas hechas a esta última obra hay quien acoge tal idea con una cierta simpatía (W. B., «Riv. trim. D. e. proc. civ.», 1949, pág. 140), y quien la califica de «exceso de conceptualismo jurídico» (JORDANO, «A. D. C.», 1949, pág. 1174). La doctrina anglosajona gusta referirse a la atribución de personalidad jurídica a un idolo de Calcuta (Lord Schaw of Dunfermline habla de «la voluntad del mismo idolo» y de sus intereses) en el proceso *Pramatha Nath Mullick versus Pradyumna Kumar Mullick* (1925).

término, queda sin valor técnico y es natural que, en la doctrina, se vaya generalizando la tendencia a abandonar, como inútil y productor de confusiones, al mismo concepto de persona jurídica²⁷.

V. La Sociedad Anónima como problema jurídico.

Esta decadencia del dogma de la persona jurídica hará que se debilite el apoyo que antes prestaba a la concepción abstracta de la Sociedad Anónima²⁸; con ello y con el desvanecerse de otras

27. Las posiciones escépticas aisladas antes (Brinz, Bekker, Jhering, Va-reilles - Sommieres, van den Henvel, Duguít, Planiol, Molengraff, Höder, Schwarz, Rohde, etc.) se han convertido en dominantes en la doctrina americana: NEKAM, *The personality conception of the legal entity*, 1938, págs. 93-113; BALLANTINE, LATTIN, *Cases and materials on the Law of Corporations*, 1939, página 83; FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1947, págs. 371 ss.

28. El gran esfuerzo teórico de WOLFF (Hans J.) para lograr un concepto técnico de persona jurídica, partiendo de la Sociedad Anónima, ha sido inútil pero muy revelador. Frente al abandono hecho por KELSEN de la distinción entre personas jurídicas con capacidad jurídica y las sociedades y comunidades (sin ella), observa que en estas últimas la imputación y la responsabilidad es sólo provisional los sujetos definitivos de imputación son los asociados o comuneros, la sociedad y la comunidad no son por tanto personas jurídicas, pues para ello se requiere ser no sólo «polo», sino también «punto final» de las relaciones normativas (*Organschaft und Juristische Person. I; Juristische Person und Staatsperson*, 1933, págs. 151, 198). No pudo ser fiel a su teoría, a la que contradice al admitir que se puede ser persona sólo en la «relación interna» o en la «relación externa» (pág. 109), y sobre todo al aceptar como tipo de la persona jurídica a la Sociedad Anónima (comp. la caracterización que hace en las págs. 229-230).

Importa, a nuestro objeto destacar el porqué de las dificultades que encuentra la teoría de WOLFF. En su centro está la misma idea que animara a la doctrina que primero acuñara el concepto de persona jurídica, idea exacta que luego se abandona al resultar incompatible con la Sociedad Anónima; es simplemente la de la independencia definitiva entre la organización jurídica (asociación, fundación) y las personas físicas que le sirven de órganos: la regla, la finalidad de la organización, su subsistencia, no dependen de la voluntad, ni sus intereses son idénticos a los de los asociados y administradores. La Sociedad Anónima carece de estas características, no es «punto final de imputación»: su regla (estatuto) y su vida dependen directamente de la asamblea, sus bienes (activo patrimonial) pertenecen en último término (patrimonio separado) a través de la organización (patrimonio colectivo) a los patrimonios de los socios; hay sólo una incomunicación artificial y temporal, cuya naturaleza de tal no se altera por la limitación de responsabilidad (existente también en otros supuestos: el buque en ciertos Derechos extranjeros, la «Grundschuld»: también la dote, los bienes vinculados, etc.).

El resultado deducible de lo indicado es que la sociedad o asociación de fin egoísta (ganancias) no encaja en la figura técnica de persona jurídica, pues el carácter neutro de ese fin (consecución de poder económico) impide su definitiva separación de los patrimonios individuales: la ganancia para la sociedad es igual a la suma de ganancias de los socios. La asociación (o el destino de bienes) para un fin altruista permiten, en cambio, una separación completa de las esferas jurídicas (interés ajeno, patrimonio ajeno).

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1948 ha advertido con exactitud (a pesar de que sea criticable desde el punto de vista formal, comp. COSSÍO, RUBIO, *Tratado de Arrendamientos urbanos*, 1949, págs. 261-262) la diferencia esencial entre la asociación egoísta y «cualquiera otra que no persiga fin de lucro». La cuestión ya se había planteado a los Tribunales

ilusiones se hace posible preguntar ahora, sin riesgo de ser tachado unánimemente de jurista heterodoxo, por la justificación de las particularidades de la Sociedad Anónima. Véase cómo se ha llegado a esta nueva situación.

Con la pérdida de confianza en los dogmas del individualismo liberal, ha terminado también el creer en que la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad sin límites sean siempre beneficiosas para la libertad personal y la experiencia no permite dudar de que, sin la vigilancia constante del Estado, han sido, son y serán utilizadas para despojar y esclavizar a los económicamente débiles. Por ello, ya a nadie se le ocurrirá hablar de un derecho natural a fundar Sociedades Anónimas, y lo que preocupará a los yusnaturalistas es averiguar qué privilegios de los obtenidos por medio de la Sociedad Anónima son condenables y si la misma Sociedad Anónima debiera serlo.

La Sociedad Anónima obtuvo la consideración de persona jurídica por la semejanza que su estructura formal tenía con las corporaciones; pero, también aquí los hechos han venido a demostrar que esa vida corporativa rara vez existe.

En la gran empresa los socios no deciden nada y para nada es tenida en cuenta su voluntad; la Sociedad Anónima es o pertenece a quien domina en el Consejo de Administración y maneja por medio de la Banca las acciones necesarias para tener la mayoría (de papel) aquiescente. En la misma asamblea general no cuentan las personas ni el número de socios, sino la mayoría del capital representado²⁹. La masa de los socios no se distingue en la práctica (a estos efectos) de los obligacionistas y, como éstos, están interesados casi únicamente en la cotización de Bolsa y en el corte del cupón³⁰, los socios ya saben que no son «los amos de la sociedad», son de hecho (y se contentarían con que se les respetase sus facultades de tales) acreedores no privilegiados de la Sociedad³¹.

Respecto a la pequeña empresa, la forma de la Sociedad Anónima se utiliza, las más de las veces, de cómodo artificio, para limitar la responsabilidad del dueño del negocio, mediante la agrega-

alemanes, HAMBURGER, *Trcu und Glauben im Verkehr*. 1930. págs. 124, 199 y siguientes.

29. Es peregrino que se siguiese utilizando el argumento de la democracia cuando se vota por número de acciones (capital) y no se tiene en cuenta el número de socios.

30. La asimilación del socio al tenedor de obligaciones se ha hecho visible, en la práctica, en las acciones con interés fijo y las obligaciones de renta variable.

31. «Los accionistas, en vez de ser dueños de la empresa, se ven reducidos a la posición de simples obligacionistas o acreedores de la sociedad» (GARRIGUES, *Tratado*, I. 1. pág. 625).

«Los accionistas ya no son los amos de la sociedad. No les interesa serlo. Se consideran sólo sus acreedores, dóciles o furiosos, según la marcha de los negocios sociales: corderos o tigres, dice irreverentemente un autor belga, *mais toujours des bêtes*» (RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946. pág. 105).

ción de algunos socios nominales (familiares o empleados), a los que se les da, al menos al constituirse la Sociedad, alguna acción ³².

Conocidos estos hechos por todos, quedaba como única justificación objetiva de la especial mecánica de la Sociedad Anónima, el argumento técnico de su naturaleza de persona jurídica. Pero, como se ha indicado, sólo pudo ser eficaz mientras que la doctrina sobre la persona jurídica era imprecisa y en estado de transición, cuando todavía dominaba la concepción formalista (única que permitía encajar en la persona jurídica a la Sociedad Anónima), se mantenía (sin advertir la contradicción) el antiguo criterio que negaba la consideración de personas jurídicas a las demás figuras carentes de carácter corporativo ³³; ahora, cuando la lógica implacable ha impuesto que se acepte como persona jurídica hasta a la sociedad ocasional, el decir que la Sociedad Anónima es una persona jurídica no sirve para explicar ninguna de sus particularidades.

Queda, de nuevo, así, al descubierto y en toda su desnudez, el artificio de la Sociedad Anónima y brota irremediabilmente la interrogante sobre su justicia: ¿Cómo se justifica que quienes no se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad? Y si no es la pluralidad de los accionistas quien dirige la Sociedad, ¿cómo se explica que se otorgue una patente de irresponsabilidad —por actos propios— a quien verdaderamente es el dueño de la sociedad?

Ante este estado de cosas, parte de la doctrina mercantilista, aun sin abandonar del todo la teoría de la personalidad abstracta, apunta la tendencia de recurrir a la idea de la institución ³⁴. Si con esto se pretende algo más que seguir el viejo procedimiento de alejar

32. En un periódico de Madrid, hará unos dos meses, se anunciaba «la venta» de una Sociedad Anónima de tres millones de capital por un millón. En el boletín periódico de una empresa individual se comunicaba el año pasado que tomaba la forma de Sociedad Anónima, advirtiendo que el cambio era sólo externo.

33. Así se mantuvo, en parte, la doctrina exacta. La idea de la persona jurídica tiene una raíz más profunda que la de explicar ciertos fenómenos técnicos (unidad patrimonial, subjetividad de derechos): es la de la existencia de realidades sociales, organizaciones, que tienen propia e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen o las rigen: su nota característica y diferencial está en que existen en torno a un fin distinto y superior, al que asociados y administradores deben servir. La ciudad, las asociaciones religiosas, políticas y culturales, las fundaciones benéficas han reclamado y obtenido, por ello, la condición de miembros en la organización jurídica, al lado de las personas físicas. En cambio, en la sociedad o asociación para ganar dinero, sea cualquiera la forma que adopte, falta el fin supraindividual, existe sólo una suma de aspiraciones egoístas, cuya compaginación realiza el Derecho con la figura jurídica de la comunidad de bienes, en forma de copropiedad y de mano común.

34. GAILLARD, *La Société anonyme de demain*, 2.^a ed., 1933; GARRIGUES, *Tratado*, I, 2, pág. 620; SOLA CAÑIZARES, *La administración de la Sociedad*

la cuestión, remitiendo el porqué de figura jurídica tan bien conocida a un concepto vago e impreciso y aun carente de valor técnico ³⁵, será necesario admitir que la Sociedad Anónima debe servir a fines más altos que al egoísmo de los hombres que la controlan. Y sean estos fines los de la economía, los de la comunidad nacional o los de la empresa como unidad (capitalistas, técnicos y productores), tal referencia no justifica a la Sociedad Anónima tal y como existe en la actualidad y, por el contrario, postula una reforma radical, la implantación de una nueva regulación sobre principios completamente distintos y hasta contrarios de los aceptados todavía hoy por la generalidad de la doctrina.

El interés práctico y general que ofrece la cuestión de la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima parece indudable y no menos evidente resulta su importancia desde el punto de vista de la justicia. Nada lo mostrará con mayor claridad que un ejemplo tomado de la jurisprudencia inglesa ³⁶. Mister Salomon vendió su negocio a una Compañía de responsabilidad limitada, con un capital nominal de 40.000 acciones de una libra cada una, estando formada la compañía (Salomon and Co.) por el vendedor (Mr. Salomon), su mujer, una hija y cuatro hijos, cada uno de los que suscribió una acción. Después se emitieron nuevas acciones (20.000) en favor de Mr. Salomon y también obligaciones especialmente garantizadas ³⁷. Llegan malos negocios, la Compañía se liquida y Mister Salomon reclama todo el activo de la Compañía como acreedor privilegiado, no dejando nada para los demás, los verdaderos acreedores ³⁸. Ante esta situación el sentido de justicia se inclinará a considerar que el artificio de la Sociedad no otorga la inmunidad para realizar tal género de maniobras ³⁹: en cambio,

Anónima en el Derecho comparado, «La Ley» (Buenos Aires, 20 agosto 1949), página 2, nota 33, y allí citados.

35. Comp. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2.ª ed., 1040, págs. 562-563; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme*, págs. 92-93.

36. Salomon versus Salomon and Co. (1897). De las diferentes referencias hechas por los autores ingleses, se sigue la de DUFF, *Personality in Roman private Law*, 1938, pág. 214.

37. Exactamente «ventures forming a floating security».

38. Situación que hubiera sido la misma de tener la compañía otros socios verdaderos pero sin efectivo control y obligacionistas no privilegiados verdaderos, o que, en vez de aparecer Mr. Salomon, sólo hubiese actuado a través de otra Sociedad Anónima o de responsabilidad limitada de la que tuviese el control.

39. Se dijo: «este negocio era de Mr. Salomon y de nadie más» (Vaughan J. en la Chancery División): «es evidente que los otros miembros de la compañía no tenían intereses en ella y que sus nombres fueron usados por Mr. Aron Salomon al mero efecto de permitirle crear una compañía y usar su nombre para protegerse de la responsabilidad, «meros artilugios que permiten comerciar con responsabilidad limitada, contraer deudas en nombre de una compañía registrada y arrebatar con todo el activo de la compañía, por medio de obligaciones emitidas en su favor, para defraudar los créditos de quienes han sido bastante incautos de negociar con la compañía sin advertir la trampa que se les había preparado» (Lindley, L. J., en la Court of Appeal).

la doctrina mercantilista dominante de la personalidad abstracta hará que Mr. Salomon logre su propósito ⁴⁰.

El caso citado es, en el fondo, el mismo de las Sociedades Anónimas compuestas de un solo socio; que se presenta en dos formas, el supuesto poco usual de que constituida por una pluralidad de socios quede reducida accidentalmente a uno y, el más frecuente, de que exista un solo socio real y varios aparente. Los autores han discutido sobre si en el primer supuesto la ley permite la continuidad de la Sociedad o impone su extinción ⁴¹; respecto al segundo, para condenarlo y como argumento *ad absurdum*, se arguyó: si se admitiese como legal, no habría razón alguna para que cualquiera pueda limitar abiertamente y sin ficción su propia responsabilidad ⁴².

VI. La Empresa individual de responsabilidad limitada.

Un buen ejemplo de la deformación teórica que ha predominado en gran parte de la doctrina mercantilista es que esta última solución se haya aceptado seriamente y que se predique el que deba permitirse la limitación de la responsabilidad, en favor de cualquier empresario ⁴³. Su sinrazón parece evidente y no parece harán falta muchos argumentos para demostrarlo.

Técnicamente, la *hacienda comercial de responsabilidad limitada* o la *anónima unipersonal* supondría construir un patrimonio separado al lado del personal del dueño de la empresa o negocio. No se tiene en cuenta que el patrimonio separado (como excepción al art. 1.911 del C. c.) requiere estos requisitos para su existencia: a) un destino especial de los bienes, causa jurídica de la separación; b) creación de una titularidad especial, cuyas facultades están a servicio (y por él limitadas) del especial fin del

40. En base a que para juzgar «la sola directriz debe ser la ley misma». Así se decide por la House of the Lords.

41. F. DE CASTRO, *El autocontrato en el Derecho privado español*, 1927, páginas 105-119, t. a. de «R. G. L. J.», 1927, información anticuada y plagada de erratas; GARRIGUES, *Tratado*, I, 3, págs. 1.218-1.229, R. II de abril de 1945 (nota de Bonet, «R. G. L. J.», 1946 (mayo), pág. 604).

42. «Si se quiere impedir que se conviertan en un fácil medio de eludir el precepto fundamental de cada uno debe responder de las obligaciones que haya contraído», ASCARELLI, *La società a responsabilità limitata e la loro introduzione in Italia*, Ri. D. comm. 1924, I, pág. 458, que cita y acepta BRUNETTI, loc. cit. Ri. trim. D. e proc. vic. 1949, pág. 633.

43. GARCÍA ALVAREZ, *La "O. I." Persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal*, 1944. (Sobre este estudio, notas bibliográficas de LANGLE, «R. G. L. J.», 1945 (febrero), pág. 252, y UTANDE, «R. D. Pr.», 1944 (julio-agosto), página 683); TRIAS DE BES, *La limitación de responsabilidad de las empresas individuales*. Conferencia en la Academia Matritense del Notariado. An. 4. (1947), págs. 364-379. PALÁ MEDIANO, *Sociedades unipersonales*, Conf. en Colegio notarial de Valencia, 1947 (reseña de PASCUAL y DOMINGO en «R. G. L. J.», 1947 (abril), págs. 507-514). BOTER, *Anónimas unipersonales*, «R. D. Pr.», 1947 (enero), p. 31. SOLA CAÑIZARES, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, Re. trim. D. comm. 1948, pág. 376.

patrimonio; c) mantenimiento formal de la separación. Requisitos de los que conceptualmente carecería la empresa individual de responsabilidad limitada ⁴⁴.

Desde el punto de vista de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad, *ad libitum*, de quien por profesión arriesga bienes ajenos ⁴⁵, en provecho propio, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes o dolosos y sin peligro de la propia ruina, que, en fin, se permitiese el progresivo enriquecimiento de los hábiles utilizando el mecanismo de la quiebra de sus empresas de responsabilidad limitada. El sistema de la falsa Sociedad Anónima (con pluralidad de socios en el papel) tiene, al menos, el pudor de ocultarse mediante la simulación; la empresa de responsabilidad limitada vendría descaradamente a legalizar el fraude ⁴⁶.

En la práctica, la empresa individual con responsabilidad limitada pocas ventajas tendría para el comerciante o el industrial, pues los Bancos, los prestamistas y las grandes empresas impondrían como cláusula de estilo la renuncia a la limitación de responsabilidad, o impondrían que garantizasen especialmente la operación con su otro patrimonio ^{47, 48}.

44. Adviértase el absurdo técnico de hablar de dos patrimonios o de dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más «ratio» que la conveniencia del mismo interesado, con titularidades de igual carácter e ilimitadas (arbitrio individual) y sin posibilidad práctica de regular el paso de bienes de un patrimonio a otro. Los resultados que se obtendrían pudieran ser curiosos, préstamos, letras de cambio, hipotecas, pleitos, transacciones, quizás hasta hurtos, entre ambos patrimonios.

45. Créditos bancarios, cuenta corriente deudora, descuento de letras, compra a crédito, etcétera.

46. En muchos casos, escapando a la justa sanción penal. El reconocimiento legal de la empresa individual de responsabilidad limitada, se parece mucho a una declaración de impunidad del alzamiento de bienes y de la quiebra fraudulenta (art. 890. C. de C., 519, 120. C. P.).

47. Fianza, aval, aceptación o endoso de letras, etcétera.

Socialmente, esta tendencia a conceder privilegios a la empresa individual parece un anacronismo en la época presente. Concuerda con la concepción pequeño burguesa que las tendencias capitalistas y las socializantes del momento presente repudian. Irresponsabilismo que condena la Justicia (cada uno debe responder de sus actos) y que rechazan hasta las mismas direcciones existencialistas a la moda («il faut s'engager»).

Todavía cabe preguntar si por semejantes razones no habría que extender esa limitación de responsabilidad a los profesionales (empresa profesional, clínica, sanatorio, estudio, bufete) y hasta a quien ejerce la empresa de *vivir*.

48. Se ha utilizado como argumento de analogía, que la limitación de responsabilidad individual está reconocida por el Código de comercio vigente, artículos 578 a 582, 587 y 590, lo que también ya hacía el artículo 600 del Código de 1929 (BOTER, loc. cit., págs. 35-36). Pero ello no parece admisible por las siguientes razones: 1.ª El carácter especial y privilegiado que siempre ha tenido la «aventura marítima» hace que sus disposiciones no puedan utilizarse analógicamente respecto al tráfico terrestre; 2.ª Que los arts. 578 a 582 (lo mismo que el art. 600 del C. de c. de 1829) se refieren a las responsabilidades del buque como cosa (responsabilidad real) y a las cargas reales y a su orden de preferencia sobre el buque; la responsabilidad personal (sobre el patrimonio) está regulada conforme a los principios generales (coincidiendo

VII. *El renacer de la concepción realista.*

Más que rechazar esta dirección regresiva de la doctrina mercantil, interesa señalar el franco renacer de las tendencias realistas y el progresivo abandono de los conceptos y figuras abstractas. Respecto de las Sociedades Anónimas, abrió la marcha la cuestión sobre la nacionalidad; en la primera guerra mundial se planteó la pregunta: ¿ha de considerarse nacional y no le serán, por tanto, aplicables las disposiciones sobre súbditos enemigos, la Sociedad Anónima nominalmente nacional, pero en la que la mayoría de sus acciones —o las de control— están en manos enemigas o en las de sus testaferros? Los tribunales y la doctrina se vieron obligados —quizás por vez primera— a descender el velo artificial de la Sociedad y a juzgar conforme a la realidad ⁴⁹. Del mismo modo, hubo de procederse cuando un Estado quiere que su industria, comercio, agricultura, zonas estratégicas, flota mercante, no pase a manos extranjeras ⁵⁰, o bien, en el caso contrario, de evitar que los hombres de negocios nacionales logren esquivar el control fiscal o económico, mediante sociedades con bandera extranjera.

Perdido el respeto supersticioso a los conceptos abstractos, cada vez serán más los casos en que se considera necesario no detenerse ante la forma jurídica ⁵¹, ante la persona jurídica, e investigar el fondo real de la situación. La sociedad en mano de un solo socio se ha pensado que no puede ser juzgada como patrimonio independiente, y se concluye que el socio único, como soberano de la empresa, debe responder con su patrimonio personal ⁵², o bien que el principio de la buena fe impone que los actos realiza-

con el artículo 1.911, C. c.) por el artículo 586. C. de c.; 3.ª Que los artículos 587 y 590 se refieren a la hipótesis peculiar de la responsabilidad subsidiaria del mandante, dueño o director de una empresa naviera, por la culpa (alquiliana) o dolo de su mandatario o dependiente (comp. arts. 1.727 y 1903, C. c.), siempre considerada de modo especial; precisamente, nuestro Código de comercio se ha caracterizado (a diferencia de otros extranjeros) por eliminar supuestos injustificados de limitación de responsabilidad, pues, como muy exactamente se ha dicho «extender la limitación a las obligaciones contraídas para la navegación en general, es cometer desde la ley un acto de fraude de acreedores» (RUBIO, *Sobre el concepto de naviero en el Código de comercio*, 1940, página 11.).

49. Sentó doctrina el caso «Raimler Co. versus Continental yre and Rubber Co.» (1915-1916). Sobre esta base los especialistas de Derecho internacional privado piensan en negar la nacionalidad a las personas jurídicas, NIBOYET, *Existe-t-il une nationalité des sociétés?* Re. D. I. Privé, 1927, página 402.

50. WOLFF, *Private international law*, 1945. § 289, pág. 313.

51. En un terreno cercano se afirma la responsabilidad del socio oculto y la de la sociedad oculta, BIAGINI, *Società oculta e imprenditore occulto*, Ritrin., D. e proc. civ., 3 (1949, I), pág. 1.

52. MOSSA, *Responsabilità dell'unico socio di una anonima*, R. D. comm., 1931, II, pág. 315.

El artículo 2.362 (sobre la Sociedad Anónima) del Código civil italiano (1942) dice: «En caso de insolvencia de la Sociedad, por las obligaciones sociales nacidas en el periodo en el que las acciones resulten haber pertenecido a una

dos por la sociedad de un solo socio (*Einmanngesellschaft*) sean examinados uno por uno, pues lo que el accionista no pudiera hacer personalmente sin violación de la buena fe, tampoco lo podrá realizar mediante la sociedad⁵³. En otras muchas circunstancias, los tribunales han creído necesario que, para evitar el fraude a la ley, la expoliación de los accionistas minoritarios, de los obligacionistas, de acreedores y hasta de legitimarios, era preciso prescindir del artificio abstracto de la persona jurídica y así lo han hecho en defensa de la justicia⁵⁴, de modo que se ha podido sentar el principio de que se debe proceder de esta forma siempre que «sea necesario para promover la justicia o evitar resultados inicuos»⁵⁵.

so la persona, ésta responde ilimitadamente». El último párrafo del artículo 2.497 (sobre la sociedad de responsabilidad limitada) dice: «En caso de insolvencia de la Sociedad, por las obligaciones sociales nacidas en el período en el que las cuotas resulten haber pertenecido a una sola persona, ésta responde ilimitadamente». La inglesa «Companies Act», 1948 (11, 12, Geo), chapter 38, artículo 31, aplica igual criterio a la «private company», reducida a un solo socio y a la «public company», reducida a menos de siete.

Las anónimas ficticias o de comodidad se consideran como negocios simulados e indirectos o en fraude a la ley, DOMINÉDÓ, *Le anonime apparenti*, 1931. La jurisprudencia holandesa declara la nulidad de las sociedades en que un socio aporta todo el capital y los demás consocios son «pro forma» o testafierros, VOLKMAR, *Het nederlandsch Handelsrecht*, 1931, pág. 83.

ROHDE señala que entonces la Sociedad no es ya un patrimonio especial, que falta la separación entre el patrimonio de la Sociedad y el del socio, pues es sólo aparente, pudiendo el comerciante disponer libremente de los bienes de uno y otro; ambos patrimonios responden, pues, tanto a los acreedores privados como a los de la Sociedad, *Juristische Person und Treuhand*, 1932, página 176.

53. GÜHL, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 1944, pág. 415.

54. Así, por ejemplo, cuando el dueño del control de la Sociedad opone sus derechos preferentes de acreedor individual a los acreedores de la Compañía, cuando habiéndose hecho convenio de no competencia se compra el control (o se forma una Sociedad reservándose la casi totalidad de las acciones) de una Sociedad Anónima dedicada al mismo negocio; accionista poseedor del control que hace derivar todos los beneficios de la Sociedad (en perjuicio de los restantes socios) para sí, directamente o por medio de una Sociedad cuyo control tiene; Sociedades de cartera, de administración, Sociedades de Sociedades, para conseguir monopolio, eliminar de los beneficios a grupos de accionistas, escapar al control del Estado, etcétera: formación de Sociedades para evitar el pago de Derechos reales (aportación de inmuebles a la Sociedad), los impuestos y hasta las disposiciones sobre legítimas (Sociedad familiar); el comerciante que convierte su negocio en Sociedad Anónima para escapar a la quiebra: en vez de venderse la finca, único patrimonio de una Sociedad, se ceden todas las acciones, para evitar el pago de la retribución al corredor, etcétera.

Sobre un intento de defraudar a la Hacienda: MOSSA, *Evaporazione di obbligazioni nella concentrazioni di aziende sociale*, Ri. D. comm. 41 (1943), página 102.

La búsqueda de la realidad puede ser también beneficiosa a todos los miembros de una Sociedad; en la jurisprudencia española se ha estimado la identidad de los arrendatarios y aparceros de una finca con la Sociedad (no Anónima), constituida por éstos a los efectos de poder la Sociedad retraer la finca, S. T. S. (soc.), 3 de abril de 1945.

55. FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1947, pág. 478, que también dice que en América se «levanta el velo» de la persona jurídica cuando se intenta defraudar a los acreedores, evadir los impuestos, obrar en fraude a la ley, lograr monopolio, proteger delitos. También se ha dicho que «la política legal administrada por

VIII. Conclusiones.

De todo lo expuesto parece pueden deducirse las siguientes conclusiones, tanto respecto al significado jurídico de la Sociedad Anónima⁵⁶ como a su relación con el concepto de persona jurídica:

1.ª Que al calificarse de persona jurídica a la Sociedad Anónima se abandonó el sentido con que naciera el concepto de persona jurídica, identificándolo con el de la capacidad, vaciándolo de contenido y haciéndolo, en fin, prácticamente inútil. Si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico, será preciso partir de que la Sociedad Anónima no merece la consideración de persona jurídica.

2.ª Que al estimarse persona jurídica a la Sociedad Anónima se abstrajo indebidamente de sus componentes (subtrato personal, realidad jurídica subyacente).

3.ª Que la limitación de las responsabilidades de los socios, por ser un privilegio, debe interpretarse restrictivamente: y que sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por una pluralidad de personas.

4.ª Que conforme a la acertada tendencia moderna no debe vacilarse en apartar el artificio de la Sociedad Anónima para decidir los casos según la realidad que constituye la base de la sociedad.

Estas consideraciones permiten plantear las cuestiones sobre la Sociedad Anónima con una amplitud y desembarazo que no le estaban permitidos a la antigua doctrina, lo mismo al interpretar los textos legales que al plantearse hoy día su reforma. Ante la

tribunales progresivos es mirar a la sustancia y despreñar a la forma» (WORMER, *Disregard of Corporate fiction*, pág. 10); que la personalidad jurídica (corporate personality) está «sometida a limitaciones indefinidas contra el abuso y la perversión del privilegio» (BATALANTINE, LATTIN, *Cases and materials on the law of corporations*, 1939, pág. 83).

Respecto a las Sociedades, se dijo hace tiempo «que quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» (HAMBURGER, *Die Organgesellschaft*, Gedächtnisschrift für E. Seckel, Abh. aus der Berl. Fak. IV (5) 1927).

56. Lo que dice de la Sociedad Anónima es aplicable por iguales razones a la Sociedad de responsabilidad limitada. De modo paralelo, las críticas hechas a la Sociedad de responsabilidad limitada pueden y deben aplicarse a la Sociedad Anónima. Así, cuando, respecto de aquella se menciona «la ligereza con que los administradores se dejan ir a contraer compromisos superiores a las fuerzas económicas de la Sociedad, libres de la preocupación de hacerles frente con sus propios bienes y de incurrir en las sanciones de la quiebra. Incentivo fácil éste, fácil y frecuente de hacer servir la empresa a los intereses individuales del exiguo grupo de los socios», «la llamada responsabilidad limitada obra así a uso y consumo de los socios que han gestionado en familia, han apartado vistosas ganancias, y después, a la primera adversidad, dejan quebrar la empresa, sin perjuicio de consecuencias patrimoniales y personales», BRUNETTI, loc. citado. *Ri. trib. 1.*, c. proc. civ. 3 (1940, 3), págs. 632 y 636, también pág. 628.

tarea de *lege ferenda* suponen la aportación de estos nuevos puntos de vista:

1.º Que queda abierta como cuestión exclusivamente de política legislativa, la de si conviene o no conservar el privilegio que significa la limitación de responsabilidad del accionista.

2.º Que si bien este privilegio es justificado respecto al accionista que en nada interviene en la administración, es todavía explicable en el caso de una sociedad dirigida efectivamente por una pluralidad de personas (substrato asociativo real), resulta por completo injustificado e injusto cuando el control efectivo está en manos de una sola persona (sea directamente o a través de testaferrros o de otra sociedad).

3.º Que la situación privilegiada que se proporciona a unas personas mediante la Sociedad Anónima impone al Estado el deber de vigilar, en favor de la comunidad, que no se abuse de esos privilegios ⁵⁷.

57. Con razón dijera SÁINZ DE ANDINO: «No son establecimientos de mero interés particular que puedan abandonarse al libre arbitrio de los contrayentes, sin otras trabas que las condiciones generales prescritas por la ley para la constitución de las sociedades ordinarias, sino que consentidas y autorizadas por consideración a la influencia que ejercen en la propiedad común del país, tienen íntima relación con el orden público del Estado. Este es el verdadero punto de vista bajo que se han de dirigir las reglas constitutivas de estas sociedades ordinarias. Si su sistema de contratación constituye un privilegio, y su organización está enlazada con el orden social, claro es que estas sociedades no deben constituirse sino con la autorización del Gobierno, y que éste debe ejercer una inspección directa y constante sobre su administración, como tutor natural y legítimo de todos los intereses públicos.» (Discurso en el Senado de 22 de diciembre de 1847.) RUIZ DE ANDINO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, 1076, página 224, nota 23.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Estudio del retracto arrendaticio rústico

AMANDO GARCIA ROYO

Juez de Primera Instancia

Cabe afirmar que la Ley de 1935 fué la primera Disposición legal acogedora del derecho de retracto otorgado al arrendatario de finca rústica, cumpliendo así el Legislador en parte su propósito de facilitar el acceso a la propiedad de la tierra a quien la trabaja, cuya finalidad resulta ampliada de modo considerable en virtud de la Reforma efectuada en el primitivo texto del artículo dieciséis de dicha Ley por la reciente de 16 de julio de 1949.

Este TRABAJO va destinado a comentar sus prescripciones, y para su más fácil comprensión, advertiremos que dicha Ley consta de dos artículos y de dos Disposiciones transitorias. El primero comprende los antiguos 16 y 17 de la de 1935, ya reformados, y el segundo declara que la Reforma entró en vigor el día de su publicación, siendo estudiados ambos en los § 1 al 19. La Transitoria primera regula el recabamiento del cultivo directo y personal respecto a determinadas fincas (§ 12), y la segunda, se dedica a normar la aplicación de las nuevas normas a los litigios pendientes el día de su publicación (§ 13).

Con el fin de sistematizar nuestra Exposición, estudiaremos separadamente estos distintos preceptos.

§ 1.

ARTÍCULO 16

La Reforma introduce importantes modificaciones en el texto antiguo, siendo subrayadas ahora con letra cursiva, sin perjuicio de examinarlas con detenimiento en los momentos oportunos.

He aquí su contenido:

«En todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de retracto, subrogándose el adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante los reembolsos

determinados en el artículo 1.518 del Código civil. Si la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos.

En todos los casos de enajenación de una finca arrendada, el vendedor tendrá la obligación de notificar al comprador el arrendamiento a que está sujeta, *notificándole la existencia del contrato y los pactos o condiciones del mismo*, y exigiendo un recibo de esta notificación.

El comprador, por su parte, tendrá la obligación de notificar al arrendatario la compra de la finca o fincas arrendadas para que éste pueda ejercitar el derecho de retracto que autoriza este artículo, lo cual podrá efectuar dentro del plazo de *tres meses*, a contar de la fecha de la notificación del comprador.

Si el vendedor de la finca no diera cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificara la compra al arrendatario, este último conservará el derecho de retracto *durante tres meses*, a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

El retracto regulado por este artículo será preferente a los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros, en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años y del de colindantes en todo caso. El retracto gentilicio donde rija por precepto foral será también preferente al regulado por este artículo. *Sin embargo, cuando el retracto se ejercitare por colono que lo fuere a virtud de arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho, el correspondiente a los comuneros en quienes concurriere la circunstancia de tiempo antes expresada, y el gentilicio donde rija por precepto foral.*

Cuando se trate de la venta de la totalidad de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, el derecho de retracto deberá ejercitarse conjuntamente por todos ellos, sin perjuicio de que cada uno adquiera la propiedad de la parcela arrendada, *pero de no existir acuerdo unánime, o de ser imposible para alguno de los arrendatarios el ejercicio del retracto, en virtud de lo dispuesto en el penúltimo párrafo de este artículo, podrán ejercitar la acción, pero refiriéndola necesariamente a la totalidad de la finca transmitida, los arrendatarios de la misma que así lo deseen, siempre que el retrayente o retrayentes lleven en arriendo la mitad, al menos, del predio que se proponga adquirir. El mismo derecho se reconocerá a los Grupos sindicales de colonización que al efecto se constituyan, siempre que estén integrados por la tercera parte, como mínimo, de los colonos de la finca.*

Cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos, cedi-

das a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal.

En los casos de fincas de las que sólo una parte de su total extensión haya sido cedida en arriendo, el derecho de retracto que establece este artículo se entenderá limitado a la superficie arrendada, y únicamente podrá ser ejercitado por el arrendatario o arrendatarios que lo sean en virtud de contrato comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942. A tal efecto, el documento por el que sea formalizada la transmisión a título oneroso de la finca, deberá especificar la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo de la mencionada clase, entendiéndose a falta de expresa declaración acerca de este extremo, que dicha parte del precio es equivalente al resultado de capitalizar al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente a la sazón.

La donación inter vivos, con excepción de la de por razón de matrimonio, de finca sujeta a arrendamiento, comprendida en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, otorgada a favor de quien no fuere heredero forzoso del donante, conferirá al arrendatario el derecho a exigir del donatario que le sea vendido el inmueble por un precio equivalente, deducido el importe de las cargas redimibles a que en su caso se hallare afecto, al valor que en la escritura pública de donación le hubieren asignado las partes, incrementado en la suma a que ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fondo donado. Si sólo una parte de la total extensión de éste hubiere sido cedida en arrendamiento de la mencionada clase, el derecho que el presente párrafo atribuye al colono se entenderá referido únicamente a la superficie arrendada.

Los arrendatarios que a la vez sean propietarios de más de cien hectáreas en secano o diez en regadío en el territorio nacional, no podrán ejercitar ninguno de los derechos que el presente artículo establece en favor de los colonos.

Si la adquisición de una finca rústica se llevare a efecto por quien a la sazón fuere colono de la misma, en virtud de arrendamiento incluido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo podrá ser ejercitado contra dicho adquirente el retracto legal por quien lo hiciere con el carácter de comunero de la finca arrendada y llevare en su copropiedad más de tres años.»

* * *

Antes de examinar estas normas retractuales, debemos advertir al lector que, conforme al principio básico de hermenéutica legal en materia social, como lo es la legislación de arrendamientos rústicos, según se deduce del artículo primero de esta Ley de 1935 al prohibir los pactos *contra legem*, nuestras opiniones y tesis se orientan siempre a beneficiar al arrendatario, por ser el contra-

tante dilecto del Legislador (Sentencia de 21 de marzo de 1914, entre otras), traduciéndose esta finalidad en tratar de hipertoni-
zar, siempre que sea posible, la actuación del retracto, e impidiendo, además, que mediante simulaciones o artimañas más o menos jurídicas se eluda su resultado en favor de aquél, bien sea desfigurando la transmisión para intentar desencajarla de la dicción legal como atrayente de tal derecho, simulando precio excesivo, etcétera, pues no concebimos que frente a esta inspiración equitativa y acorde con la voluntad del Legislador, plasmada con claridad meridiana en la Exposición de Motivos de su Ley reformadora, se alcen criterios de interpretación absurdamente literales, que quizá sean correctos desde el punto de vista jurídico propio del Derecho privado, pero que son inadecuados a todas luces para conocer el Derecho social, el cual, por su naturaleza esencial, obliga a aplicarlo de acuerdo con su espíritu vivificador.

Hechas estas aclaraciones, pasamos a examinar el texto legal.

§ 2

1.º ELEMENTO PERSONAL.

a) *Titular activo.*

De manera muy escueta se precisa en la Ley diciendo que «el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto».

La primera cuestión originada por estas palabras consiste en concretar cuál sea el significado jurídico de la palabra «podrá», pues el literal demuestra, al menos aparentemente, que estamos en presencia de un ordenamiento de derecho potestativo o voluntario incardinado en el campo dispositivo propio de las voluntades particulares, apto para ser renunciado o condicionado conforme a las normas establecidas por los artículos cuarto y 1.255 del Código civil sobre la facultad de negociar y de renunciar los derechos reconocidos por la Ley, ya que el sentido gramatical del vocablo subrayado indica esta posibilidad dispositiva. El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de enero de 1948, así lo declara, aunque incidentalmente, limitándose a considerar nula la renuncia anticipada al derecho de retracto, a cuyo efecto establece (Sentencia de 28 de mayo del mismo año) respecto a los pactos por los que renuncia el arrendatario al derecho de retracto, que «no puede dudarse, por la fecha en que esta renuncia o cesión se conviene, muy anterior al nacimiento de la acción del retracto de las propias fincas que después se ejercitan, que sitúa el caso exactamente en el supuesto de renuncia anticipada del derecho concedido a los arrendatarios en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, la que no tiene valor alguno como acto contrario que es a las normas de carácter imperativo que dicha Ley contiene».

Para evitar confusiones sobre el sentido de esta postura del Tribunal Supremo respecto a la cuestión, debemos advertir que

la primera de las mencionadas Sentencias fué dictada en un pleito y subsiguiente recurso en que se alegaba la prescripción de la acción de retracto y, el Tribunal, con manifiesta corrección, advertía que el arrendatario era árbitro absoluto para decidir sobre la conveniencia de ejercitarla o de dejarla morir a través de tal modalidad extintiva; pero «a sensu contrario» de los razonamientos acabados de transcribir, se deduce que el Supremo admite la posibilidad de contratar sobre este derecho e incluso de renunciarlo cuando ya se ha creado el presupuesto que lo viabilizaba y, por tanto, el retracto ya forma parte del patrimonio jurídico del arrendatario; mas la renuncia es nula, como acto «contra legem» en función del mandato formulado en el artículo 1.º de dicha Ley, si tiene lugar antes de advenir tan preciso momento, bien sea al otorgarse el contrato o con posterioridad. De aquí que, por ser inoperantes contempladas renuncia y condicionamiento, el arrendatario no queda vinculado por sus «actos propios» y puede actuar retractualmente (Sentencias de 19 de junio de 1933, 17 de mayo de 1941, 21 de enero de 1922, 21 de junio de 1945, etc.).

Este carácter de derecho necesario atribuible a las prescripciones de la Ley comentada, y más aún a las reguladoras de derechos típicos de carácter social en beneficio del arrendatario, ha llevado a algunos autores a interpretación errónea por excesiva, pues partiendo de aquella base, niegan toda posibilidad de pactar en contra de los dictados legales conforme indica literalmente el antes citado artículo 1.º de la Ley de 1935 al advertir que «sus prescripciones no podrán ser modificadas por pacto en contrario de los contratantes», y el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de noviembre de 1946, establece esta tesis, ya que, habiéndose intentado el retracto derivado de la transmisión de una finca arrendada entre hermanos, advierte que la Ley aspira a fortalecer el interés social familiar, «y tal aspiración la cumple la nueva orientación de la legislación de arrendamientos reconociendo a la propiedad arrendada entre parientes un derecho, el de someterse a ella o no según su peculiar interés decida en cada caso, y un deber correlativo (fundado también en el interés social de que las situaciones jurídicas no vivan estados indefinidos), cual es el de que realizada la elección, el régimen no haya de ser mixto u ocasional, porque no tienen este carácter los miembros de la alternativa, y los derechos de terceros y aun los de los propios contratantes pudieran resultar perjudicados o injustamente beneficiados si tal mixtificación prestara ambigüedad a sus consecuencias, dando lugar con ello a que éstas pudieran exigirse según la fórmula legislativa que en cada incidencia del proceso arrendaticio sobreviniera y conviniera al interés privativo del extemporáneo y arbitrario elector».

Nosotros disintimos de esta opinión, pues, a nuestro juicio, aquella declaración de la Ley de 1935 sólo va orientada a proteger al arrendatario de las asechanzas y maquinaciones del arren-

dador, según es necesario a consecuencia del carácter social de dicha legislación, y, una vez salvada esta protección, el legislador no interfiere la autonomía de la voluntad particular para contratar guardando los límites marcados por el artículo 1.255 del Código civil. Por consiguiente, no puede ni debe haber ningún obstáculo para aceptar como válido cualquier pacto encaminado a superbeneficiar al arrendatario en comparación con los estrictos dictados legales, concediéndole, por ejemplo, una ampliación del plazo retractual.

La cuestión que con ello puede nacer será oscura y de difícil resolución, pero quedará reducida a contrastar los beneficios derivados de contemplados pactos y de los taxativos ordenamientos legales, aceptando o rechazando aquellos según convenga al arrendatario. La misma inspiración del artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos confirma, analógicamente, esta doctrina.

1.º *Arrendatario*.—a) El actor ha de demostrar primordialmente que merece este título por poseer la finca en virtud de arrendamiento válido, según indican las Sentencias de 19 de enero de 1944, 2 de febrero de 1946, etc. De aquí que no ostenten derecho de retracto los simples precaristas. b) Para decidir sobre la concurrencia de dicha titularidad ha de prescindirse en absoluto de las expresiones usadas en el contrato, conforme indicaremos en el § 9. c) Ante esta base personal, carece de importancia que el contrato sea verbal o escrito, siempre que se acredite su existencia; y tampoco obstaculiza al retracto la falta de inscripción del arrendamiento en el Registro (Sentencia de 19 de enero de 1944). d) Asimismo es intrascendente la cuantía de la renta, excepto en lo que se refiere a la atribución de competencia jurisdiccional (véase § 13); si bien, de acuerdo con las nuevas prescripciones, la protección legal será más o menos amplia según se trate o no de contrato «especialmente protegido». e) El arrendamiento ha de estar incluido en la legislación especial, pues ya sabemos que quedan relegados al campo de Derecho común los concertados entre determinados parientes (artículo 1.º de la Ley de 1935 y Sentencias de 16 de octubre de 1940, 22 de noviembre de 1946, etc.); los que afecten a aprovechamientos forestales, caza, etc., según el artículo 2.º de dicha Ley, etc. f) Son titulares del retracto el arrendatario primitivo contratante y sus sucesores «mortis causa», conforme al artículo 4.º de la Ley de 1942 y 18 de la de 1935, ya que la subrogación engendrada por tal sucesión es integral y rechaza toda modificación automática en el arrendamiento. g) Tanto da que la transmisión determinante del retracto tenga lugar durante el plazo propiamente contractual, como que ocurra mientras transcurre la prórroga forzosa, ya que, al igual que en el supuesto anterior, no se origina ninguna variación en el complejo jurídico arrendaticio. h) No es óbice para el éxito del retracto que el arrendatario infrinja sus obligaciones legales o contractuales al ejerci-

tar la acción, pues no media nexo de reciprocidad entre ambas conductas, incluso si el colono deja de pagar la renta (Sentencia de 23 de octubre de 1946). i) En el § 4 trataremos el supuesto de que exista colisión entre varios arrendatarios respecto al ejercicio del retracto. j) Conforme al artículo 1.214 del Código civil, interpretado por las Sentencias de la Sala 1.ª de 30 de junio de 1942, 20 de febrero de 1943, 19 de febrero de 1945, etc., pesa sobre el arrendatario la carga de probar esta su cualidad. k) La mera «promesa de arrendamiento» no origina el retracto, según se deduce de las Sentencias de 11 de noviembre de 1943, 28 de marzo de 1944, 15 de junio de 1945, 26 de octubre y 21 de diciembre de 1946, etc.

2.º *Subarrendatario*.—La precisa alusión por el texto legal al «arrendatario» como titular de este derecho haría superflua nuestra referencia al subarrendatario si no fuera por la facultad de conversión que a éste atribuyó la disposición adicional 3.ª de la Ley de 1942. Por ello nos limitaremos a indicar que sólo en este supuesto cabe considerarlo como titular, teniendo en cuenta que, según la Sentencia de 27 de diciembre de 1944, «en ningún precepto legal se otorga el derecho de retracto arrendaticio a los subarrendatarios, ya que los derechos reconocidos por la disposición adicional 3.ª de la Ley de 23 de julio de 1942 a favor de los subarrendatarios a que la misma se refiere, a convertirse en arrendatarios, es un derecho «in potentia» que no adquiere realidad hasta que por los mismos se ejercita el derecho que citada disposición les otorga de exigir del propietario la formalización de sus arrendamientos, y sin este requisito no puede considerárseles como tales arrendatarios y ejercitar los derechos que en este concepto les corresponda».

3.º *Aparcero*.—Nunca hemos dudado de que le correspondía el derecho de retracto si se transmite la finca que cultiva, puesto que, en realidad, la Ley de 1935 comprende en la dicción genérica de su artículo 1.º no sólo los arrendamientos propiamente dichos, sí que también las aparcerías.

El Tribunal Supremo ha dictado ya reiterada jurisprudencia estableciendo esta tesis, y así, en sus Sentencias de 3 de abril de 1944, 9 de noviembre de 1945, etc., declara que «no puede excluirse al aparcero trabajador de la facultad de retraer la tierra que labra, porque el retracto no se origina ni puede estorbarlo el sistema de contratación, sino que se funda en el derecho no gratuito a explotar temporalmente finca rústica ajena que por título oneroso cambia de dueño».

Teniendo en cuenta el principio de interpretación «más favorable» sentado al iniciar esta Exposición, parece ser que como la Ley sólo relaciona con el «arrendatario» la limitación formulada en el párrafo décimo del artículo examinado, para negar el derecho de retracto al arrendatario que además sea propietario de de-

terminada extensión de terreno, no debería afectar al aparcerero; mas considerando que en relación con éste opera también el motivo inspirador de la creación de tal medida restrictiva, no dudamos un momento en extenderla al titular de aparcería según la legislación especial. (Véase, además, lo que decimos en el apartado 1.º del § 4 sobre la posibilidad de considerar al aparcerero como cultivador «especialmente protegido».)

* * *

Este aspecto personal del retracto plantea cuestión ardua consistente en precisar el momento en que se ha de ostentar el título arrendaticio para ejercitar la acción retractual, pues cabe sostener que de ella estará investido el titular que lo sea en el momento de realizarse la transmisión, o en el de ejercitarse la acción, o en el que advenga a serlo durante los plazos fijados al efecto, etc.

Si se piensa en que el hecho causante de la facultad retractual consiste en la transmisión, parece que sólo el arrendatario que entonces lo sea podrá actuar, con independencia de que continúe siéndolo o no al ejercitar la acción, pues, en otro caso, pudiera llegarse al supuesto de que el arrendador tuviera a su alcance el medio de burlar los ordenamientos legales con sólo hacer cesar el vínculo arrendaticio, además de que el «derecho» nació coetáneamente a la enajenación de la finca y la «acción» para conseguir la efectividad de aquél es simple condición accesoría. Pero desde otro punto de vista ha de considerarse que si en el momento de ejercitarse la acción no existe su título vitalizador, o sea el arrendamiento, carece de sentido la concesión del retracto.

La Sala 5.ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado repetidamente sobre la cuestión en favor de la primera tesis (Sentencias de 3 de agosto de 1939, 13 de mayo de 1940, 30 de julio de 1942, 4 de abril y 17 de mayo de 1945, etc.), aclarando especialmente el problema la de 13 de mayo de 1940 al establecer que «el artículo 16 de la Ley de 1935 no contiene concepto que autorice se entienda precisa la subsistencia del arriendo en el instante que se ejercite la facultad de retraer, pues a este instante no a'ude, sino que, naturalmente, se refiere al de surgimiento del derecho que reclama, ni cabe suponerlo condicionado a tal permanencia arrendaticia, ya que ello le supeditaría al arbitrio posible del arrendador, absurdo incompatible con su concesión, en tal caso enervada; y por tanto, aun cuando el arrendamiento hubiera llegado a término antes de la acción de retracto, ésta, mientras no haya prescrito, pervive eficazmente, no obstante aquella terminación...».

Nosotros disentimos de esta doctrina por ser formulada con carácter absoluto, pues si bien la consideramos apropiada a la hipótesis de que el arrendatario haya dejado de serlo por recabar el arrendador el cultivo de la finca, o haya ejercitado el derecho que le otorga el artículo 7.º de la Ley de 1942, etc., porque, en

otro caso, tendría a su alcance la facultad de eludir los dictados legales, la rechazamos en relación con aquellos casos en que el arrendatario haya cesado de serlo por su propia voluntad o por cualquier otra causa de extinción del contrato distinta a las antes mencionadas. O sea que cuando haya mediado propósito personal del arrendador para causar esta extinción sin que el arrendatario haya dado lugar con su conducta a ello, esta circunstancia no será obstáculo para el ejercicio del retracto, aun efectuado con posterioridad a la terminación del vínculo; al contrario de lo que sucederá si el cultivador se separó voluntariamente del mismo o provocó el desahucio, la rescisión, etc.

§ 3

4.º *Negación del retracto.*—Como este derecho tiende a crear el mayor número posible de pequeños propietarios, es lógico que, si ya concurre esta circunstancia en el arrendatario, se le niegue el ejercicio del retracto, a cuyo efecto establece la Ley que «los arrendatarios que a la vez sean propietarios de más de cien hectáreas en secano o diez en regadío en el territorio nacional no podrán ejercitar ninguno de los derechos que el presente artículo establece en favor de los colonos».

Véase, en primer lugar, que, no obstante los términos conminatorios usados en el texto transcrito cuando advierte que «no podrá» usarse referido derecho, el significado de estas palabras subrayadas no permite aceptarlas como imponentes de un mandato necesario que atraiga inexorablemente la nulidad de cualquier pacto encaminado a admitir el retracto en el supuesto previsto por el legislador, ya que sólo pretende negar este derecho como derivado y basado exclusivamente en la Ley, mas no interfiere la autonomía de estipulación una vez que autorizó a los interesados para obrar en sentido opuesto al pacto contemplado; si bien no afectará éste a los demás posibles retrayentes que se enfrenten con el colono, pues ha de considerarse aquella cláusula como «res inter alios» carente de vinculación para quienes no hayan intervenido en su otorgamiento, según el artículo 1.257 del Código civil. Por tanto, no acarrea su nulidad absoluta relacionada con lo establecido en el artículo 4.º de dicho Cuerpo legal.

La única modificación introducida en este asunto frente a las normas antiguas estriba en la restricción de que ha sido objeto el límite precluyente del retracto, pues en el texto primitivo se fijaba en trescientas hectáreas de secano o treinta de regadío, mientras que ahora se marca en diez hectáreas de esta clase o cien de aquella; advirtiendo que, de acuerdo con lo dispuesto por la Transitoria 2.ª de esta Ley reformadora, mencionada variación habrá de computarse incluso en los procedimientos en curso.

Para aplicar este ordenamiento debe tenerse presente que, con

ser muy importante la clasificación de las fincas que pueda haberse realizado a otros fines (por ejemplo: los fiscales), habrá de valorarse principalmente la realidad existente sobre el particular en el momento que después concretaremos, resultando muy interesante el informe que sobre el particular pueda emitir la respectiva Sección Agronómica si fuera necesario. Y evidente resulta que, ante el hecho de concurrir el presupuesto delimitado por el texto legal, es intrascendente la circunstancia de que el arrendatario retrayente cultive o no la tierra de su propiedad, ya que la Ley se fija tan sólo en el dominio.

El precepto alude con exclusividad al «arrendatario» como sujeto de la restricción, mas considerando que también el aparcerero está investido del derecho de retracto (véase apartado 3.º del § 2), debe orillarse esta limitación para comprender en el texto al aparcerero, ya que también concurre en él la «ratio legis» determinante del mandato que nos ocupa y no existe motivo alguno para crear excepción a su favor.

Y claro es que de prosperar nuestras opiniones sobre preferencia entre arrendatarios de diversos aprovechamientos, la exclusión del principal en méritos de este ordenamiento inviste al inferior de la acción retractual; y en el supuesto de fincas arrendadas por parcelas, aunque uno de los arrendatarios sea excluido por el mencionado motivo, no impide la actuación conjunta de los demás para retraer la finca (véase apartados a) y b) del § 6).

El único dato a computar en la valoración es la «propiedad» de la tierra perteneciente al colono o aparcerero, y, en su virtud, no opera al efecto la circunstancia de que le pertenezca cualquier extensión como censalista, usufructuario, etc., pues si se considera la finalidad perseguida por el legislador al dictar esta prescripción, se comprenderá fácilmente que sólo pensaba en el dominio pleno y absoluto al establecerla: máxime que, según es sabido, este artículo, y más aún la nueva reforma, tiende a facilitar el ejercicio del retracto por el cultivador, siendo esto lo que podemos considerar norma general, y como el mandato ahora examinado es de tipo restrictivo u odioso por introducir excepción en aquélla, debe ser interpretado restringidamente (Sentencias de 11 de marzo de 1911, 7 de noviembre de 1940, etc.).

No indica el texto cuál sea el momento computable a estos fines, o sea que no precisa la fecha en que el presunto retrayente habrá de tener la propiedad de la tierra para vedarle el ejercicio del retracto. A nuestro entender han de considerarse dos épocas distintas: la en que se realice la transmisión causante del retracto y la fecha en que se promueva la demanda. Lo primero porque, según queda expuesto (apartado 3.º de este §), aquella fecha es la computable a todos los efectos relacionados con el retracto; pero con el fin de orillar posibles conductas dolosas a través de enajenaciones reales o fingidas posteriores a dicho momento, teniendo en cuenta que la presentación de la demanda o formulación de

cualquier tipo de reclamación orientada a consumir el retracto es lo que en realidad constituye el ejercicio de este derecho, no cabe otro remedio que admitir esta segunda fecha. Por consiguiente, si al ocurrir la transmisión o al ejercitar el retracto resulta comprendido el colono o aparcerero en el texto comentado, quedará excluido de este beneficio.

La necesidad de concretar en lo posible el límite de esta norma prohibitiva obligó al legislador a marcar con precisión la cantidad de superficie valorable, y a pesar de su carácter restrictivo y excepcional atrayente de exégesis literal como hemos indicado, creemos que, aun no concurriendo exactamente aquella circunstancia, podrá aceptarse discrecionalmente por el juzgador cuando, por ejemplo, el presunto retrayente sea propietario de una extensión de tierra en regadío y secano muy próxima al límite marcado por la Ley, pues si bien resultaría excluido de su prohibición tal supuesto interpretándola literalmente, no cabe duda de que en aquél concurre el fundamento previsto por el legislador al establecer la norma, o sea su condición de pequeño propietario. Porque ¿quién podrá negar esta cualidad si el arrendatario es dueño, por ejemplo, de 99 hectáreas de secano y también lo es de nueve en regadío?

Será el Juzgador quien, obrando con discrecionalidad, habrá de resolver si por la cuantía de la propiedad conjunta de ambas categorías de terreno debe o no considerarse comprendido al colono en la norma que nos ocupa, toda vez que lo único que resulta evidente es que en relación con cada clase de tierra—secano o regadío—juega con extremada concreción el límite legal, para que por muy poco que falte o exceda del mismo, se aplique o no esta excepción.

Y también resulta manifiesto que en el supuesto de que toda o parte de la tierra perteneciente al colono esté proindivisa, sólo habrá de computarse la estricta cuota que le corresponda según las normas legales o contractuales regidoras de tal comunidad.

La prueba de esta circunstancia enervadora del retracto corresponde a quien la alegue en tal sentido, pues constituye «hecho obstativo» del «constitutivo» operante en favor del colono por virtud de esta su condición y de los dictados legales que le atribuyen el derecho de retracto. En consecuencia, le bastará con afirmar que no es propietario sobrepasando los límites marcados por la Ley, y será el obstaculizador de su pretensión, bien lo sea un retrayente preferido u otro colono cuando medie colisión de intereses entre ellos respecto al particular, quien deberá demostrar lo contrario, según se desprende del artículo 1.214 del Código civil y las Sentencias antes mencionadas.

§ 4

b) *Colisión de retrayentes.*

Se mantiene en lo esencial el antiguo ordenamiento, pues que siguen siendo preferentes sobre el retracto otorgado al arrendatario el de comuneros, el de colindantes y el gentilicio: mas con el fin de beneficiar superlativamente a los colonos que lo sean en virtud de arrendamiento «especialmente protegido», se impone cierta claudicación de tal absurda preferencia, sobre todo si la adquisición es realizada por uno de estos arrendatarios.

Por ello merece felicitación el Legislador, pero no concebimos la causa de tan formidable mediatización del retracto arrendaticio, y, menos aún, de que se haya respetado la desdichada dicción primitiva, ya que la declaración general de preferencia fué enervada con esa especie de «apostillas» creadoras de las excepciones a consecuencia de la discusión parlamentaria hasta quedar reducida en la realidad a mera entelequia, y debió aprovecharse ahora la ocasión para acomodar el texto legal al estado operante sobre el particular.

Al efecto establece la Ley que «el retracto regulado por este artículo será preferente a los demás retractos establecidos en el Código civil y en las legislaciones forales, con excepción del de comuneros, en el caso de que el condómino lleve en la copropiedad más de tres años, y del de colindantes en todo caso. El retracto gentilicio, donde rija por precepto foral, será también preferente al regulado por este artículo. Sin embargo, cuando el retracto se ejercitare por colono que lo fuere a virtud de arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho, el correspondiente a los comuneros en quienes concurre la circunstancia de tiempo antes expresada, y el gentilicio donde rija por precepto foral» (párrafo quinto).

«Si la adquisición de una finca rústica se llevare a efecto por quien a la sazón fuere colono de la misma, en virtud de arrendamiento incluido en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, sólo podrá ser ejercitado contra dicho adquirente el retracto legal por quien lo hiciere con el carácter de comunero de la finca arrendada y llevare en su copropiedad más de tres años» (párrafo undécimo o último).

Para comprender el actual sistema legislativo sobre la cuestión precisa distinguir, por tanto, los supuestos de que el arrendatario sea cultivador protegido o no, y dentro del primero han de separarse las hipótesis de que sea él o no quien adquiere directamente la finca.

1.º *Arrendamiento no protegido especialmente.*—Se mantiene en toda su integridad el ordenamiento antiguo, y así obtiene preferencia el retracto de comuneros cuando éstos lleven más de tres

años en la comunidad (regulado por el artículo 1.522 del Código civil); después pueden actuar los colindantes, según el artículo 1.523 de dicho Cuerpo legal, ya que el 1.524 concede prioridad a los comuneros sobre éstos; y asimismo es preferente el retracto gentilicio que tiene vigor en Aragón, Valle de Arán y Vizcaya. En último lugar puede ejercitar su derecho el arrendatario.

En el supuesto contemplado carece de trascendencia el hecho de que éste sea el adquirente de la finca, pues el párrafo undécimo del artículo que nos ocupa sólo relaciona aquél con el caso de que el arrendamiento sea especialmente protegido; de aquí que puedan dirigir la acción contra el adquirente arrendaticio los comuneros cualificados conforme al texto legal, los colindantes y los parientes.

2.º *Arrendamiento protegido.*—a) Se concede preferencia al retracto de comuneros y al gentilicio, quedando pospuestos los colindantes ante el arrendatario.

b) Si éste es el adquirente de la finca, sólo pueden ejercitar en contra suya el retracto los comuneros cualificados, según el párrafo undécimo del precepto examinado; de donde se deduce que el de colindantes y el gentilicio sólo actuará si el arrendatario no ejercita el propio.

Cuanto antecede se desprende de la comparación entre el contenido de dicho párrafo y el del quinto, pues aquél prevé la hipótesis de que un tercero distinto al arrendatario adquiera la finca y éste contemp^a precisamente la contraria, o sea la de que mencionado contratante merecedor de especial protección para su arrendamiento sea el adquirente de la tierra arrendada.

La Ley relega de manera absoluta al Código civil y a las legislaciones forales la normación de los retractos concedidos a comuneros, colindantes y familiares, por cuyo motivo no entramos en su estudio, pues corresponde al Derecho común. Sólo indicaremos que dentro del procedimiento de la Norma 3.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 cabe discutir la concurrencia de cuantos requisitos viabilizan aquel derecho en tales supuestos y respecto al arrendatario conforme al precepto comentado; consistiendo la única dificultad interpretativa en concretar el momento computable para valorar si ya han transcurrido los tres años de condominio que exige la Ley para conceder preferencia a los comuneros, pues a todas luces se comprende que, a pesar de ostentar todas las condiciones necesarias al efecto según el Código, si además no sucede lo propio respecto a este requisito de tipo temporal, quedará nonnata aquella preferencia.

Dos tesis pueden mantenerse sobre el particular, ya que parecen computables la fecha de la transmisión y la en que se ejercita el retracto por el comunero. Nosotros optamos por la primera, teniendo en cuenta lo que expusimos en el § 2 sobre un

problema análogo, además de que la otra solución da lugar a posibles conductas dolosas demorando el ejercicio de la acción.

Como es lógico, la prueba de esta exigencia corresponde al comunero retrayente.

* * *

Anteriormente, en el apartado 3.º del § 2, hemos expuesto nuestra conclusión afirmativa respecto a la concesión del derecho de retracto al aparcerero, y desde ahora advertimos que siempre que el texto legal alude al «colono» o al «arrendatario» en concepto de elemento personal de sus prescripciones, ha de estimarse comprendido en ellas a aquél.

Mas parece que esta norma general tiene una excepción, consistente en el mandato ahora examinado y otros idénticos formulados por la Ley cuando alude a los «arrendamientos especialmente protegidos», toda vez que, como sabemos, uno de los requisitos integrantes de este concepto consiste en la renta inferior al importe de 40 quintales métricos de trigo, y aparentemente es imposible obtener este índice en las aparcerías, por no existir merced propiamente dicha.

No obstante, ante la evidencia del propósito del Legislador para conceder el retracto al aparcerero: considerando que el motivo de esta superprotección legal estriba en la condición de pequeño cultivador, la cual ostenta también el pequeño aparcerero; teniendo en cuenta que las reglas de hermenéutica propias de la legislación social llevan a intentar el hiperfuncionamiento del retracto en la mayor cantidad posible de casos, y, como por otra parte, se truncarían los beneficios legales sin razón para ello, puesto que además se crearía injusto contraste entre los grandes y pequeños aparceros, resolviéndolo precisamente en sentido antisocial, o sea en el de empeorar la situación del más necesitado de protección, valorando cuanto antecede, decimos, se ha de mantener la tesis contraria, a cuyo efecto ha de pensarse en que el artículo 43 de la Ley de 1935 considera al propietario como cultivador directo en función «de la renta anual» de la finca dada en aparcería, y que el artículo 13 de su Reglamento del mismo año establece que «para los efectos del apartado segundo del artículo cuarenta y tres de la Ley, se reputará como renta de la finca o aprovechamiento dado en aparcería el importe de la producción total de los mismos». Por consiguiente, aplicando estas normas legales analógicamente al caso que nos ocupa, pues a ello obliga las consideraciones acabadas de efectuar, se llega a la conclusión de que es posible conocer «mutatis mutandis» la renta correspondiente al aparcerero en función de la cuota proporcional que se le atribuya en esta producción total obtenible como promedio, teniendo en cuenta las circunstancias de la finca, su cultivo y aprovechamiento, el rendimiento de varios años, etc., máxime que el apartado tercero del citado ar-

título cuarenta y tres de la Ley, el cuarenta y cinco y cuarenta y seis de la misma y los catorce, quince y dieciséis del Reglamento permiten saber con exactitud las aportaciones de los interesados y la proporción en la distribución de los frutos.

Nos damos cuenta de que para mantener esta tesis forzamos algo los textos legales, pero todo lo justifica la manifiesta voluntad del Legislador, a fin de no dejar sin protección al aparcerero precisamente en los casos cuya específica contemplación, por lo merecedores de superamparo, le llevó a dictar la Ley reformadora.

Para ser merecedor de esta superprotección se requiere que el cultivador lo sea a virtud de arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, y este artículo establece que «los preceptos de esta Ley, relativos a arriendos cuya renta anual venga regulada por una cantidad de trigo que no exceda de cuarenta quintales métricos anuales, se entenderán siempre referidos a aquellas explotaciones en que, además de concurrir la cuantía de renta expresada, el cultivo se realice por el arrendatario de modo directo y personal; por consiguiente, no serán aplicables los beneficios señalados a dichos arrendamientos cuando no concurren simultáneamente las expresadas características de cuantía y forma de explotación».

Debemos indicar, en relación con los diversos supuestos de transmisión que pueden plantearse, lo siguiente: a) Cuando se trate de retraer una finca cedida en parcelas y actúen conjuntamente los arrendatarios, la renta computable a estos fines se obtendrá individualmente en función de cada uno, ya que en realidad son contratos distintos, aunque afecten a una finca con unidad física o material. De aquí se deduce que es posible actúe la preferencia sobre determinados colonos y que no lo haga respecto a otros, dividiéndose, por tanto, la finca; mas ha de pensarse en que lo mismo sucedería si en definitiva prosperan los retractos de todos los colonos, porque ya advierte la Ley que cada uno adquiere la propiedad de su respectiva parcela. Verdad es que a primera vista parece deberían unificarse las rentas abonadas por los retrayentes para saber cómo actuará la preferencia en vista del resultado total obtenido, pero nótese que, en realidad, cada uno opera en su exclusivo provecho; que la Ley alude constantemente al índice personal de quien actúe como retrayente y que la «ratio legis» concurre en cada uno de estos considerados separadamente. b) En el supuesto de que sólo accione un colono y la finca esté arrendada a varios por parcelas, o cuando se hayan arrendado separadamente los diversos aprovechamientos, ha de considerarse que, interpretado en su sentido literal el texto examinado, parece debe prescindirse también de la conjunción de rentas, pues que sólo se relaciona la dicción legal con la abonada por el arrendatario retrayente; mas téngase en cuenta que de aceptar esta interpretación gramatical quedaría desconocido el espíritu de la nueva norma, ya que con el retracto no se crearía necesariamente un pequeño propieta-

rio, sino que sería posible surgiera un terrateniente por subrogarse íntegramente el arrendatario en la propiedad de toda la finca ; sin olvidar, por otra parte, que con dicha tesis nacería la fácil posibilidad de conductas dolosas, orientadas a que figurase como retrayente el colono que lo fuera a virtud de arrendamiento especialmente protegido, a fin de orillar la preferencia de los demás sujetos del retracto. Lo que sucede es que conforme a la voluntad del Legislador, inspiradora de estas prescripciones, la preferencia de colindantes y parientes no alcanza a privar de su propiedad adquirida directamente o mediante retracto al colono vinculado por contrato cualificado para su protección, pues, como antes hemos indicado, la Ley alude a este índice personal para aumentar su beneficio, si bien se creará el estado de divisibilidad de la finca anteriormente contemplado. c) Carece de trascendencia el hecho de que el arrendatario retrayente lo sea también de fincas pertenecientes a otras personas y que sean enajenadas o no con la retraída, cuya renta total sobrepase el importe de cuarenta quintales métricos de trigo, pues la valoración del índice rentístico a los fines interesados ha de realizarse en exclusiva relación con la finca que pretende retraer, incluso si varias están comprendidas en el arrendamiento conjunto y se enajena tan sólo una de ellas, ya que el índice se obtendrá distribuyendo la renta total entre todas para así conocer la apropiada de aquella finca. En caso contrario se burlarían fácilmente los derechos del colono, pero no debemos ocultar que la Sentencia de la Sala 5.ª, de 28 de noviembre de 1940, parece mantener tesis opuesta.

Evidentemente, resulta que cada interesado en el retracto que se considere preferido frente a los demás titulares, puede negar esta titularidad a los otros, aunque hayan obtenido sentencia judicial favorable o reconocimiento de su preferencia por otros presupuestos retrayentes, ya que tanto la sentencia como este pacto son «res inter alios» en relación con el titular que no haya intervenido como parte en el litigio o acuerdo ; cabiéndole impugnar, además, la concurrencia de los requisitos que la Ley especial, Código civil o la Legislación foral exigen para viabilizar el retracto : bien entendido, respecto a los arrendatarios, que sólo está legitimado activamente en este sentido el que sea preferente según la Ley (como sucede, por ejemplo, en el caso de que los diversos aprovechamientos de la finca estén arrendados a varias personas), y que los demás carecen de interés en el asunto por haber claudicado ante el principal.

En razón al carácter real de la acción de retracto, la demanda de preferencia ha de dirigirse contra el actual adquirente o propietario y sus antecesores, pues, como decimos en el § 5, no es lícito rescindir las anteriores enajenaciones sin haber oído y vencido a los interesados, máxime que resulta también manifiesto que, a consecuencia de este carácter real, quedarán anuladas o rescindidas tales transmisiones intermedias y última aunque hayan sido

inscritas en el Registro de la Propiedad, pues el artículo 37 de la vigente Ley Hipotecaria establece que «las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior... Tercero. Las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen...».

El arrendamiento no se extingue porque caudique la adquisición del arrendatario frente a otro retrayente, tanto si aquella adquisición fué directa (párrafo undécimo del texto) como si se realizó a través del retracto. Ciertamente es que una de las formas de extinguirse todas las obligaciones y, por tanto, el arrendamiento, consiste en la consolidación del crédito y deuda en la misma persona, o sea en el hecho de que el arrendatario adquiera la propiedad de la finca (causa segunda del artículo 24 de la Ley de 1935), pareciendo así que será motivo bastante para crear dicha extinción la circunstancia de que esta consolidación ocurra momentáneamente. Mas, por otra parte, ha de considerarse que la preferencia otorgada a los diversos retractos crea en realidad una condición resolutoria tácita afectante a las adquisiciones y que consiste en la expectativa de que otro titular preferente actúe contra el adquirente actual, pues al quedar anulada esta adquisición desaparecen integralmente sus efectos a fin de que renazca el estado jurídico existente antes de llevarse a cabo; por tanto, no queda extinguido el arrendamiento aunque el arrendatario sea vencido por un retrayente preferido, y, en consecuencia, no se viabiliza «per se» su desahucio. La propia Ley, en la Disposición transitoria primera, indica tácitamente, pero con gran claridad, la corrección de esta tesis, al suspender la posibilidad de recabar el cultivo directo y personal en los supuestos contemplados, y ello es debido, como se comprende fácilmente, a la subsistencia del arrendamiento.

Tanto los arrendatarios como los demás titulares del retracto han de hacer valer esta preferencia en el procedimiento de la Norma 3.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940, ya que la amplia dicción de su párrafo primero obliga a considerar estos trámites como apropiados, por cuanto que se trata de aplicar y ejecutar un precepto de la Legislación especial.

Mas véase que el Código define y limita el retracto legal en su artículo 1.521, diciendo que es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa «por compra o dación en pago», y estas últimas palabras parecen excluir la posibilidad de que proceda su ejercicio en negocios jurídicos distintos a los que se mencionan, según lo ha interpretado la Jurisprudencia al aceptarlas en sentido limitado hasta llegar a la negación de aquel derecho en las permutas.

No es misión nuestra decidirnos por cualquiera de las interpretaciones formuladas, pero teniendo en cuenta el catálogo de negocios jurídicos que luego hemos de formular como aptos para en-

gendar la acción retractual y la manifiesta imposibilidad de subsumir alguno de ellos en la dicción del Código—al menos, según la interpretación jurisprudencial—, surge el problema que impropiamente pudiera titularse de «preferencia entre el derecho de retracto otorgado a comuneros, colindantes y parientes y el atribuido al arrendatario»; y decimos que tal denominación es impropia, porque la cuestión queda reducida a que judicialmente se establezca si ha lugar o no al retracto en virtud del negocio cuya inclusión en el ámbito del artículo 1.521 se discute, pues resuelta negativamente, entra en acción el derecho del arrendatario sin trabas de ninguna clase.

Pero hay otra faceta del problema—íntimamente relacionada con la anterior—, encaminada a fijar cuál sea la duración de esta acción en el supuesto de que aquéllos se consideren con derecho preferente sobre éste para retraer la finca, y a precisar las reglas de su actuación. Creemos que la solución más ajustada a la correcta técnica procesal es la de que habrán de accionar judicialmente, aun haciéndolo con simultaneidad, cuantos se consideren titulares del retracto, hasta obtener Sentencia en cada uno de los litigios, y resueltos que sean todos, se decidirá la duda en favor del que siendo preferente conforme a la Ley, haya obtenido sentencia favorable, sin olvidar la posibilidad de acumular los autos conforme a lo indicado en las Causas 2.ª y 5.ª del artículo 161 de la Ley procesal, esta última relación con el caso 6.º del artículo 162.

Ciertamente que en la mayoría de los casos serán superfluos los juicios seguidos por los presuntos retrayentes pospuestos en la Ley, mas no vemos otro remedio para evitarlo que pedir la suspensión de aquellos en que sean parte (obrando de acuerdo con el adquirente demandado) hasta la resolución del litigio en que intervenga el supuesto retrayente preferido.

Asimismo, podrá crear inconvenientes la falta de intervención de todos ellos en el pleito que decida la cuestión, pues que ha de operar posiblemente la excepción de cosa juzgada según hemos indicado; pero creemos que la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo abre camino a la facultad de hacerles intervenir en el litigio y que, además, esta doctrina jurisprudencial sobre dicha excepción permitirá surtir efectos amplios a la sentencia en determinados casos, aun cuando no exista identidad absoluta de personas, si bien no sucederá así generalmente, porque se impone el nuevo examen de los hechos.

Pensando en los arrendatarios, ya que nuestro trabajo se relaciona con arrendamientos, les aconsejamos que provoquen la actuación procesal de comuneros, colindantes y parientes, haciéndoles saber detalladamente lo que a ellos se les haya notificado en relación con la transmisión, pues la mayor duración del plazo que esta Ley concede al colono en relación con el marcado para que aquéllos actúen retractualmente les permitirá obtener pro-

babilidades de éxito al excluir la posibilidad de que los otros retrayentes «in potentia» aleguen una de las raíces del apropiado plazo, o sea la inexistencia de conocimiento sobre la transmisión, y transcurrido que sea el de nueve días sin que accionen, el arrendatario tendrá expedito el camino para adquirir la finca arrendada, al menos respecto a comuneros y colindantes.

Terminamos esta Exposición formulando las siguientes indicaciones: 1.ª) Cuando por cualquier causa no concurran los requisitos señalados en Derecho común para que operen los retractos preferentes, surgirá el del arrendatario, ya que la «preferencia» no significa «derogación», permaneciendo latente a resultas de la actuación de los otros titulares. 2.ª) Según los artículos 4.º y 1.255 del Código civil, es admisible la renuncia que aquéllos puedan hacer de su derecho de retracto, en cuyo caso surgirá con plena efectividad el del arrendatario, pues la Ley sólo les concede preferencia presupuesta su viabilidad. 3.ª) El incumplimiento por los demás retrayentes de los requisitos establecidos en el artículo 1.618 de la Ley procesal acarrea la desestimación de la demanda y vitaliza el derecho del arrendatario, porque su mediatización no sólo requiere el simple ejercicio de la acción, sino el éxito o consumación del retracto. 4.ª) Al estudiar el artículo 17 veremos que la infracción de sus mandatos atrae la nulidad absoluta de la transmisión ilegal, estando legitimado para reclamarla los retrayentes pospuestos. 5.ª) Esta doctrina es íntegramente aplicable a la violación del compromiso que, según el apartado 5.º del artículo 1.618 de dicha Ley, ha de asumir el retrayente comunero en su demanda de retracto, por cuanto que el artículo 1.630 declara en tal caso nula dicha transmisión de la cosa retraída.

§ 5

c) *Titular pasivo.*

El carácter real de la acción de retracto impone dirigirla contra el primitivo adquirente de las fincas y contra los posteriores, pues todos están legitimados pasivamente en virtud del interés que para ellos tiene la pretendida rescisión de sus adquisiciones a consecuencia del retracto si prospera.

De acuerdo con la sustitución del transmitente por el adquirente establecida en el artículo 1.511 del Código civil, ha declarado la Jurisprudencia que «mientras subsistan las acciones de retracto, las sucesivas enajenaciones hechas por el comprador quedan sujetas a la resolutoria de aquel derecho, aunque para perjudicar a posteriores adquirentes se necesita que hayan sido demandados y citados para ser oídos en el pleito» (Sentencias de 13 de marzo y 14 de mayo de 1912, 7 de mayo de 1927, 6 de mayo de 1931, etc.). «Para que proceda el retracto en el caso de ven-

ta a pacto de retro, o en el de ventas sucesivas entre los mismos contratantes, es preciso que la acción se dirija contra los dos» (Sentencias de 10 de mayo de 1904, 8 de junio de 1906, 14 de mayo de 1912, etc.); pero esta doctrina sólo es aplicable al caso en que el demandante tiene conocimiento de la segunda venta concertada entre el demandado y una tercera persona, pero no cuando el retrayente ignora durante todo el período expositivo del juicio la existencia de esta segunda venta, por no haber ya entonces términos hábiles procesales para dirigir la acción contra ambos compradores» (Sentencia de 7 de mayo de 1916); añadiendo la de 11 de octubre de 1905, que «la demanda de retracto debe dirigirse contra vendedor y comprador, infringiendo el artículo 1.521 la sentencia que condena a aquél a recibir el precio del retrayente y a que le entregue la finca cuando ésta no se encuentra ya en su poder».

Por su parte, la Sala 5.^a ha establecido, en Sentencia de 16 de junio de 1947, que «la tesis que se mantiene durante la revisión y que se refiere a la necesidad ineludible, para el éxito de la acción de retracto arrendaticio, de demandar no sólo al comprador de la finca arrendada, sino también al vendedor, pretende fundamentarse en la errónea interpretación que se atribuye a la Sala sentenciadora de los artículos 16 de la Ley de 1935 y 1.521 del Código civil. Precisamente porque dicho artículo 16 otorga al arrendatario el derecho de subrogar al adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, este modo de expresión delimita bien claramente cuáles son los sujetos de este negocio jurídico, o sea, de una parte, el arrendatario que ejercita la acción, y de otra, el adquirente de la finca arrendada contra quien se dirige y sólo respecto del cual se resuelve su derecho como comprador por imperativo del citado artículo 16..., pero en nada afecta a los derechos del vendedor, los cuales permanecen inalterables con arreglo al contrato de transmisión». La Sentencia de 11 de noviembre de 1947 establece que «siendo el retracto legal el derecho a resolver una adquisición por compra, subrogándose el retrayente en lugar del adquirente, la acción ha de dirigirse contra este último, sin perjuicio de que se amplíe a los adquirentes posteriores a fin de que consientan aquella subrogación, como si la cosa no hubiera salido del patrimonio del primer adquirente o retraído».

La cuestión origina nuevas derivaciones en la hipótesis de que el adquirente inscriba la transmisión en el Registro de la Propiedad o en la de que también lo hagan los sucesivos titulares de la finca que la adquirieron del primitivo comprador, ya que, a pesar de la inscripción y aun cuando no conste en el Registro la condición resolutoria que afecta a aquél en mérito del ordenamiento comentado, podrá accionarse contra ellos, pues por mandato del artículo 37 de la vigente Ley Hipotecaria, no están inmunizados de las acciones de retracto legal.

§ 6

2.º) ELEMENTO REAL.

Según la Ley, el retracto se viabiliza por la transmisión de «finca rústica arrendada; de porción determinada o de participación indivisa de la misma»; manteniéndose, por tanto, íntegramente la redacción del texto primitivo, si bien son regulados después varios supuestos que sólo en parte fueron previstos por éste.

Anteriormente hemos explicado ya que en el concepto «arrendamiento», usado con exclusividad por el Legislador en este precepto, ha de comprenderse también la «aparcería»; de aquí que sólo interesa completar lo que debe entenderse por «finca rústica» a estos efectos, pues tal es la premisa básica desde el punto de vista ahora tratado, según declara la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en Sentencias de 11 y 14 de diciembre de 1945.

Pero antes debemos resaltar que en estos ordenamientos encajan las fincas de aprovechamiento agrícola y pecuario, ya que la Ley no distingue sobre el particular, y que incluso la enajenación de la casa dedicada a vivienda del colono podrá seguramente originar el derecho comentado, siempre que se acredite forma parte de la finca. Asimismo destacamos que, por la naturaleza social y «necesaria» de estas normas, claudicará la calificación que los interesados atribuyan a la finca frente a su realidad objetiva, pues en otro caso tendrían a su alcance la facultad de infringirlas, contrariando lo ordenado en el artículo primero de la Ley de 1935, con sólo variar injustificadamente dicha catalogación rústica.

No existe definición específica de «finca rústica», y sólo en parte se crea concepto de lo «urbano» en los artículos 1.º y 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, limitándose la Ley agraria a formular ciertas explicaciones sobre el carácter «rústico» en el artículo 2.º de la Ley de 1935, complementado por el 1.º del Reglamento del mismo año.

Al efecto se han utilizado doctrinalmente los índices de situación del inmueble, naturaleza, destino, relación de accesoriedad o preferencia respecto a otras fincas, declaraciones del Registro de la Propiedad, del Registro Fiscal, de los Amillaramientos y Catastros, etc.: pero el Tribunal Supremo y la Dirección de los Registros han rechazado, por lo general, cualquiera de estos criterios exclusivistas, aceptando el combinado de su situación, destino y relación de accesoriedad: y así, en Sentencia de 8 de mayo de 1944, se declara que «si se toma como punto de partida el artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935—fuente legal la más directa—, completada por disposiciones referentes a la institución del Catastro; por declaraciones jurisprudenciales de esta Sala, singularmente en materia de retracto de colindantes; por Resoluciones de la Dirección de los Registros, y por la doctrina ju-

risprudencial, se puede llegar a la conclusión de que el predio rústico se distingue fundamentalmente del urbano: 1.º Por su situación o emplazamiento en el campo o en la población; 2.º Por el aprovechamiento o destino—explotación agrícola, pecuaria o forestal frente a vivienda, industria o comercio—, y 3.º Por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro».

Finalmente, debemos advertir la conveniencia de que se consideren detenidamente las normas del artículo 2.º de la Ley de 1935 y, en especial, el contenido del artículo 3.º de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, por ser muy trascendental y de frecuente aplicación la presunción que establece respecto a lo «rústico».

Después de la declaración genérica acabada de tratar, establece la Ley varios supuestos que seguidamente explicaremos.

a) *Finca arrendada por parcelas.*

Se mantiene la redacción del texto antiguo declarando que «cuando se trate de la venta de la totalidad de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, el derecho de retracto deberá ejercitarse conjuntamente por todos ellos, sin perjuicio de que cada uno adquiera la propiedad de la parcela arrendada»; mas con el fin de evitar los inconvenientes que poníamos de manifiesto en nuestro TRATADO DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, ya que al parecer bastaba la negativa o pasividad de un arrendatario para hacer inoperante el retracto, se acepta la indicación que formulá-bamos, a cuyo efecto sigue ordenando el Legislador que «de no existir acuerdo unánime o de ser imposible para alguno de los arrendatarios el ejercicio del retracto, en virtud de lo dispuesto en el penúltimo párrafo de este artículo, podrán ejercitar la acción, pero refiriéndola necesariamente a la totalidad de la finca transmitida, los arrendatarios de la misma que así lo deseen, siempre que el retrayente o retrayentes lleven en arriendo la mitad, al menos, del predio que se proponga adquirir. El mismo derecho se reconocerá a los Grupos sindicales de colonización que al efecto se constituyan, siempre que estén integrados por la tercera parte, como mínimo, de los colonos de la finca».

Nótese lo siguiente: 1.º Aun cuando el texto alude «al arrendatario» y al «arrendamiento», también han de comprenderse en sus dictados al «aparcerero» y a la «aparcería» (véase apartado 3.º del § 2). 2.º En el supuesto contemplado, la colindancia ha de relacionarse con toda la finca a efectos del retracto concedido a los colindantes, pues la división de explotación y de aprovechamiento no hace desaparecer la unidad material, física y jurídica de aquella. 3.º En el § 4 explicamos cómo ha de realizarse en el

caso tratado la computación de rentas para relacionarla con cualquier ordenamiento legal que aluda a los contratos especialmente protegidos. 4.º La palabra «venta» ha de considerarse sinónima de «transmisión a título oneroso», según queda explicado. 5.º Si en lugar de transmitirse la «totalidad» de la finca, solamente se enajena una parcela o porción, será inaplicable la limitación que ahora examinamos, y el arrendatario que la disfrute podrá actuar individualmente, pues la actuación conjunta tan sólo es impuesta en el caso de enajenación por transmisión integral. 6.º La expresión «una finca» obliga a establecer, a efectos del ordenamiento estudiado, que es indispensable conste claramente en los contratos que aquélla se arrienda como unidad, aunque se distribuya en parcelas, o sea, que el contrato se estipuló teniendo en cuenta su integridad. De manera es que si se demuestra (o el opositor al retracto no prueba lo contrario) que el arriendo fué de determinada parcela, con independencia de las demás que integran la finca, este arrendatario tiene acción para retraer separadamente la porción que le fué arrendada. 7.º El arrendamiento ha de ser «nominatim» por parcelas, no actuando el mandato legal en la hipótesis de cesión global de finca a varios arrendatarios, para que entre ellos hagan la distribución en la forma que estimen conveniente, según explicaremos después. 8.º Concurriendo el requisito que acabamos de precisar, resulta intrascendente que la cesión se haga en uno o varios contratos. 9.º Esta traba de actuación conjunta ha de ser interpretada restrictivamente, con el fin de crear en lo posible el ejercicio del derecho retractual.

No cabe constreñir a ningún arrendatario o aparcerero (también opera referido derecho en la hipótesis de que la finca se haya cedido simultáneamente en ambas modalidades contractuales) a que ejercite el retracto o deje de hacerlo, sin que, por otra parte, se haya de guardar ningún orden jerárquico en dicho ejercicio, a pesar de que debería concederse cierta prioridad o beneficio al cultivador más pequeño.

Ahora bien, si actúan todos los interesados, no surge ninguna cuestión respecto a la distribución de la finca retraída, porque ya advierte el texto que cada uno adquiere la parcela que lleve arrendada: pero si por no retraer conjuntamente accionan unos, supliendo la pasividad de los otros, ¿cómo se realizará tal distribución? A nuestro juicio, ha de aplicarse análogicamente el artículo 1.522 del Código civil (declara que «cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común»), pues, por un lado, sabemos que el Código actúa siempre como legislación supletoria de la especial y, por otro, no cabe duda de que entre los arrendatarios existe desde el primer momento una comunidad de derecho retractual que después, cuando se ha consumado por la adquisición de la finca, se traduce en copropiedad real.

Cuando no exista acuerdo unánime para retraer, y con inde-

pendencia de la causa que impida esa actuación conjunta (ha de equiparse al supuesto expresamente previsto por la Ley—propiedad de determinada extensión de terreno comprendida en el párrafo séptimo de este artículo—cualquier otro motivo excluyente de la unanimidad), podrán retraer la finca los que así lo deseen, siempre que actúen sobre toda ella y cumplan la obligación de reintegro y reembolso respecto a la totalidad del precio, gastos y abonos, pero los actores han de llevar cuando menos la mitad de la finca en arrendamiento (o en aparcería o en ambas cosas a la vez, según explicábamos anteriormente); por tanto, resultaba intrascendente la cuantía rentística correspondiente a los actores y a los demás arrendatarios que permanecen pasivos, y sólo cuenta la extensión geográfica; de la misma manera que en el caso de que ejercite el retracto un Grupo sindical, sólo ha de computarse el número de sus integrantes, sea cual fuere la importancia del arrendamiento de los actores y la extensión de la finca que cultiven.

No fija la Ley el momento en cuya relación han de ser valoradas éstas exigencias, pero de acuerdo con lo que expusimos en el § 2, creemos que la única fecha computable es la en que se realice la transmisión, por ser generalmente la determinante del retracto.

El Tribunal Supremo ha declarado, en relación con la hipótesis examinada, que «teniendo en cuenta que antes de contestarse la demanda, a petición de una de las partes se la tuvo por desistida a virtud de su renuncia al derecho de retracto que le correspondía, con cuyo desestimiento expresó su voluntad de no querer continuar el ejercicio de la acción comenzado con la presentación de la demanda, cuyo ejercicio termina para aquélla al tenerla por desistida, no puede sostenerse en sanos principios procesales que la demandante requerida ejercitó la acción que ha abandonado, y si falta ese ejercicio de la acción, falta el cumplimiento del requisito del ejercicio conjunto de la acción de retracto por todos los arrendatarios (Sentencia de 8 de marzo de 1942). «Cuando se impone el ejercicio del derecho de retracto conjuntamente por todos los arrendatarios, se proclama la necesidad de una reunión de interesados, conforme a los que asista el mismo derecho que han de practicar al propio tiempo, ya que el imperativo lo exige, y no cumpliéndolo perecería la individual acción... Que en el caso se haya constituido sociedad al dicho propósito por todos los llevadores en sus respectivas porciones, y que por el mandato que en sí lleva el representante pida para aquéllos, está de pleno acuerdo para el propósito legal» (Sentencia de 3 de abril de 1945). «A los efectos del cómputo de plazo, el conocimiento de la transmisión sólo debe ser tenido en cuenta, tratándose del ejercicio de acción de retracto que deban entablar todos los arrendatarios o aparceros de finca, cuando también todos y cada uno de ellos conste que conocieron la venta con todos los detalles esenciales de la misma» (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). «El dictamen pericial que

figura en los autos, señala el modo como a medio de estacas, alambre y seto vivo hay delimitación de zonas en la finca objeto de estudio, mas de ningún modo afirma la realidad de división del inmueble para constituir cada fracción una segregada..., y si 'a finca se halla arrendada parcelariamente, mas no fraccionada la unidad dominical del inmueble, esta unidad, concurrente con la pluralidad arrendaticia, forman el supuesto del modo de retraer... (que nos ocupa), para exigir el concurso demandante de todos los interesados» (Sentencia de 31 de enero de 1947). «Sin lugar a duda, el párrafo penúltimo del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 (equivalente al ahora tratado), distingue dos supuestos para resolverlos con la misma aspiración; son aquéllos: primero, finca material y jurídicamente una, arrendada parcelariamente a diversos arrendatarios para que cada cual explote y aproveche exclusivamente la producción íntegra de la suerte de que sea arrendatario el titular; segundo, finca con igual carácter unitario, arrendada a diversos arrendatarios para que cada uno explote y beneficie íntegramente uno o varios—nunca todos—de los varios aprovechamientos de que aquélla sea susceptible, percibiendo la integridad de la producción del inmueble que corresponda a la índole del aprovechamiento arrendado... Para el primer supuesto, ordena el comentado párrafo séptimo del artículo 16 (texto antiguo), la unidad de reclamación hecha conjuntamente por todos los arrendatarios; para el segundo, otorga la facultad de retraer al arrendatario del aprovechamiento principal. Dedúcese de ello que no es posible confundir, bajo ningún concepto, ni los hechos ni el derecho que los regula, porque el aprovechamiento de todos los productos de una parcela es hecho distinto e incompatible con el de alguno tan sólo de los aprovechamientos de toda la heredad y, por tanto, imposible que en derecho pueda aplicarse solución igual a hechos heterogéneos cuando tal heterogeneidad se tuvo en cuenta para regularla de modo distinto... En la indicada confusión inciden el razonamiento y fallo de él deducido que se contiene en la sentencia recurrida. Olvida ésta que, habiendo estimado cierto que la finca objeto del retracto se halla arrendada en porciones determinadas a titulares distintos, no es posible—sin vulnerar rotunda y claramente el primer supuesto del párrafo séptimo del artículo 16 de la Ley de 1935 (el mismo que ahora tratamos)—acceder a la pretensión retractual de uno de los parcelarios, sin que tal pretensión relativa a toda la finca sea conjunta con los demás coarrendatarios, también parcelarios, y nunca si repetida pretensión tiene por objeto tan sólo la parcela arrendada por el demandante del retracto; y, por último, como contrario al segundo de los supuestos del repetido precepto y norma legal para él dictada, ha de rechazarse la tesis nacida del aludido confusionismo, según la cual cabe que un arrendatario de parcela sea preferido a otro parcelario, o quede exento de actuar conjuntamente con él, en razón a la mayor intensidad o volumen de

«cultivo principal», confusión sin duda radicada en el concepto erróneo de lo que ha de entenderse por arrendatario parcelario y arrendatario de aprovechamientos limitados a que atrás se aludió... La tesis sostenida en la sentencia de instancia, según la cual, lo mandado en el primer inciso del párrafo séptimo (texto antiguo), sólo tiene aplicación en el caso de «haberse otorgado un arrendamiento colectivo a varias personas de toda una finca, con unidad agraria de explotación, aun que parcelándola a efectos de concretar cada arrendatario su respectivo disfrute», «carece de fundamento, pues el texto legal, ni en sí ni en su relación con el párrafo primero del mismo artículo, autorizan tal criterio, y por el contrario, a él se opone, como queda razonado» (Sentencia de 23 de enero de 1948). «Como en el caso actual no se trata de una sola finca, dividida en parcelas, sino de varias fincas perfectamente individualizadas... y fueron arrendadas en su conjunto, y todas también se retraen en su totalidad por los demandantes que han consignado el total importe de todas ellas, figurado en el documento de su transmisión, bien claro resulta que no se está en el caso de excepción del párrafo penúltimo (texto antiguo) del artículo 16 de la Ley de 1935, que no admite interpretaciones extensivas contrariantes del espíritu que informó el establecimiento de este retracto arrendaticio para dar acceso al arrendatario a la propiedad de la tierra que cultiva» (Sentencia de 28 de mayo de 1948). «Está comprendido en este supuesto el caso de que sea vendida una finca independiente que se encontraba arrendada en porciones separadas y diversas a distintas personas, y para su pleno efecto, exigente de que no tenga lugar el retracto más que cuando fueran retrayentes todos los parcelarios, aun cuando sólo fuere para cada uno la parcela que llevara, no importa que fueran varios compradores ni que éstos se dividieren la finca constituyendo otras...» (Sentencia de 21 de junio de 1948).

(Véase también lo que decimos sobre las Sentencias de 2 de diciembre de 1941 en el apartado c), y respecto a la de 17 de marzo de 1945 en el apartado d), ambos de este §.)

b) *Finca cedida en arriendo según sus diversos aprovechamientos.*

La Reforma ha respetado el ordenamiento antiguo, declarando que «cuando se trate de fincas de aprovechamientos diversos, cedidos a diferentes arrendatarios, el retracto corresponderá ejercitarlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal».

Como ya hemos explicado anteriormente la forma en que han de computarse las rentas en el supuesto que ahora nos ocupa, sólo nos queda por indicar que la alusión al aprovechamiento «principal» tanto puede referirse al agrícola o pecuario en fincas de aprovechamiento mixto, como a cualquiera de ellos, en relación

con los secundarios que mencionan varios artículos de la Ley—montaneras, rastrojeras, caza, etc.—; mas nos parece que por no considerarlos aquélla como verdaderos arrendamientos—apartado tercero del artículo 4.º de la Ley de 1935—, aunque realmente lo sean, e imponerse la calificación legal a las partes, el texto solamente se ha de relacionar con la hipótesis de que la finca sea susceptible de simultáneo aprovechamiento agrícola y ganadero.

La interpretación literal priva de la posibilidad de ejercitar este derecho al coarrendatario que no lo sea del principal aprovechamiento. Expresamente se remarca que «sólo» podrá utilizarlo el de este último, pero la equidad conduce a solución contraria a fin de aceptar el ordenamiento legal como indicador de «preferencia» y no de «exclusividad», ya que en el caso contrario no parece existir motivo alguno para privar del beneficio retractual a un arrendatario porque la importancia de su aprovechamiento se diferencie en escasa cuantía económica respecto al principal. Bien está que éste sea preferente, pero si su titular no quiere o no puede retraer la finca, ¿por qué se ha de impedir hacerlo a otro arrendatario, tan digno de protección como el renunciante? Si se tratara de aprovechamientos principales—agrícola o ganadero—y secundarios—casa, montaneras, etc.—sería justo y lógico el mandato legal, que sin duda alguna interpretaríamos como indicador de «exclusividad» en favor del titular del primero, pero habiendo precisado anteriormente el significado de la dicción usada por el Legislador, estas consideraciones podrán servir para sostener que únicamente se estatuye preferencia del aprovechamiento «principal» frente al «menos importante».

De cuanto antecede se deduce la posibilidad de que la obligación de notificar la transmisión al arrendatario se estime cumplida correctamente aun haciéndola saber solamente al del aprovechamiento principal, si bien nos permitimos aconsejar que se realice en relación con todos, para no prejuzgar la posible discrepancia, al menos en los que tal característica no es muy evidente.

Puede suceder que aun ocurriendo el supuesto contemplado, los aprovechamientos hayan sido arrendados por parcelas de terreno, en cuyo caso, como no existe razón alguna para dejar de aplicar las normas legales reguladoras de esta última hipótesis, creemos que han de jugarse a fin de determinar la forma en que se llevará a cabo el retracto por el arrendatario o arrendatarios que en definitiva lo ejerciten, pero no debemos ocultar que el Tribunal Supremo parece mantener lo contrario en la Sentencia de 23 de enero de 1948, acabada de transcribir.

c) *Finca arrendada sólo en parte.*

El texto primitivo del precepto examinado dejaba sin regular este caso, y por ello lo hace la Reforma estableciendo prescripciones completamente nuevas, las cuales habrán de tenerse en

cuenta incluso en relación con los litigios que estuvieran en tramitación el día en que aquélla se publicó, conforme a su Disposición transitoria segunda.

Declara el nuevo texto que «en los casos de fincas de las que sólo una parte de su total extensión haya sido cedida en arriendo, el derecho de retracto que establece este artículo se entenderá limitado a la superficie arrendada y únicamente podrá ser ejercitado por el arrendatario o arrendatarios que lo sean a virtud de contrato comprendido en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942. A tal efecto, el documento en que sea formalizada la transmisión a título oneroso de la finca, deberá especificar la cantidad que del total importe del precio correspondiente a la porción dada en arriendo de la mencionada clase, entendiéndose, a falta de expresa declaración acerca de este extremo, que dicha parte del precio es equivalente al resultado de capitalizar al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente a la sazón».

Anteriormente llegó al Tribunal Supremo un recurso en que todos los cultivadores arrendaticios de la finca ejercitaban el retracto no obstante la existencia de determinadas parcelas de tierra sin arrendar, estableciendo, en Sentencia de 2 de diciembre de 1941, que «el hecho no discutido y aceptado incluso por el Tribunal «a quo», de que la acción de retracto ha sido ejercitada conjuntamente por todos los arrendatarios y aparceros de la finca vendida, llena cumplidamente la exigencia del párrafo sexto (texto antiguo) de este artículo, porque si la enajenación comprende la totalidad del predio, la circunstancia de que dentro de él existir pequeñas porciones de terreno yermo y bosque no dados en explotación a título arrendaticio, no quiebra la unidad orgánica que la finca constituye, que se retrae íntegramente, y también por entero se paga el precio de la misma en su totalidad, ya que entenderlo de otro modo haría por completo ineficaz el derecho de retracto con sólo que el propietario de fincas de esta clase dejara sin arrendar una pequeña parcela de la misma».

Actualmente queda aclarada la cuestión en mérito de los ordenamientos legales antes transcritos, por cuya razón estimamos inadecuada esta doctrina legal, pues que en lo sucesivo sólo podrán retraer los cultivadores aquella superficie arrendada, si bien nos complacería verla mantenida en el caso que trataremos en la indicación 5.ª de este apartado.

La claridad del texto elude todo intento de comentarlo detalladamente y, por tanto, nos limitamos a hacer las siguientes indicaciones: 1.ª) En relación con los arrendatarios de la parte arrendada, operan libremente las normas legales sobre distribución del arrendamiento por parcelas o según los distintos aprovechamientos de que sea susceptible la finca. 2.ª) Lo arrendado ha de ser una «parte» de ésta, manteniéndose, por tanto, su unidad jurídica y topográfica, pues si así no fuera y, en realidad, lo arrendado

también estuviera disgregado respecto a su propiedad, no entrarán en acción estas normas y operarán las genéricas con relación a esta verdadera, real y exclusiva «finca». 3.º) Respecto al aparcerero «especialmente protegido», véase lo que decimos en el § 4. 4.º) Nuevamente ha de tenerse en cuenta lo que dijimos en el mismo § sobre el concepto y efectos de los arrendamientos especialmente protegidos. 5.º) Ante la taxativa restricción impuesta por la Ley, no queda otro remedio que sentar la premisa de que no podrán retraer la porción de finca el arrendatario o arrendatarios que no lo sean a virtud de dichos contratos. No podemos por menos de expresar nuestra más profunda repulsa hacia esta norma, pues ahora resultará sumamente fácil burlar el retracto del arrendatario no protegido con sólo dejar de arrendarle alguna parte de la finca. Queremos creer que el Poder Público no se ha dado cuenta de la enorme trascendencia de este dictado y pedimos con nuestra escasa personalidad que cuanto antes se aclare o modifique para proteger al arrendatario que, no por la renta elevada o las condiciones personales de su cultivo, puede ser desposeído tan fácilmente de este derecho esencial, máxime que no existe razón alguna para que ahora actúe como lo hace esta distinción entre ambas categorías de arrendamientos. 6.º) La omisión en la escritura del dato referente al precio no atrae otra consecuencia que el conjugamiento del índice valorativo subsidiario; pero, no obstante aludir exclusivamente el texto a la hipótesis de que se plasme por escrito la transmisión, es evidente que también opera tal índice cuando ésta se efectúe verbalmente; bien entendido, por otra parte, que éste no actuará si, aun infringiéndose el dictado legal por no «especificar» el precio correspondiente a la superficie arrendada u omitir «declaración expresa» sobre el particular, existen suficientes elementos de juicio para conocer este dato, pues en realidad el Legislador creó el índice subsidiario de valoración previendo exclusivamente el caso de que no pueda ser conocido el precio asignado a la superficie arrendada. 7.º) A diferencia de lo que sucede en la Ley sobre arrendamientos urbanos, en la que el artículo 67 permite impugnar la validez de la transmisión por haberse señalado un precio superior al resultado de la capitalización allí indicada, en el caso que nos ocupa ha de negarse tal facultad al arrendatario, el cual, por consiguiente, no puede atacar dicho precio por muy elevado que sea, salvando, claro es, el supuesto de simulación. 8.º) Para la traducción del valor «renta» a numérico, ténganse en cuenta las normas del artículo 3.º de la Ley de 1942 y las complementarias de los Decretos de 15 de julio de 1949 y 24 de julio de 1947. 9.º) Al efectuar la consignación del precio simultáneamente al ejercicio del retracto (véase apartado d), 1.º), del § 11), es muy conveniente, para eludir las perniciosas consecuencias de cualquier error sobre dicha traducción de valores, hacer la protesta de consignar cualquier suplemento dinerario que pueda ser necesario para rectificar el juicio valora-

tivo del actor. 10.º) A pesar de la mención expresa de la renta «contractual» como computable a estos fines, resulta manifiesto que ha de jugarse la «revisada», pues que sustituye aquélla para todos los efectos. 11.º) No se consideran como «renta» las cantidades que el arrendatario deba abonar como cuota contributiva en el pago de los seguros sociales en la Agricultura o de los aumentos tributarios, pues aun asimiladas a la renta propiamente dicha en lo que se refiere a las consecuencias de su impago, no la integran, y quizá por ello se aluda en el texto a la «renta contractual». 12.º) Asimismo interesa resaltar que la frase «renta vigente a la sazón» obliga a relacionarla con el momento en que se realizó la transmisión, por ser el determinante a todos los efectos del retracto, según venimos indicando repetidamente.

Antes de terminar queremos hacer referencia a un trascendentalísimo problema consistente en decidir sobre la posibilidad de conjugar este índice valorativo subsidiario resultante de la capitalización rentística siempre que por cualquier causa se desconozca el precio atribuido o atribuible a la finca arrendada, como sucedera, por ejemplo, si se transmiten varias por precio global y alguna de ellas está arrendada.

Hasta ahora se efectuaba generalmente esta valoración en período de ejecución de sentencia, a cuyo fin se señalaba por peritos la parte proporcional de precio correspondiente a la finca interesada teniendo en cuenta sus características y la cuantía del precio global asignado, pues nunca cabe prescindir de éste y tasar la finca según su valor real y objetivo desligado del que la voluntad de los contratantes asignó, aun globalmente, en la transmisión; pero ¿será correcta tal actuación en lo sucesivo, una vez que el Legislador patentiza con tanta diafanidad su voluntad respecto al particular?

Nosotros optamos por la contestación negativa aun siendo conscientes de la formidable osadía que encierra y de las graves consecuencias que puede acarrear, y para ello nos fundamos en los siguientes argumentos: a) El evidente propósito del Legislador para orillar en lo posible las muy generalizadas simulaciones de precio que se llevan a cabo a fin de impedir el retracto o de dificultarlo agravando sus condiciones, según advierte sin paliativos de ninguna clase la Exposición de Motivos que precede a la Reforma, al declarar que «la modificación de los artículos citados de la Ley de 1935 requiere, como complemento indispensable, que se ponga término a toda posibilidad legal de que el propietario de finca donde existan colonos de esa clase especule con el fundo arrendado y no sólo imposibilite a esos cultivadores el ejercicio del derecho de retracto, señalando un precio desproporcionado al valor real y a la rentabilidad del inmueble, sino que, además, comprometa la estabilidad y arraigo en la tierra de dichos arrendatarios»; b) Ante tan manifiesto propósito legislativo, no queda otro remedio que jugar el principio general de Derecho (hoy ya

con categoría de fuente legal, según el artículo 6.º del Código civil) establecedor de la analogía en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales y que declara «ubi est eadem ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet» (Sentencias de 10 de diciembre de 1903, 13 de diciembre de 1913, 13 de marzo de 1916, etc.), máxime que, como dice la Sentencia de 8 de mayo de 1947, no existen normas legales aplicables al caso que nos ocupa por carecerse de regulación específica; añadiendo la de 11 de diciembre de 1944 que «una misma disposición de derecho debe regir las situaciones obedientes a un solo designio inspirador»; c) La necesidad de proteger al arrendatario librándole de ardidés y asechanzas.

En su virtud, mantenemos, respecto a todos aquellos casos en que a efectos del retracto no se conozca o pueda conocer el precio correspondiente a la finca retraída, que se obtendrá este dato «capitalizando al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente a la sazón».

Claro es que, por el contrario, rechazamos este índice, y respetamos la valoración tradicionalmente efectuada como antes hemos indicado, cuando se trate de retractos distintos al arrendaticio, pues como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 5.ª de 2 de diciembre de 1946, entre otras), «el derecho de retracto arrendaticio se regula por las disposiciones especiales de esta legislación social, sin que sean de aplicación al mismo las que se invocan en la sentencia recurrida como analógicas, del Derecho común, por ser completamente distinto el interés a que atienden unas y otras normas y el fundamento jurídico en que descansan».

d) *Finca arrendada a varias personas con explotación común y aprovechamiento proindiviso.*

La Ley no ha previsto este supuesto, pero el Tribunal Supremo llenó el vacío en su Sentencia de 17 de marzo de 1945, declarando que «el caso del pleito, en el que se trata de un arrendamiento de finca rústica en su totalidad por varios arrendatarios que la explotan en común y en aprovechamiento indiviso, no se halla afectado para el ejercicio del derecho de retracto por las prescripciones del párrafo penúltimo de este artículo (texto antiguo, equivalente al ahora examinado), que, como limitaciones o restricciones que son al ejercicio de la acción de retracto, no pueden extenderse a casos distintos de aquellos que el legislador estimó necesarios regular. Ya esta Sala, en Sentencia de 13 de mayo de 1940, declaró que la explotación en común no está prevista en este artículo, doctrina que reiterándola y completándola impone reconocer que ejercitada la acción de retracto por cuatro de los seis arrendatarios que en común y solidariamente venían disfrutando de modo indiviso el total aprovechamiento de la finca, y

consignado por los mismos el total importe del precio de transmisión del predio para mediante el abono o reembolso de otros gastos legítimos, subrogarse en lugar del comprador, se advierte que se ha cumplido por los mismos, ejercitando la acción en el plazo legal, cuantos requisitos exige el precitado artículo para que el retracto prospere, sin que deba impedirlo, pues de otro modo se frustraría el propósito del Legislador de facilitar el acceso a la propiedad, el hecho de que alguno o algunos de los arrendatarios del común disfrute se abstengan de ejercitar su derecho».

- e) *Finca arrendada que se transmite con otras varias y retracto limitado a alguna de ellas.*

También se omite en la Ley toda regulación sobre este generalizado y muy importante supuesto; pero la Sala 5.ª del Tribunal Supremo llena la laguna en su Sentencia de 16 de diciembre de 1946 al declarar que «la cuestión que se plantea en el presente recurso queda reducida a resolver si efectuada la venta de varias fincas rústicas en un solo acto y en una escritura notarial en la que se señala a cada una de las fincas vendidas un precio, puede o no el arrendatario de las fincas vendidas circunscribir la acción de retracto arrendaticio a alguna de ellas, con exclusión de las demás, o por el contrario tiene que extender el ejercicio de la acción a todas las vendidas... El artículo 16 de la Ley de 1935, al establecer el derecho de retracto a favor del arrendatario de fincas rústicas transmitidas a título oneroso, no le impone la obligación de adquirirlas todas, como lo hace cuando se trata de la totalidad de una finca cedida en parcelas a varios arrendatarios, en cuyo caso exige la Ley el ejercicio conjunto por todos ellos de la acción de retracto, y al no imponerse ninguna limitación por la Ley cuando se trata de fincas distintas, vendidas con precios diferentes y en las que no consta exista unidad de explotación, no debe imponerse una exigencia que la Ley no establece...; no cabiendo negarles el retracto cuando sus recursos no les consientan adquirir todas las fincas vendidas que llevaban en arrendamiento y tengan que reducir su pretensión a alguna de ellas, toda vez que la Ley no impone la obligación de que se extienda a todas...»

§ 7

3.º ELEMENTO TEMPORAL.

- a) *Naturaleza del plazo retractual.*

Puede afirmarse que, en definitiva, las diferencias existentes entre «prescripción extintiva» y «caducidad» consisten en la posibilidad de aceptar «de oficio» el transcurso de los plazos (Senten-

cias de 30 de abril de 1940, 7 de junio de 1945, etc.) y en la imposibilidad de suspenderlos o de interrumpirlos, en contraste con lo que sucede respecto a la prescripción, y aunque ni el Código civil ni el Tribunal Supremo utilizan con gran precisión estos términos jurídicos, en la actualidad va perfilando el Alto Tribunal con la mayor corrección técnica la institución jurídica de la caducidad o decadencia del derecho, estimándola existente, con todas sus consecuencias, en determinadas situaciones jurídicas contempladas por dicho Código; mas como no es esta materia propia de nuestro estudio, nos limitamos a relacionar tal doctrina con el plazo de ejercicio de la acción de retracto. Así, en Sentencias de 8 de abril de 1920, 13 de junio de 1921, 20 de marzo de 1925, etc., declaró que era de prescripción; pero en las de 30 de abril de 1940, 10 de marzo y 7 de junio de 1945, etc., mantiene explícitamente que se está en presencia de un supuesto de caducidad, coincidiendo con esta tesis las Sentencias de la Sala 5.ª de 24 de junio y 18 de noviembre de 1946, etc.

b) *Duración del plazo.*

Quizá estribe en este aspecto lo más esencial de la reforma efectuada por la nueva Ley en el texto primitivo del precepto examinado, pues así como en este se fijaba en un mes la vida del retracto, ahora se alarga considerablemente hasta fijarlo en tres meses, tanto en la hipótesis de que medie la correcta notificación del adquirente al arrendatario, como en el de que, por no haber cumplido este deber, opere el «conocimiento» como raíz de inicio; bien entendido, además, que por virtud del carácter real de dicha acción, no caducará o prescribirá hasta que transcurran treinta años a partir de la transmisión si mientras tanto no se viabiliza ninguna de las raíces que según el precepto comentado inician el transcurso del plazo retractual: así se deduce del artículo 1.963 del Código civil.

¿Puede ser modificado el plazo marcado por el texto legal? Anteriormente expusimos nuestra opinión de que a pesar de la solución negativa dada por el Tribunal Supremo a la interrogante formulada, consideramos admisible la facultad de modificar los ordenamientos legales si con ello resulta beneficiado el colono en comparación con las estrictas normas, pues la prohibición de pactar «contra legem» establecida por el artículo 1.º de la Ley de 1935 sólo opera con esta condicionalidad. De aquí deducimos la validez del pacto por el que se alargue dicho plazo, aunque no vinculará a los demás retrayentes que puedan enfrentarse con el arrendatario por ser «res inter alios» según el artículo 1.257 del Código; mas, al contrario, será nulo el acuerdo por el que se acorte la duración del retracto y no quedará vinculado por él el arrendatario, ya que en esta hipótesis de nulidad absoluta no adquieren plena eficacia los «propios actos». Pero no debemos ocultar que el Tri-

bunal Supremo mantiene tesis opuesta en relación con los retratos de Derecho común (Sentencia de la Sala 1.ª de 20 de marzo de 1925) y respecto al arrendaticio (Sentencia de la Sala 5.ª de 18 de noviembre de 1946).

Para su computación han de tenerse en cuenta las siguientes normas derivadas del artículo 7.º del Código civil: 1.ª) La extinción opera a los noventa días, pues el citado precepto ordena que se consideren los meses de treinta, prescindiendo de su efectiva duración, cuando, como sucede en este caso, se designan abstractamente y no por su propio nombre; 2.ª) No se computa el instante en que se realiza la notificación o se adquiere el conocimiento para contar el plazo «de momento a momento», según el sistema natural, sino que se prescinde de tal índice y se cuenta por días enteros, conforme al sistema civil; 3.ª) Tampoco se computa el día en que ocurran tales raíces de inicio, pero el último día del plazo ha de transcurrir totalmente para considerar que aquél ha vencido: así se deduce del mismo sistema civil y de la aplicación analógica del artículo 1.130 del Código; 4.ª) Antes de publicarse este Cuerpo legal se discutió sobre si debían excluirse o no los días inhábiles, ya que, cuajando el ejercicio del retracto a través de la oportuna demanda, el plazo debía considerarse de carácter procesal y, en consecuencia, afectado por la distinción entre días hábiles e inhábiles creada por el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Al publicarse el Código se negó expresamente tal carácter y la pertinencia de aludida distinción en varias Sentencias (entre otras, en la de 8 de abril de 1920) y esta era la opinión dominante hasta que fué dictada la Ley de 21 de abril de 1949 reformando la de Arrendamientos Urbanos, la cual, en su artículo 50 del texto reformado, advierte con toda precisión, aunque incidentalmente, que sólo se computarán los días hábiles. Estos son los elementos a barajar en la solución del problema planteado, y nosotros, considerando que el Legislador ha patentizado de manera ostensible su voluntad respecto al asunto en dicho precepto relacionado con los arrendamientos urbanos, creemos se impone aceptarla también con referencia al retracto que nos ocupa, pues no existe ningún motivo que obligue o aconseje variar de criterio, máxime que así resulta más beneficiado el arrendatario, y ya sabemos que esta intención debe guiar esencialmente en la exégesis de textos legales con carácter social como son los examinados; 5.ª) Aunque la Sentencia de 8 de marzo de 1904 mantuvo la tesis de ampliación del plazo retractual en función de lo ordenado en el artículo 1.619 de la Ley de Enjuiciamiento civil respecto a la presentación de la demanda de retracto según la distancia que mediara desde el pueblo de residencia del actor hasta el del Juzgado, en la actualidad se orienta definitivamente el Tribunal Supremo en sentido opuesto, negando tal posible ampliación (Sentencias de 27 de octubre de 1896, 20 de marzo de 1925, etc.).

c) *Ejercicio de la acción.*

Ordena la Ley que dentro del plazo señalado ha de «ejercitarse» el retracto; pero si bien no surgen problemas respecto a esta exigencia cuando durante él se presenta la demanda cumpliendo todos los requisitos, existen dudas de interpretación en lo que se refiere a la admisibilidad del acto de conciliación, puesto que generalmente es el medio a que se acude ante la dificultad existente para que antes de transcurrir los plazos legales se consiga reunir cuantos requisitos se necesitan a fin de plantear correctamente la demanda.

Teniendo en cuenta que el acto de conciliación forma parte del conjunto procesal que afecta a la acción de retracto, es indudable que su celebración debe considerarse como ejercicio de ella, y así lo ha admitido unánimemente la jurisprudencia (Sentencias de 21 de febrero de 1931, 30 de abril de 1940, 10 de marzo de 1945, etc.); pero en la práctica se ha abusado tanto de este medio interruptivo del plazo para retraer, que es necesario delimitar con precisión su alcance para evitar posibles errores de interpretación.

El primero consiste en la creencia de que basta con consignar el precio al intentar la celebración del acto de conciliación para exonerarse después del cumplimiento de este requisito; pero ha de pensarse en que si bien es conveniente y necesario realizar la consignación o afianzamiento subsidiario en dicha diligencia para mover mejor el ánimo del adquirente demandado a fin de que voluntariamente acceda a la petición del actor, habrá de repetirse la consignación al presentarse la demanda del pleito. Por tanto, la Sentencia de 12 de junio de 1936 (declara que: «el retrayente debe cumplir en dicho acto la obligación ineludible de consignar el precio, o, en su caso, la de prestar fianza») y la de 10 de marzo de 1945 (establece que: «no debe entenderse que el acto conciliatorio o la demanda del mismo por el retrayente dentro del plazo preclusorio señalado por la Ley, producen por sí solos el efecto obstativo de la caducidad del transcurso que de aquel se deriva, porque si son tales medios utilizables y adecuados para ejercitar el derecho de retracto, este ejercicio se hallará desprovisto de la eficacia que persigue si únicamente se observa en él el requisito relativo al tiempo en el que ha de serlo y se incumple el de la consignación del precio conocidamente satisfecho por el comprador demandado...») deben ser completadas con la doctrina establecida por la Sala 5.^a en su Sentencia de 24 de junio de 1946.

La segunda advertencia que debemos hacer consiste en que a estos efectos es bastante con que la demanda de conciliación se presente dentro del plazo legal debidamente formulada, pues aunque la diligencia se celebre después de transcurrido aquél, ya queda obviada la caducidad, según advierte la Sentencia de 7 de junio de 1945.

Otra advertencia va encaminada a llamar la atención del lector

sobre cierta desviación de las características de la caducidad cuando media acto conciliatorio, ya que la Sala 5.ª, en Sentencia de 24 de junio de 1946, parece establecer separación respecto a las consecuencias derivadas del hecho de constituir el plazo retractual supuesto de caducidad y no de prescripción, toda vez que admite la posibilidad de suspenderlo; coincidiendo con la misma tesis la Sala 1.ª en Sentencia de 30 de abril de 1940.

Finalmente debemos advertir que la Sentencia de la Sala 5.ª de 22 de abril de 1946 condiciona en cierto modo el efecto suspensivo que se atribuye al acto de conciliación a estos efectos; y que si se presenta una demanda defectuosa dentro de plazo legal, pero no se subsanan los defectos antes de que éste transcurra, opera la caducidad, según se deduce de las Sentencias de la Sala 1.ª de 4 de octubre de 1907, 6 de julio de 1920, 30 de junio de 1941, etc., y de la de 18 de noviembre de 1946, dictada por la Sala 5.ª

§ 8

d) *Iniciación del plazo retractual.*

También en este aspecto introduce fuerte innovación la Reforma, pues separándose del criterio tradicional sobre la materia reflejado en el primitivo texto del artículo comentado, no menciona la inscripción registral como raíz de inicio de dicho plazo, y evidente resulta que el significado de tal omisión consiste en rechazar la aludida raíz, ya que mantiene dos de las antiguas—el «conocimiento» y la «notificación»—, pero silencia dicha inscripción: «ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit»: sin olvidar, además, que esta modificación opera también respecto a los litigios que estuvieran en tramitación el día en que se publicó la Reforma, según advierte su Transitoria 2.ª

Por consiguiente, no abre el plazo retractual el hecho de que se inscriba la transmisión en el Registro de la Propiedad, e incluso carece de toda trascendencia la presunción de que todos conocemos su contenido.

Después estudiaremos la obligación que se impone al comprador para que dé a conocer al arrendatario la transmisión originadora de su adquisición, mas desde ahora constatamos nuestra repulsa hacia el camino seguido por el Legislador en este particular. No concebimos el motivo por el cual, aun imponiendo taxativamente dicha obligación, no sanciona su incumplimiento en la forma adecuada, es decir, negando la apertura del plazo retractual hasta que se realice dicha notificación, pues con el sistema adoptado resulta que, aun mediando contemplada infracción, opera sustantivamente el «conocimiento» como raíz de inicio; siendo de lamentar también que no se haya aprovechado la ocasión para suprimir esta última, toda vez que el mayor contingente de litigios relacionados con el retracto nacen precisamente en virtud de

la distinta valoración que los interesados dan a la noticia que el arrendatario pueda tener de la transmisión.

Lo lógico y conveniente sería imponer al comprador el deber de notificar al arrendatario la transmisión y que hasta no cumplirlo permaneciera cerrado el plazo retractual aunque por cualquier otro conducto obtuviere aquél completo conocimiento de la enajenación.

1.º *Notificación del adquirente.*—En primer lugar, debemos advertir que esta notificación ha de ser completa y detallada, haciendo conocer al arrendatario los datos esenciales de la transmisión, pues que, en otro caso, no abrirá dicho plazo, según advierte reiteradamente la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de mayo de 1940, 12 de mayo y 2 de diciembre de 1941, 12 de mayo de 1942, 29 de abril y 11 de mayo de 1943, 24 de marzo de 1944, 21 de noviembre de 1945, 19 de enero de 1948, etc.

No tiene fijada forma alguna para su realización (véanse, entre otras, las Sentencias de 1.º de enero y 3 de febrero de 1948) y, en su virtud, será válida y eficaz la efectuada verbalmente; mas ha de tenerse en cuenta que cuando se trate de finca arrendada por parcelas, la notificación ha de relacionarse con todos y cada uno de los posibles retrayentes, para que surta plenos efectos. Así lo establece la Sentencia de 2 de diciembre de 1941 respecto al «conocimiento», y ninguna duda cabe sobre la pertinencia de aplicar esta doctrina al supuesto de «notificación».

Esta ha de hacerse al «arrendatario»; por tanto, no autorizando el texto comentado la ampliación del sujeto beneficiario de ella como en algunas hipótesis se hace por mandato de varios preceptos habrá de acreditar el adquirente que hizo saber directamente a aquél la transmisión, o que aun habiéndola dado a conocer a determinada persona de su familia o a cualquier otra, realmente transmitieron la noticia al presunto retrayente.

La manera más conveniente de realizarla consiste en entregar copia de la escritura de transmisión, y aconsejamos que así se realice para eludir posibles divergencias respecto a si las condiciones innotificadas eran o no esenciales.

En cuanto a su contenido ha de considerarse, además de la necesidad de que sea detallada y completa, según hemos advertido, lo siguiente: 1.º En régimen de Derecho común no tiene gran importancia, desde este punto de vista, el conocimiento de la persona que adquiere la finca, y generalmente no se considera este detalle como elemento esencial de la notificación; más teniendo en cuenta el carácter personal del arrendamiento y la posibilidad de que el nuevo titular de la finca accione de desahucio (por ejemplo, recabando el cultivo), es evidente que en régimen de arrendamientos rústicos nos debemos distanciar de aludida corriente de opinión, reconociendo que tanto respecto a la «notificación»

como con referencia al «conocimiento» que en definitiva sirven de raíz de inicio al plazo retractual, es circunstancia integrante, para su cabal realización, que el presunto retrayente sepa la persona que adquiere la finca. 2.º Según la Sentencia de 16 de abril de 1945, «son inoperantes los actos que aluden al anuncio de la venta y su propuesta, porque anteriores a su momento, no juegan al fin del retracto y al proceder de alguno de menor edad sin capacidad de obligarse por el mismo». 3.º La notificación se ha de relacionar con la transmisión «consumada», siendo inoperante la que afecte a la meramente «perfeccionada»: así lo establecen las Sentencias de 24 de diciembre de 1920, 24 de junio de 1927, 19 de diciembre de 1935, 20 de mayo de 1943, etc., y la Sala 5.ª en Sentencia de 21 de diciembre de 1944. 4.º Conforme a lo establecido por la Sentencia de dicha Sala de 16 de octubre de 1944, «toda vez que la compra de la finca arrendada objeto del retracto, realizada conjuntamente con otra y precio global sin distribuir el correspondiente a cada una, no fué notificada a sus arrendatarios, y la demanda fué presentada y completada en sus requisitos del artículo 1.518 del Código civil antes de la fecha en que la anotación se convierte en inscripción de citada compra, es visto que no había caducado el plazo para retraerla». 5.º Insistiendo en lo antes expuesto, la Sentencia de 4 de julio de 1945, de la Sala 5.ª, declara que «la existencia del compromiso de venta no podía ser momento inicial para el ejercicio de la acción de retracto ni tiene eficacia para enervar la ejercitada dentro del término legal a partir del otorgamiento de la escritura pública de compra de la finca arrendada, pues este otorgamiento es el instante preciso del que se arranca el deber de notificar y el del nacimiento del derecho de retracto.

2.º *Conocimiento de la transmisión.*—Cuanto acabamos de decir respecto a la «notificación» es aplicable al supuesto que nos ocupa, y considerando que ella exige, para su correcta realización, que la haga el «comprador», según indica el texto legal, procede admitir que si no sucediera así y la efectúa cualquier otra persona obrando sin conexión con aquél, operará cuando menos como «conocimiento» a los fines que nos ocupan, ya que según la Sentencia de 26 de noviembre de 1900, «es indiferente que tal conocimiento lo adquiera el retrayente en una u otra forma, ya que el Código no impone ninguna determinada ni especial, operando con independencia del medio por el que haya llegado al que retrae el «conocimiento», y así lo indica expresamente el precepto comentado».

Para abrir el plazo retractual, ha de ser cabal y completo dicho conocimiento, y así lo advierte el Tribunal Supremo, diciendo que «a los efectos del ejercicio de la acción de retracto, el conocimiento presupone no sólo tener noticia del hecho de la enajenación, sino conocimiento suficiente de los pactos y condiciones de la misma, para que el retrayente pueda saber si le conviene o no

utilizar el retracto»; y la Sala 5.^a confirma rotundamente esta tesis en Sentencia de 13 de mayo de 1940; 12 de mayo y 2 de diciembre de 1941; 12 de mayo de 1942; 29 de abril y 11 de mayo de 1943; 24 de marzo de 1944; 21 de noviembre de 1935, etc. Por tanto, no basta conocer el «simple hecho» de la transmisión de la finca, sino que se requiere el conocimiento de las «condiciones» en que aquélla se realice; bien entendido que, según las Sentencias de 21 de diciembre de 1898 y 16 de marzo de 1926, «hay que estar a la apreciación de la Sala respecto a si había tenido o no conocimiento de la venta el retrayente antes del plazo».

Aun no siendo este, en realidad, el lugar adecuado para tratar las consecuencias derivadas de la infracción del deber de notificar la transmisión al arrendatario, teniendo en cuenta que una de ellas estriba en atraer el juego del «conocimiento» como raíz de inicio del plazo retractual, nos consideramos obligados a insistir en lo que indicábamos al comenzar este § 8, resaltando que tal es el único efecto apropiado según la Ley, pues ambas raíces operan sustantivamente a estos fines desde el momento que advierte que «si el vendedor de la finca no diera cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificara la compra al arrendatario, este último conservará el derecho de retracto durante tres meses a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión», de donde se deduce que ninguna sanción puede ser impuesta al infractor.

El Tribunal Supremo pareció mantener tesis opuesta en algunas sentencias, pues en las de 3 de agosto de 1939, 13 de mayo de 1940, 12 de mayo de 1941, etc., declara que «el plazo señalado en este artículo para ejercitar el derecho de retracto ha de computarse según las normas que en el mismo se establecen, ya que para eso van fijadas y su especialidad lo requiere, prefiriéndolas a otras generales; y toda vez que allí se consignan precisamente a seguida de anunciar el lapso de tiempo que «a contar de la fecha de la notificación del comprador», así debe procederse, sin tomar como inicial del cómputo otra, cual «la que el retrayente haya conocido por cualquier medio la transmisión», porque esta, típicamente ordinaria y última consignada, debe ceder ante la particular, y sobre todo porque no puede admitirse que el comprador incumplidor de su obligación, taxativamente establecida, de notificar al arrendatario su adquisición para que éste pueda accionar, resulte mejor tratado o favorecido que quien hubiere cumplido». Y confirmando esta doctrina, advierte, en Sentencia de 21 de noviembre de 1945, que «no es dable que el incumplidor de la terminante obligación impuesta en este artículo de notificar su compra al arrendatario, halle cobijo para sus habilidades, siempre claudicantes ante su proceder contra la Ley, y en su amparo no ha de venir más que en muy excepcionales supuestos—si alguno cupie-

re—la aludida raíz (se refiere a la fecha del conocimiento con referencia al plazo de que se trata»).

Recientemente ha variado de criterio, ya que, en Sentencia de 19 de enero de 1948, establece que «la tesis contraria a la que se propugna conduciría a la conclusión, inadmisibles por injusta y contraria al derecho expresado en el párrafo cuarto (texto antiguo), del artículo 16 de la Ley de 1935 y sus fundamentos doctrinales, de admitir la subsistencia indefinida del plazo retractual para el arrendatario de quien se hubiere probado cumplidamente en juicio que había leído—oficiosamente si se quiere—una copia de la escritura pública de venta no inscrita, sin que tan cumplido conocimiento afectara a dicho plazo, porque no hubiese obedecido a un acto del comprador. La subsistencia del referido plazo no puede considerarse como sanción impuesta al comprador que no notificó, porque la lectura del texto comentado enseña que no es posible tal interpretación, pues alude al caso de que el comprador hubiere dejado de notificar..., no obstante lo cual manda que el «conocimiento» inicie el plazo para retraer».

Nosotros, en la necesidad de amparar nuestras opiniones en los textos legales, reconocemos que esta última tesis es la correcta, pero ello no significa que la compartamos en terreno de Derecho constituyente.

Terminamos el estudio de esta raíz de inicio del plazo retractual tratando el problema del «onus probandi», pues si bien el artículo 1.214 del Código civil y la Jurisprudencia que, al interpretarlo, ha concordado sus dictados con las modernas doctrinas, conducen a la solución de que el actor, o sea el arrendatario retrayente, ha de probar los «hechos normalmente constitutivos» del derecho que reclama, siendo uno de tales hechos accesorio, claro es, del principal, consistente en la transmisión de la finca, que el plazo legal no haya transcurrido, parece que debiera estar gravado con la carga de probar esta circunstancia; mas también ha de considerarse que el demandado, o sea el adquirente, ha de probar los «hechos obstativos-impeditivos» que puede motivar la negación de lo pedido por el actor, y siendo evidente que la extinción del plazo es «hecho obstativo» del «constitutivo» creado por la transmisión, resulta que el demandado habrá de acreditar tal circunstancia, máxime que es subjetiva negativa y, por tanto, imposible de ser probada como tal, bastando al actor con afirmar que adquirió el conocimiento de la transmisión en la fecha que indica.

El Tribunal Supremo estableció esta conclusión con claridad meridiana en su Sentencia de 21 de mayo de 1902, al decir que «no cabe exigir la justificación especial de la verdad de tal conocimiento, pues ni esto sería posible, tratándose de una mera situación subjetiva que permanece desconocida mientras que actos positivos no la exterioricen, ni existe presunción alguna «*juris tantum*» de la que sea forzoso partir para suponer semejante cono-

cimiento; por lo tanto, corresponde al demandado y no al actor, probar que la fecha del conocimiento es distinta y anterior de la alegada como fundamento de la demanda».

§ 9

4.º *NEGOCIOS JURIDICOS CREADORES DEL RETRACTO.*

La amplitud de expresión usada a este respecto por el artículo examinado, orilla gran parte de las dificultades interpretativas que surgen en relación con el artículo 1.521 del Código civil, al mencionar las transmisiones que viabilizan este derecho, y tal amplitud indica el propósito del Legislador para hipertonicar su funcionamiento, por cuyo motivo habrán de resolverse siempre las dudas en el sentido de conceder el retracto al arrendatario.

Dicha expresión consiste en la frase «en todo caso de transmisión a título oneroso...», palabras estas que ya existían en el texto antiguo y que, como se ve, han sido respetadas íntegramente por la Reforma.

Antes de iniciar el catálogo de transmisiones determinantes del retracto, nos permitimos insistir en lo antes indicado sobre la necesidad de que para resolver las cuestiones que puedan plantearse sobre el particular, hemos de prescindir de la rotulación jurídica que le den los contratantes y de los términos o expresiones usadas en el contrato (al menos, como índice exclusivo a conjugar para su catalogación), porque siempre debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada, según estableció repetidamente el Tribunal Supremo, y esta doctrina, ya incontrovertible en Derecho común, es superlativamente aplicable en la legislación social de Arrendamientos rústicos, por cuanto niega—artículo 1.º de la Ley de 1935—la libertad de estipulación concedida en el artículo 1.255 del Código civil, ya que en otro caso, serían ámbitos los contratantes para aplicar o rechazar los ordenamientos legales con sólo denominar las convenciones en desacuerdo con su naturaleza objetiva, a fin de que, no apareciendo como constitutivas de los negocios jurídicos engendrados del retracto, poder burlar el cumplimiento de estos mandatos legales típicos de derecho imperativo o necesario.

La Sala 5.ª acoge expresamente esta doctrina en numerosas Sentencias (entre otras, las de 1.º de julio de 1941, 18 de marzo de 1942, 1.º y 18 de marzo de 1945, etc.), declarando que «no se determina la naturaleza de las convenciones por el nombre que se las dé, sino por lo que de su propio carácter resulte»; y precisamente la Sala 1.ª sostuvo el mismo criterio respecto al retracto legal en su Sentencia de 9 de mayo de 1925, pues persistiendo en la doctrina de que no lo vitaliza la permuta, declaró que «procede el retracto si las partes califican de permuta un contrato que el Tribunal aprecia constitutivo de compra-venta».

Después de rechazar como viabilizadoras del retracto las transmisiones «mortis causa», aunque en parte revistan carácter oneroso en determinados casos (así lo indica claramente su exclusión del catálogo que formula el artículo 17, al no estimarlas como determinantes de la infracción de la prohibición que establece), pasamos a considerar los negocios jurídicos más importantes a los fines interesados.

a) *Compra-venta.*

Evidente es su subsunción en la dición legal, ya que es la transmisión de propiedad por esencia y necesariamente ha de efectuarse mediante precio, según el artículo 1.455 del Código civil.

Por ello, nos limitamos a hacer las siguientes Indicaciones: 1.ª) La venta o transmisión ha de realizarse en favor de persona que no sea condueña de la finca, colindante o familiar a efectos de la preferencia de sus respectivos retractos, pues entonces permanece nonnato el del arrendatario en virtud de la prioridad que a aquéllos otorga el precepto comentado. Análogicamente admite esta tesis la Sentencia de 4 de diciembre de 1896, y la Sala 5.ª en la de 11 de junio de 1945. 2.ª) No surge en la venta realizada por expropiación forzosa, ya que el interés público operante en la adquisición de la finca debe prevalecer sobre el privado del arrendatario, a pesar del carácter social que ostenta; pero sí procede en las ventas forzosas o voluntarias, públicas y privadas. Análogicamente conduce a esta solución el mandato formulado por el artículo 1.636 del Código civil. 3.ª) Se vitaliza este derecho de retracto en cuanto se realiza la venta, con independencia de las vicisitudes que respecto a su mantenimiento, rescisión o anulabilidad ocasionen los intervinientes; de modo es que, aun efectuada la retroventa por conveniencia de éstos, opera libremente el retracto. Así lo establecen las Sentencias de 13 de abril de 1896, 10 de mayo de 1904, 26 de febrero de 1916 y, concretamente, la de 12 de octubre de 1912, al declarar que «el derecho de retraer nace al celebrarse la venta y desaparece al anularse el contrato o rescindirse por causas legales, pero no si la nulidad o rescisión se debe a la voluntad de las partes. 4.ª) Completando lo que antes dijimos respecto al particular, debemos indicar que si bien la Sentencia de 27 de octubre de 1933 estableció que «para ejercitar el retracto basta la perfección de la venta, aunque no se haya consumado», posteriormente ha cambiado el Tribunal Supremo de criterio, pues en Sentencias de 20 de mayo de 1943 y de 21 de diciembre de 1946, de la Sala 1.ª, declara que «el retracto sólo puede tener lugar cuando la venta está consumada, esto es, cuando el vendedor ha transmitido al comprador el dominio con la posesión de la cosa mediante la tradición real o simbólica». 5.ª) Recuerde el lector lo que anteriormente dijimos sobre la ineficacia de la promesa de venta respecto a la creación del retracto, ya que sólo cons-

tituye mera expectativa de transmisión, con el consiguiente derecho expectante del arrendatario para retraer la finca—Sentencias de 21 de febrero de 1944, 4 de julio y 16 de abril de 1945, etc., de la Sala 5.ª— 6.ª) Respecto a las ventas con pacto de retro se discutió si originaban o no la creación del retracto, porque no se había precisado suficientemente los efectos que dicha convención ocasiona a pesar de la declaración formulada en el artículo 1.511 del Código civil, pero una vez que se admitió como indudable que, a diferencia de lo que sucede con el «pactum reservati domini», el dominio de la cosa vendida se transmite íntegramente al comprador por efectuarse la transferencia dominical sin esperar a que venza el plazo del retracto—Sentencia de 7 de diciembre del año 1925—y aun cuando el dominio transmitido esté, sin embargo, sujeto a la resolución por propio poderío del vendedor al querer ejercitar el derecho de rescate—Sentencia de 23 de mayo de 1944—, resultaba evidente que la transmisión en venta sujeta a retracto convencional no impedía el ejercicio del mismo derecho de origen legal, aunque esté subordinado a los efectos de aquél, pues según el artículo 1.511 del Código civil, «el comprador con pacto de retro sustituye al vendedor en todos sus derechos y obligaciones», salvando, claro es, los efectos de la Ley Hipotecaria con relación a terceros adquirentes.

b) *Permuta.*

Reiteradamente había negado el Tribunal Supremo, respecto a los retractos legales de Derecho común, que esta transmisión sirviera para crearlos—Sentencias del 9 de julio de 1903, 7 de julio de 1915, etc.—, y aunque en otras Resoluciones (por ejemplo, las Sentencias de 14 de mayo de 1912, 9 de mayo de 1925, etc.), sostuvo lo contrario, ello fué debido a que si bien los contratantes habían considerado como permuta el contrato transmisional e incluso lo denominaban así, en realidad existía compra-venta encubierta bajo tal denominación.

En la legislación sobre arrendamientos rústicos no cabe dudar de que debe mantenerse la tesis opuesta si se considera la amplitud comprensiva de la frase «transmisión a título oneroso», ya que resulta manifiesto que la permuta tiene este carácter, por cuanto que el arrendador o propietario permutante recibe compensación en su patrimonio jurídico y económico por lo que se desprende, y si bien es cierto que las palabras usadas por el precepto comentado siempre se refieren al «comprador-vendedor-venta», pareciendo así que exclusivamente se refieren a la típica compra-venta, la clara expresión antes subrayada no admite distinguos fundados en locuciones gramaticales que, en el mejor de los casos, serían simples indicios frente a la manifiesta voluntad del Legislador para conceder el retracto «en todas las transmisiones a título oneroso».

Nuestra tesis es confirmada por el contenido del segundo inciso del párrafo primero del precepto que nos ocupa, cuando advierte que «si la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico, el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos» (los del artículo 1.518 del Código), pues evidente resulta que este supuesto ocurre única y exclusivamente en la permuta, conforme a lo establecido por el artículo 1.538 de dicho Cuerpo legal.

El Tribunal Supremo acepta también esta doctrina en las Sentencias de la Sala 5.^a de 11 de junio de 1945, 1 de diciembre de 1947, etc.

c) *Censo reservativo.*

Ya sabemos que éste consiste en un contrato por el que una persona cede a otra el dominio de una o varias fincas de su propiedad, reservándose el derecho a percibir, con carácter indefinido o perpetuo, una pensión anual sobre aquella finca y que debe pagar el censatario. Esta definición formulada por Planas y Casals, coincide en lo substancial con el concepto que de tal entidad jurídica contiene el artículo 1.607 del Código civil.

Evidente es que mediante este censo se transmite integralmente la propiedad de la cosa, según advierte de modo expreso el citado artículo, y a simple vista se aprecian sus analogías con la compraventa, pues, como ya declaró la Sentencia de 11 de julio de 1902, concurren todos los requisitos esenciales de ésta, pudiendo decir que se trata de una venta especial en la que el comprador no paga el precio en el momento de realizarse la entrega; si bien ha de considerarse que siempre continúa en manos del transmitente la facultad de imponer la rescisión—es decir, el comiso—y esto resulta incompatible con los efectos definitivos de la compraventa.

El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión en sentido positivo por considerar esta modalidad transmisoria como originadora del retracto, y así, en Sentencias de 9 de marzo de 1893, 11 de junio de 1902, etc., declara que «la constitución del censo reservativo debe estimarse venta a los efectos del retracto, por transmitirse el dominio pleno de un inmueble a cambio de una pensión redimible a metálico por cantidad cierta, equivalente al valor del mismo inmueble».

d) *Prenda o hipoteca.*

Evidente es que su simple constitución no crea el retracto porque no motiva transmisión de la propiedad; pero llegado el momento de la ejecución por no pagar el deudor, o sea el arrendador de la finca, surgirá aquel derecho al efectuarse la adjudicación.

e) *Renta vitalicia.*

De acuerdo con lo indicado por el artículo 1.802 del Código civil, puede definirse—como lo hace Castán—diciendo que constituye un contrato aleatorio por virtud del cual una persona queda obligada a pagar cierta pensión o rédito anual durante la vida de otra u otras determinadas, a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se le transfiere, desde luego, con la carga de la pensión.

Evidente es su analogía con la compraventa, por cuanto existe una transferencia de dominio y un precio, pero entre ellas media la diferencia esencial de que éste no es cierto, sino aleatorio.

Tal es el motivo de que generalmente no acepten los autores esta transmisión como vitalizadora del retracto; mas aun siendo discutible la corrección de esta doctrina con relación a los de Derecho común por virtud de la restringida dicción del artículo 1.521 del Código, es rechazable de modo manifiesto con referencia al retracto que nos ocupa si se considera la amplitud de comprensión deducible de la frase «transmisión a título oneroso» usada por la Ley a este fin, ya que no cabe duda alguna de que la renta vitalicia encaja en su ámbito.

f) *Transacción.*

Ciertamente que se asemeja más a la dación en pago que a la compraventa a causa de la naturaleza del contrato transaccional, pero también resulta evidente que en parte es análogo a ésta por concurrir en él sus mismos requisitos o elementos integrantes, máxime si para realizar la transacción se recibe cantidad en dinero o signo equivalente por quien cede la finca, pues en tal hipótesis resulta comprendida, sin género alguno de duda, en la frase legal antes subrayada.

El Tribunal Supremo admitió esta tesis incluso con referencia a los retractos legales de Derecho común, declarando, en la Sentencia de 31 de marzo de 1899, que «las daciones en pago por medio de transacción están incluidas en este artículo (el 1.521 del Código) si puede conocerse el precio que impliquen, ya se realice aquélla voluntariamente o necesariamente, como si, por consecuencia de deudas, es declarado en quiebra y la sindicatura cede el dominio a un tercero».

g) *Transmisión separada del usufructo o nuda propiedad.*

Surgen dudas sobre esta modalidad transmisoria, ya que la Ley no distingue respecto al particular y, por consiguiente, cabe discutir si habrán de estimarse aptas, al efecto de crear el retracto, estas transmisiones limitadas.

Debemos advertir al lector que la jurisprudencia ha contestado negativamente en relación con el Derecho común—Sentencia de 24 de enero de 1928—y respecto al retracto arrendaticio, pues la Sala 5.ª, en Sentencia de 3 de marzo de 1944, declara que «la finalidad inspiradora del otorgamiento de este retracto de facilitar el acceso a la propiedad completa de la tierra a quien la trabaja ciertamente, en vez de obtenerse se malogra, si se entendiese que tal derecho incluye la transferencia del usufructo, pues en su supuesto, el arrendatario que lo adquiere perdería esa cualidad al convertirse en usufructuario, y consiguientemente, si llega el caso de transmitirse la nuda propiedad, ya no le sería posible retraer arrendatariamente, falto de una condición peculiar de arriendo y sólo por éste dable... Por lo dicho, a la transmisión del usufructo no se estima adecuado el retracto arrendaticio, ni la cesión por la misma de facultades opuestas a la continuidad en el disfrute cedido que la Ley protege».

Ante estas taxativas declaraciones jurisprudenciales no queda otro remedio que aceptar solución negativa al problema planteado: mas permítasenos que, con el debido respeto para el Alto Tribunal, mostremos nuestra disconformidad con esta tesis desde el punto de vista teórico, porque es muy fácil burlar las prescripciones legales de carácter «necesario» e «imperativo» con sólo enajenar separadamente las facultades integrantes de dominio, y tal interpretación contradice las normas de hermenéutica legal que tantas veces hemos señalado durante este comentario.

Además ha de considerarse que la tesis jurisprudencial impide totalmente la subrogación del arrendatario en el usufructo o nuda propiedad, pues tal interpretación negativa ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias, y si se niega el retracto en los supuestos de transmisión parcial de las facultades integrantes del dominio, ni podrá ser ejercitado cuando se transmita primeramente una de aquellas ni al cederse la otra; en cambio, con la solución contraria podría al menos adquirir la que se transmite durante su titularidad simplemente arrendaticia.

Sería justo a estos efectos, para evitar aquellas conductas dolosas, estimar que la Ley permite la subsistencia de la personalidad del arrendatario a fin de adquirir también la otra facultad dominical cuando fuera enajenada, máxime que, en realidad, dicho arrendatario continúa siéndolo de la que no se enajenó o dejó de adquirir a través del retracto y, por tanto, se mantiene parcialmente el estado de hecho necesario a la originación de esta acción, con lo cual queda orillado el inconveniente puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo.

Parece ser que recientemente va evolucionando éste hacia nuestra tesis, pues hace ciertas concesiones que la antes transcrita Sentencia de 3 de marzo de 1944 rechazaba en absoluto. Así sucede en la Sentencia de la Sala 1.ª de 3 de diciembre de 1946; y, por su parte, la Sala 5.ª, en Sentencia de 22 de enero de 1947, establece que «la finalidad que persigue el retracto arrendaticio que

el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 establece, es la de dar acceso a la propiedad de la tierra a quien la trabaja, modalidad de carácter social que no tenía existencia en nuestra legislación civil anterior, y, por ello, es inaplicable la jurisprudencia recaída con anterioridad a la publicación de esta legislación especial de arrendamientos rústicos, la que debe interpretarse en el sentido de que instituciones tan importantes como la del retracto arrendaticio que la misma crea, no puedan ser burladas; y podrían serlo si en el caso de transmisión separada del dominio útil y el directo hubiera de retractarse el ejercicio de la acción de retracto hasta que ambos se consolidasen en una persona, por lo que es más adecuado, al objeto que este retracto persigue, que se ejercite la acción de retraer cuando se efectúa la transmisión de la nuda propiedad, porque ésta supone cambio de titularidad propietaria, que es la permanente, a diferencia de lo que ocurre con la transmisión del usufructo, que es la existencia transitoria, y al extinguirse éste han de refundirse en el nudo propietario los dos dominios que integran el pleno...»

h) *Cesión solutoria de una finca; dación y adjudicación en pago.*

El Código civil menciona expresamente, en el artículo 1.521, la «dación en pago» como creadora de los retractos legales que establece, siendo lógica esta posición ante la manifiesta analogía existente entre ella y la compraventa.

La expresión del precepto comentado—«todo caso de transmisión a título oneroso»—obliga a comprender en su ámbito la dación y adjudicación; mas se impone hacer ciertas distinciones con el intento de precisar algunos negocios jurídicos cuyo contenido es muy semejante al de éstas, pero que en realidad no llevan implícita enajenación de dominio.

En puridad dogmática cabe distinguir ambas transmisiones, a pesar de sus muchas analogías, con el pago por cesión de bienes, ya que la dación o adjudicación son conocidas como «*cessio in solutum*» y el pago por cesión es «*cessio pro solvendo vel solvendi gratia*», y de esta distinta naturaleza se origina diversidad de efectos, según veremos seguidamente.

1.º) *Pago por cesión de bienes o "cessio pro solvendo vel solvendi gratia".*—Consiste en el abandono que de sus bienes hace el deudor insolvente en favor de los acreedores para que los realicen y apliquen cuanto obtengan a solventar sus créditos; pudiendo ser convencional y judicial, según se lleve a cabo por acuerdo privado entre deudor y acreedores o intervenga la Autoridad judicial: bien lo haga el deudor no comerciante—concurso de acreedores—o el comerciante—quiebra propiamente dicha—:

mas así como aquélla requiere el consentimiento de todos los acreedores como único requisito para su existencia (Sentencia de 11 de mayo de 1912), la judicial exige varias condiciones reguladas en la Ley de Enjuiciamiento civil y en el Código de Comercio o Leyes que le complementan.

Sus efectos y elementos constitutivos sirven para distinguir esta cesión de la dación o adjudicación en pago, pues éstas no requieren como presupuesto vitalizante la insolvencia del deudor ni alcanza a la universalidad de bienes y derechos de aquél, en tanto que la cesión necesita ambos elementos. Además, la cesión, según el artículo 1.175 del Código civil y citada Sentencia de 11 de mayo de 1912, sólo extingue la deuda hasta el importe obtenido con la liquidación del patrimonio cedido; por el contrario, la dación en pago extingue totalmente la deuda. Aquélla, de acuerdo con dicha Sentencia y las de 9 de diciembre de 1943, 7 de enero de 1944, etcétera, no transmite la propiedad de los bienes cedidos a los acreedores y solamente les concede su posesión y administración más el mandato para proceder a su venta aplicando los valores obtenidos al pago de las deudas; la dación en pago transmite íntegramente la propiedad de una cosa.

Ahora bien: ¿puede crear el derecho de retracto esta cesión de bienes? Prescindamos de la hipótesis de que al realizar la cesión se acuerde especialmente transferir su propiedad (en este caso existe realmente dación en pago), y pensemos en que dicha cesión comprende varios bienes que se transmiten en pago de diversas deudas cuya cuantía y certeza se desconoce, pues unas sólo han de solventarse parcialmente, otras quedan excluidas según el orden de preferencia a seguir en la aplicación de los valores obtenidos, etc., y, por consiguiente, faltando la certeza del precio, queda obviada la subrogación, que, como ya hemos repetido, es el nervio del derecho de retracto, máxime que en realidad no se transmite la propiedad de las cosas cedidas, según declara la Sentencia de 11 de mayo de 1912 antes transcrita.

Claro es que la liquidación de bienes puede ir acompañada de verdaderas daciones o adjudicaciones en pago cuando se entregue (por ejemplo: en vía de transacción) determinada finca a un acreedor concreto que acepta la transferencia en pago de su deuda, pero si entonces se crea tal derecho será a consecuencia de la dación y no de la cesión, hasta el extremo de que será la fecha de aquélla y no la de ésta la computable en la fijación de los plazos. A estas pseudo-cesiones es únicamente aplicable la doctrina establecida en la Sentencia de 31 de mayo de 1889, antes citada, cuando declara que las daciones en pago por medio de transacción están incluidas en el artículo 1.636 (cuya dicción es semejante a la del precepto comentado respecto a la originación del derecho de retracto en la enfiteusis) «si puede conocerse el precio que al condeño deba ser declarado.... ya sea voluntaria o necesariamente,

como si, por consecuencia de deudas, es declarado el deudor en quiebra y la sindicatura cede el dominio a un tercero.

De cuanto antecede se deduce que el mero hecho de ceder una finca en las condiciones expuestas no crea «per se» el retracto, hasta que en concreto se adjudique por cuantía conocida para pagar cualquier deuda, y, por tanto, el plazo retractual no comenzará a correr hasta que el arrendatario conozca, o le sea notificada por el adjudicatario, esta entrega concreta; bien entendiéndolo, además, que en el caso de que la cesión sea global y, en su virtud, no llegue a valorarse independientemente la finca arrendada, entrará en juego el índice subsidiario de valoración en función de la renta capitalizada (véase apartado c) del § 6).

2.º) *Dación y adjudicación en pago o "cessio in solutum".*—Ambas instituciones jurídicas son idénticas en cuanto a la naturaleza y efectos; sólo se distinguen en cuanto a su origen inmediatamente voluntario o forzoso por intervenir cualquier Autoridad en la adjudicación, si bien ésta suele ocurrir generalmente en las transmisiones hereditarias.

Corresponde al Derecho común el estudio de esta figura jurídica; mas siguiendo nuestra norma de intentar ayudar a la mejor comprensión de los ordenamientos legales facilitando una visión conjunta, haremos ligeras indicaciones sobre ella después de haber estudiado ya sus diferencias con la cesión de bienes «para» pago de deudas.

Realmente constituye una excepción a la exigencia de que el deudor entregue precisamente la cosa que debe y no otra (principio de identidad de la prestación), pudiendo ser definida como el contrato (la adjudicación es simple acto, generalmente) por el que determinado acreedor consiente en recibir cosa distinta de la que se le debe, a fin de extinguir mediante esta entrega totalmente su obligación.

Aun cuando se discute su naturaleza (unos la consideran como modalidad de novación objetiva acompañada de la facultad de ejecución inmediata contra la cosa entregada; otros la catalogan como simple efecto solutorio de la autorización concedida por el acreedor al deudor para que solvente la obligación entregando cosa distinta de la debida, etc.), está considerada casi unánimemente como contrato análogo a la compraventa, pues que en ella concurren los elementos esenciales de ésta, o sea la transmisión de la propiedad de una cosa y precio cierto, a diferencia de lo que sucede, según vimos, en la «cessio pro solvendo» o pago por cesión, al desconocerse la cuantía de la deuda o la que en realidad va a ser satisfecha.

El Código civil carece de regulación específica de este instituto solutorio, y ante la necesidad de disciplinarlo, se ha acudido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la Dirección de los Registros al remedio de equipararla a la compraventa siguiendo

la indicación de citado Cuerpo legal que siempre sitúa ambos contratos en el mismo plano de posibilidades—arts. 1.521 y 1.536—, y expresamente lo declaran así las Sentencias de 21 de diciembre de 1905, 9 de enero de 1915, 10 de agosto de 1918, Resoluciones de 14 de noviembre de 1891, 13 de diciembre de 1934, etc.; pero la que con mayor claridad y concisión sintetiza esta doctrina es la Resolución de 8 de febrero de 1941.

De esta equiparación se deduce lo siguiente: a') Para que en virtud de un acuerdo celebrado con los acreedores al amparo del artículo 1.139 de la Ley de Enjuiciamiento civil se considere realizada la transmisión de los bienes del deudor a éstos, convirtiéndose, por una especie de novación, la cesión en dación en pago, ha de haberse consignado de una manera terminante—Sentencia de 11 de mayo de 1942—; b') Cuando no pueda conocerse la intención de las partes sobre si la cesión fué «pro solvendo» o «in solutum» (es decir, pago por cesión o dación en pago), habrá de considerarse existente aquélla, de acuerdo con el sentido del artículo 1.170 del Código civil; c') Si la dación se realiza con el pacto de mediatizar la extinción de la deuda a cualquier circunstancia relacionada con la cosa entregada, se convierte en «cessio pro solvendo» con las consecuencias señaladas al examinar esta figura jurídica, y, concretamente, con la no creación del derecho de retracto que nos ocupa; d') Como el vínculo obligacional se extingue coetáneamente a la entrega de la cosa en dación, aunque el acreedor la pérdida no revive su crédito antiguo, sino que solamente tendrá en su favor los beneficios de evicción y saneamiento, pues lo definitivamente extinguido no puede resurgir: análogicamente se deduce así del artículo 1.849 y de la equiparación indudable entre dicho contrato y la compraventa; e') Son aplicables a la dación, hablando en términos generales, las normas jurídicas propias de este contrato. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo respecto a la capacidad para concertarla—Sentencia de 10 de agosto de 1918—y en lo que se refiere a los vicios de la cosa y derechos y obligaciones de las partes—Sentencia de 21 de diciembre de 1905 y 9 de enero de 1915, etc.—; f') La «adjudicación en pago» consiste, según indicábamos anteriormente, en una modalidad de la «cessio in solutum» caracterizada por su origen forzoso respecto al deudor. Implica decisión autoritaria de tipo administrativo o judicial y hasta del representante legal que asume la liquidación de un patrimonio—herencia, bienes del concursado o quebrado, etc.—para realizar la transmisión de la cosa a fin de que mediante ella se solvente la deuda reclamada ante las Autoridades cuyo amparo solicita el acreedor; g') Suele hablarse de adjudicación «en» pago o «para» pago de deudas; mas ya se ve que la primera es la verdadera dación forzosa o «cessio in solutum» y la segunda constituye simple pago por cesión o «cessio pro solvendo»; por tanto, habrá de prescindirse de la palabra «adjudicación» que conviene a ambas modalidades y fijarse exclusivamente en si se realiza «en» o «para» pago de deudas. En el primer

supuesto origina el derecho de retracto, pero no en el segundo, salvo en la hipótesis de que exista pacto expreso en contrario por convenir la extinción total de la deuda mediante la simple entrega de lo adjudicado, o de que el adjudicatario adquiriera, desde luego, la propiedad de la cosa con la obligación de solventar determinada deuda, pues en ambos supuestos se convierte en «adjudicatio in solutum» y no opera la forma extrínseca de «adjudicatio pro solvendo»; h') Claro es que no hace falta que la adjudicación se realice mediante subasta pública o privada, aunque esta modalidad de contratación es la más típica y adecuada a su carácter, pues también puede efectuarse privadamente. Ahora comprenderá el lector por qué sostuvimos antes que la prenda e hipoteca no originaban el retracto en favor del arrendatario cuando se constituían y que sí lo creaban en el momento de ejecutarse la obligación por cualquiera de los procedimientos aptos a tal efecto, ya que entonces existe verdadera «adjudicación en pago de deudas»; i') Considerando que en estas figuras jurídicas no existe precio a entregar, ya que estriba en el importe de la deuda que trata de satisfacerse, resulta indudable que el precio notificable al arrendatario y el que éste ha de pagar para obtener la finca será el importe de aquélla.

i) *Donación.*

De propósito hemos dejado el examen de esta transmisión para hacerlo en último lugar, pues la Reforma introduce innovación en el texto primitivo a fin de regular específicamente tales transmisiones, en él silenciadas por carecer de toda normación sobre el particular.

Al efecto establece que «la donación *inter vivos*, con excepción de la de por razón de matrimonio, de finca sujeta a arrendamiento, comprendida en el párrafo primero del artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, otorgada a favor de quien no fuere heredero forzoso del donante, conferirá al arrendatario el derecho a exigir del donatario que le sea vendido el inmueble por un precio equivalente, deducido el importe de las cargas redimibles a que, en su caso, se hallare afecto, al valor que en la escritura pública de donación le hubieren asignado las partes, incrementado en la suma a que ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fundo donado. Si sólo una parte de la total extensión de éste hubiere sido cedida en arrendamiento de la mencionada clase, el derecho que el presente párrafo atribuye al colono se entenderá referido únicamente a la superficie arrendada».

La defectuosa sintaxis o redacción de estas normas nos obligan a estudiarlas separadamente, ya que sólo así se comprenderá con facilidad la verdadera intención del Legislador.

Antes de comenzar su estudio, debemos hacer constar que,

como la donación no encaja en la dicción del artículo 1.521 del Código civil cuando alude a las transmisiones determinantes de los retractos legales, no cabe reconocer a sus titulares la posibilidad de alegar su preferencia establecida por el precepto comentado frente al colono, ya que, lo mismo en la hipótesis de que éste sea precisamente el donatario como en la de que no lo sea y ejercite el retracto contra el donatario, nunca les correspondía este derecho a comuneros, colindantes, etc.

1.º) *Requisitos para crear el retracto.*—Además de los de carácter general ya estudiados en relación con las demás transmisiones onerosas, se requieren ineludiblemente los siguientes: a') Donación *inter vivos*; b') Finca sujeta a arrendamiento especialmente protegido; c') Donatario que no sea heredero forzoso; y d') Que aun concurriendo todos los anteriores, no resulte afectada la transmisión por alguna de las excepciones que luego indicaremos.

Por tanto, faltando cualquiera de estas exigencias, no se viabilizará el retracto, ya que la regulación precisa de que ahora es objeto la donación a estos efectos indica claramente que en cualquier otro supuesto distinto al previsto por el Legislador, no crea aquel derecho, según se deduce de los axiomas «*inclusionis unus, exclusionis alterius*» y «*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*».

a') Es indiferente la modalidad que adopte la donación *inter vivos*, pues todas las clases existentes según el Código civil y la doctrina quedan comprendidas en el texto comentado conforme a otro axioma legal: «*ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*». Mas ha de tratarse de verdadera donación *inter vivos*, ya que, de acuerdo con los axiomas antes enunciados y con el contenido del artículo 17 de esta Ley, que también excluye de sus prescripciones las *mortis causa*, no viabilizan nunca el retracto.

El criterio diferencial básico entre ambas categorías de donaciones consiste en el momento en que han de producir sus efectos, pues si son supeditados al fallecimiento del donante la donación es *mortis causa*, y si los causan en vida de éste es *inter vivos*. Existen también otras diferencias (revocación, forma, aceptación, etcétera), pero como el estudio detallado de esta exigencia corresponde al Derecho común, no insistimos más sobre el particular, máxime que la Sentencia de la Sala 1.ª de 6 de marzo de 1945 aclara definitivamente la cuestión en forma muy interesante.

b') La donación ha de afectar a finca arrendada en virtud de contrato especialmente protegido; y teniendo en cuenta lo que respecto a este dato hemos explicado anteriormente en relación con las demás transmisiones, tampoco insistimos en su estudio; pues, además, la mención por el texto examinado del supuesto de que tan sólo esté arrendada parte de la finca objeto de donación, equivale a una remisión integral a lo ordenado en el párrafo octavo de este precepto, por lo que resulta aplicable cuanto dijimos en el apartado c) del § 6 en razón a la analogía manifiesta que existe entre ambos ordenamientos.

c') Con el fin de evitar fraudes y de respetar en lo posible los intereses familiares hereditarios, no se concede el retracto cuando el donatario sea un heredero forzoso del donante, y como la Ley, obrando lógicamente, no formula prescripciones sobre la materia, resultará que para valorar este requisito deben considerarse los dictados del Código civil y legislación foral respecto al asunto.

Téngase en cuenta que, según el artículo 628 de dicho Cuerpo legal, «las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta», y esta doctrina es aplicable analógicamente cuando la «interpositio personae» se use para encubrir la donación hecha realmente en favor de extraños.

d') Ya hemos advertido que, no obstante la concurrencia de todas estas condiciones, existen dos casos de excepción que excluyen el retracto.

La primera consiste en la restricción establecida en el párrafo décimo respecto al colono que sea propietario de más de cien hectáreas en secano o de diez en regadío, pues la amplitud con que es enunciada, la negación que su texto hace de «todos» los derechos concedidos por el precepto al arrendatario, y su colocación posterior al párrafo ahora en estudio, evidencian que también afecta al contenido de éste.

La otra excepción estriba en la hipótesis de que la donación se efectúe por «razón de matrimonio», y precisamente es esta alusión, por el lugar en que se hace, la que oscurece el sentido del texto comentado, el cual se comprende mejor si dicha mención se coloca al final del párrafo, pues tal es, en realidad, la intención del Legislador.

No nos corresponde estudiar esta modalidad de donación, ya que, al igual que sucede respecto a los herederos forzosos, la Ley se remite íntegramente a la legislación común y foral en este extremo y, por tanto, sus dictados han de considerarse para valorar esta exigencia, que, generalmente, encierra graves dificultades. El Código las regula específicamente a partir del artículo 1.327.

La prueba de estas excepciones corresponde al demandado donatario, por ser «hechos obstativos» del «constitutivo» consistente en la concurrencia de los demás requisitos que viabilizan el retracto en la hipótesis que nos ocupa y que habrá de ser demostrado por el arrendatario: Así se desprende del artículo 1.214 del Código civil y de las Sentencias tantas veces citadas.

2.º) *Elemento personal.*—La Ley menciona, como titular activo, al «arrendatario»; mas también ha de comprenderse en esta locución al «aparcero» en quien concurren las exigencias acabadas de examinar, según explicamos en el apartado 3.º del § 2.

Asimismo alude al «donatario» como obligado por los dictados que formula, pero en virtud del carácter real atribuible a esta acción de pseudo-retracto, la obligación de vender la finca alcanza a cuantas personas la hayan adquirido de aquél por cualquier

título, quedando anuladas estas transmisiones intermedias (véase § 5).

Claro es que el deber de notificar la transmisión impuesto por el párrafo tercero del precepto sobre el «comprador», ha de relacionarse integralmente con el «donatario» para efectuar la traslación gramatical apropiada al supuesto contemplado, y lo propio sucede respecto al mandato del párrafo segundo referente al «vendedor».

3.º) *Elemento temporal*.—Esta especie de retracto concedido al arrendatario tiene la misma duración que el ordinario, contándose el plazo a partir de la consumación de la donación; mas ¿cuándo ocurre esto?

El problema corresponde al Derecho común, y por ello nos limitamos a hacer constar que el artículo 623 del Código civil establece que «la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario», y que el 629 advierte que «la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación»; pero esta contradicción se resuelve generalmente en el sentido de conceder preferencia a los dictados del 623 por ser de carácter especial y estar de acuerdo con la teoría general de los contratos establecida, en lo que al particular se refiere, por el artículo 1.262, cuando dispone que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento».

4.º) *Contenido*.—Si se contrasta la naturaleza del derecho que ahora se concede al arrendatario con la propia del retracto legal según el artículo 1.521 del Código civil, comprenderemos que en puridad no se trata de verdadero retracto, toda vez que aquél no se subroga directamente en la donación, y ello es lógico por el carácter «intuitu personae» de ésta. Pero en definitiva se llega al mismo resultado a través de la venta que se impone al donatario; de modo es que subsiste íntegramente la donación, a todos los efectos, entre éste y el donante; mas respecto al arrendatario se ha de pensar en que tan sólo existe pura y simple compraventa en relación con aquél.

Los reintegros a efectuar por el retrayente son los mismos que los establecidos por el artículo 1.518 para los retractos ordinarios, y como la deducción del importe de las cargas redimibles es sumamente fácil de efectuar, pues que por mandato del artículo 633 han de constar en la escritura pública en que se constate la donación, no nos detenemos en su estudio, remitiéndonos a lo que sobre el particular exponemos en el § 11. Sólo diremos que no se consideran como «gastos de transmisión» el importe del impuesto de Derechos reales, pues, en definitiva, el donatario sigue benefi-

ciado con el valor de lo donado aunque se sustituya la finca por su valor.

También debemos indicar que por imperativo legal ha de constatare en la escritura este valor; mas si por cualquier motivo no pudiera ser conocido con precisión, entrará en juego el índice de valoración subsidiario con arreglo a la renta, según razonamos en el apartado c) del § 6.

No obstante el carácter de la nulidad atraída por las circunstancias de que no se constate la donación en escritura pública o no se cumplan en ella los requisitos exigidos por el artículo 633 del Código civil, o cuando no ostenten los intervinientes plena capacidad necesaria al efecto, el arrendatario no podrá impugnar su validez; de la misma manera que la anulación o rescisión de la donación a instancia del donante o de terceros interesados, incluso por las causas de revocación establecidas en la Ley, no afectan a aquel retrayente para privarle de la finca, pues la transmisión ocasionada por el retracto es definitiva y se impone a todos. En aludidos supuestos se sustituirá la cosa donada por su valor a efectos de la posible restitución.

Damos fin a esta Exposición recordando que, por mandato de la Transitoria 2.^a de la Ley reformadora, estas nuevas prescripciones han de tenerse en cuenta para resolver los litigios pendientes.

§ 10

5.º) EFECTOS DEL RETRACTO.

Teniendo en cuenta que afecta al patrimonio jurídico o económico de varias personas, estudiaremos separadamente los distintos aspectos del problema, pues aunque algunos de ellos (por ejemplo, en relación con el deber de notificar la existencia del arrendamiento y la transmisión) no guardan conexión con el retracto propiamente dicho, toda vez que deben antecederle en lo temporal, ante la conveniencia de sistematizar esta Exposición realizaremos ahora su estudio, aun cuando sólo sea mediante las oportunas referencias.

a) *Adquirente demandado.*

Queda privado de la finca en mérito de la subrogación creada por el retracto, pero conserva las acciones derivadas de la infracción del mandato establecido por el artículo 17, según veremos en el apartado 4.º) del § 18.

El artículo 1.525 del Código civil declara aplicable al retracto legal lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518 respecto al convencional, y aunque la aceptación exclusiva de este último precepto por el comentado pudiera inducir a la creencia de que en el

retracto arrendaticio no opera el artículo 1.511 (declara que «el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones»), es correcta la tesis contraria, porque la técnica jurídica exige admitir que el adquirente de la finca sustituye al arrendador en la integridad del complejo jurídico que ostente sobre ésta; por tanto, no pueden transmitirse más derechos que aquellos de que estuviera investido el transmitente, e incluso continuarán condicionados en la misma forma que lo hicieren en relación con éste.

Así pues, la transmisión de la finca origina subrogación integral del adquirente y, como consecuencia lógica, sustitución del arrendador por el titular adquisitivo, pudiendo ejercitar todas las acciones que correspondan a aquél, e incluso la de desahucio por causas vigentes al efectuarse la transmisión. Mas no debe olvidarse que cuantos actos o negocios jurídicos realice el adquirente quedarán subordinados a la condición resolutoria de que el arrendatario ejercite el retracto, según lo da a entender analógicamente el artículo 1.620 del Código civil al ordenar que habrá de recibirse la cosa objeto de retracto libre de todas las cargas impuestas por el adquirente; demostrando, además, el contenido del artículo 1.509 que si transcurrido el plazo legal para el ejercicio de la acción del retracto no lo hace el arrendatario, quedará definitivamente consolidado el derecho del adquirente (el apartado 10 del artículo 107 de la vigente Ley Hipotecaria reconoce a éste la facultad de hipotecar los bienes sujetos a condición resolutoria, si bien advierte que la hipoteca quedará extinguida al resolverse el derecho del hipotecante).

Antes de tener lugar el retracto le impone el precepto la obligación de hacer saber al arrendatario su adquisición, a cuyo fin establece que «el comprador, por su parte, tendrá la obligación de notificar al arrendatario la compra de la finca o fincas arrendadas para que éste pueda ejercitar el derecho de retracto que autoriza este artículo...».

Nada tenemos que decir sobre estas prescripciones por haberlas estudiado en el § 8, bastando con hacer dos indicaciones: a) Como quedó razonado allí, la infracción de este deber no acarrea ninguna consecuencia para el adquirente, a no ser la posibilidad de que no se inicie el transcurso del plazo retractual hasta que el arrendatario tenga conocimiento de la transmisión. b) La alusión legal a «comprador-vendedor-compra» equivale a «transmisor-transmisión», y la mención del «arrendamiento-finca arrendada» comprende también la «aparcería» o finca cedida a través de esta modalidad arrendaticia.

Sólo con estas ampliaciones es correcta la dicción legal.

b) *Otros adquirentes.*

En el § 5 quedó expuesta la necesidad de demandarlos a juicio a causa del interés que tienen en el asunto en razón a ser causantes intermedios de la adquisición realizada por el demandado.

Sus respectivas adquisiciones y subsiguientes transmisiones quedan mediatizadas al resultado del retracto.

c) *Arrendador transmitente.*

Evidente es que desaparece integralmente su personalidad arrendaticia en cuanto transmite la finca, excepto en lo que se refiere a derechos u obligaciones ya causados, pues si, por ejemplo, el arrendatario le adeuda rentas atrasadas, indemnización por daños, etc., aunque cese como arrendador, podrá reclamarlos, ya que la subrogación sólo opera respecto al complejo jurídico derivado de la evolución normal del contrato, a no ser que por pacto expreso se amplíe también a los derechos y obligaciones ya ingresados en su patrimonio o en el del arrendatario desconectado del arrendamiento: analógicamente se deduce así del artículo 1.511 del Código civil, según queda razonado.

El precepto comentado establece, además, que «en todos los casos de enajenación de una finca arrendada, el vendedor tendrá la obligación de notificar al comprador el arrendamiento a que está sujeta, notificándole la existencia del contrato y los pactos o condiciones del mismo, y exigiendo un recibo de esta notificación».

Comparado este mandato con el formulado en el texto primitivo, puede observarse que no ha habido modificación esencial, limitándose a variar lo referente a la forma en que se debe comunicar al adquirente la existencia del arrendamiento, pues aquél ordenaba al efecto que entregara «el contrato o una copia autorizada del mismo», y ahora bastará con hacerle saber «la existencia del contrato y las condiciones del mismo». La innovación es lógica, toda vez que no se requiere la constatación escrita del arrendamiento para que surta efectos, según el artículo 2.º de la Ley de 1942.

Carece de trascendencia la alusión al recabamiento del recibo justificador de esta notificación, pues en caso de alegarse el incumplimiento de tal deber, no es dicho recibo la única prueba admisible para su acreditamiento, sino que la cuestión quedará afectada al resultado de todas las pruebas practicadas sobre el particular. Por esto consideramos que en realidad sólo se trata de crear garantías para el arrendador mediante la norma que nos ocupa, la cual, por tanto, queda reducida a la categoría de simple recomendación carente de eficacia coactiva.

La única consecuencia derivada de la infracción del deber examinado por parte del arrendador consiste en la posibilidad de que el adquirente reclame la oportuna indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1.902 del Código civil si no conocía la existencia del arrendamiento y prueba la realidad de aquéllos: y sólo en casos muy excepcionales le cabrá pedir la rescisión o anulación del negocio jurídico transmisional antes de que el arrendatario ejercite el retracto

Véase que las locuciones «vendedor» y «arrendamiento» empleadas por el Legislador equivalen, en realidad, a «transmitente» y «arrendamiento-aparcería», según hemos indicado repetidas veces.

§ II

d) *Arrendatario-aparcerero.*

Advierte el artículo examinado que podrá ejercitar el retracto «subrogándose el adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante los reembolsos determinados en el artículo 1.518 del Código civil», coincidiendo, por tanto, este concepto con la definición formulada en el artículo 1.521 de dicho Cuerpo legal sobre el retracto legal de Derecho común.

Esta subrogación opera sin tracto alguno en cuanto a las condiciones del contrato transmisor, por lo que ni el adquirente que pierda la finca ni el retrayente pueden pretender su variación; condiciones que, por otra parte, serán generalmente las «figuradas» en aquél, aunque siempre habrá de reconocerse al retrayente la facultad de impugnarlas, demostrando que las realmente «estipuladas» son otras; de aquí que resulte evidente que la subrogación opera respecto a éstas y no en relación con aquéllas.

A consecuencia de dicha subrogación se extingue por confusión el arrendamiento, ya que desaparece la personalidad contractual de arrendatario y además sustituye al arrendador, pero téngase en cuenta que no opera la extinción frente a tercero y que no actúa con retroactividad; en su virtud, no afecta a los derechos y obligaciones ya causados que no dimanen «in actu» del arrendamiento, cabiendo al primitivo arrendador o al adquirente accionar contra el retrayente para reclamar el importe de rentas atrasadas, daños causados en la finca, etc. Mas, como decíamos en el § 4, aquella extinción queda subordinada a la subsistencia de la adquisición del arrendatario por no ceder ante otro retracto preferente.

La remisión integral hecha por el precepto con relación al artículo 1.518 del Código nos libera de comentar detenidamente sus prescripciones, porque corresponde hacerlo a los Tratadistas de Derecho común. Por tal motivo nos limitaremos a formular ligeras indicaciones que ayuden al lector a comprender su significado cuando declara que «el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta y además: 1.º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida».

Recuérdese que en el supuesto de donación de finca arrenda-

da, el retrayente abonará «un precio equivalente—deducido el importe de las cargas redimibles a que, en su caso, se hallare afecto—al valor que en la escritura pública de donación le hubieren asignado las partes (al inmueble), incrementado en la suma a que ascendiere el importe de los gastos de la transmisión, así como las expensas necesarias y útiles hechas en el fundo donado»; y que cuando la transmisión se efectúe mediante permuta, «el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto, además de los citados reembolsos», realizándose la tasación pericialmente durante el juicio de retracto si no hubiera conformidad de las partes sobre el particular.

Comenzaron las discusiones sobre el significado del transcrito artículo 1.518 al interpretar las palabras iniciadoras de su texto, pues la frase «no podrá hacer uso de su derecho el retrayente sin reembolsar...» llevó a algunos a estimar imprescindible que en cuanto patentice el retrayente su voluntad de retraer, debe reembolsar o consignar el importe del precio y el de los gastos aludidos; mas casi se ha llegado a la conclusión unánime de que para usar el derecho, mejor dicho, para iniciar su ejercicio, bastará con «consignar» el precio en la transmisión, aunque para consumarla haya de «reembolsar» los demás abonos que indica dicho precepto. El Tribunal Supremo lo ha declarado así en sus Sentencias de 16 de octubre de 1906, 8 de diciembre de 1914, 7 de noviembre de 1925, 13 de julio de 1945, etc., aclarando la primera que «ofrecer el precio no es «reembolsar», y esto es lo que ha de hacerse en la demanda de retracto». La Sala 5.^a coincide con esta doctrina en sus Sentencias de 10 de diciembre de 1940, 11 de enero de 1942, 25 de mayo de 1943, 31 de marzo y 24 de noviembre de 1944, etc.; aclarando la de 6 de febrero de 1946 que «por aparecer de los autos de instancia hecha la consignación del precio conocido en el inicio del pleito, así como el ofrecimiento de reembolso y de los demás gastos legítimos que fueran de abono, aparece cumplida la exigencia del artículo 1.518 del Código civil a los efectos del ejercicio de la acción de retracto arrendaticio, sin que esa situación procesal pierda su eficacia por el hecho de estimarse durante el pleito precio más elevado que, en todo caso, el actor ofreció completar». Y en 17 de diciembre de 1948 advierte que «la cuestión de si es necesario, para que la conciliación interrumpa el tiempo de caducidad de la acción de retracto rústico, consignar al tiempo de instarla el precio conocido o dar fianza en otro caso, acerca de la cual tiene que reconocerse la existencia de vacilación jurisprudencial civil, tiene que decidirse, cual con completa precisión lo hizo la Sentencia de esta Sala de 24 de septiembre de 1945, en sentido negativo, o sea, en el de ser innecesaria la consignación en ese momento, bastando al efecto del acto su presentación en tiempo hábil para ejercer la acción y que dentro de los dos meses del mismo se presente la demanda de retracto ya con su consignación o fianza».

1.º) *Consignación del precio.*—A nuestro juicio no es necesario el cumplimiento de esta exigencia en el retracto que nos ocupa, pues al no existir en el Código ni en la legislación de arrendamientos rústicos ningún precepto que la imponga, y teniendo en cuenta que el artículo 1.618 de la Ley procesal civil es el estatuidor de tal requisito, no cabe estimarlo operante, porque, como razonaremos en el apartado c) del § 13, este precepto ritual y sus concordantes son inaplicables en el proceso de retracto que necesariamente ha de seguir los trámites marcados por la Norma 3.ª de la Disposición transitoria 3.ª de la Ley de 1940; de aquí que solamente exista obligación de «reembolsar» cuanto indica el artículo 1.518 del Código, pero no sucede lo propio respecto a la de «consignar» ante la inexistencia de prescripción legal que ordene la realización de esta garantía.

El Tribunal Supremo ha dictado ya varias Sentencias contrariando esta tesis, pues mantiene la obligación de consignar el precio; pero nos parece que en ella obra más como Legislador que como Juzgador al crear garantías y estatuir obligaciones carentes de preciso apoyo legal por quedar derogado íntegramente el procedimiento de la Ley de Enjuiciamientos por el de indicada Norma 3.ª. El propósito perseguido por tales Sentencias es laudable, ya que intenta proteger al adquirente desposeído de la finca mediante el retracto, pero estando condicionada la adquisición de la propiedad por el retrayente a la satisfacción de los reembolsos legales según el tan repetido artículo 1.518, ello es suficiente garantía para los intereses de aquél; sin olvidar, por otra parte, que la interpretación jurisprudencial viola formidablemente el principio rector y básico de hermenéutica en legislación social, que exige se oriente siempre a favorecer a su protegido—en este caso, el arrendatario—, pues la condición previa de la consignación impide o limita en modo superlativo las posibilidades de actuar retractualmente, y sabido es que ha de intentarse siempre lo contrario para hipertonizar el funcionamiento del mecanismo retractual.

Mas, como antes decimos, el Tribunal Supremo viene exigiendo en todos los casos dicha consignación del precio o la oportuna fianza, según vimos por la enunciación de las Sentencias de la Sala 5.ª efectuada al iniciar este apartado, habiendo declarado también que no basta la promesa de consignar o de afianzar el reembolso, sino que es indispensable la realidad de estas conductas según se conozca o no el precio (Sentencias de 10 de diciembre de 1940, 11 de enero de 1942, 25 de mayo de 1943, 31 de marzo y 24 de noviembre de 1944, etc.); «esta consignación, con su general efecto liberatorio para el reembolso de pago, no se estima razonable requerirla más intensa que la prestación obligada..., pues de imponerse al retrayente, en casos como en el de la presente litis, de compraventa con parte del precio aplazado e hipoteca de la misma finca para su seguridad, la necesidad de con-

signar la totalidad del precio contratado, se obtendría un exceso que ciertamente está fuera del concierto y significado del reembolso... Ni el cambio de persona deudora puede contar en el retracto arrendaticio como motivo procedencial del anticipo que implicaría se obligase a consignar todo el precio aplazado no vencido, pues la impuesta especie de inalienabilidad de la finca durante cierto tiempo—artículo 17—asegura la efectividad del crédito.»

(Véanse además sobre el particular cuantas Sentencias hemos mencionado anteriormente y que aluden al aspecto de la consignación del precio, así como la de la Sala 1.^a, de 3 de diciembre de 1946, referente a dicha exigencia cuando se transmita separadamente la nuda propiedad o el usufructo.)

También se discutió en Derecho común sobre cuál fuera el contenido de esta consignación, pues en tanto que algunos la relacionaban con el «valor real» de la finca, otros, los más numerosos, concordaban este deber con el precio asignado en la escritura, sin perjuicio de las acciones que después pudiera ejercitar el retrayente para evidenciar la simulación y obtener el reintegro de lo indebidamente percibido. La Jurisprudencia se orientó hacia esta última tesis, que también compartimos nosotros, y la Sala 5.^a la ratifica, entre otras, en Sentencia de 11 de enero de 1942, declarando que «este precio consignable no debe creerse sea el valor que a la finca se le otorgue, bien por su tasación, bien por la distribución de otro global, medios en verdad supletorios si aquél no se conociere, sino el que efectivamente fuere concertado en la transmisión, a menos que por una u otra circunstancia fuera advertida su fijación con fraude».

Para no incurrir en repeticiones remitimos al lector a lo que exponemos en el apartado c) del § 6 sobre la facultad de reembolsar y consignar el precio resultante de la capitalización de la renta, cuando no pueda ser conocido el asignado a la finca o fincas en la transmisión, pues si bien este índice subsidiario sólo va impuesto por la Ley cuando se trate del retracto de finca parcialmente arrendada, nosotros la ampliamos a todos los supuestos, según queda indicado allí.

La posibilidad de afianzar el precio cuando es desconocido para el retrayente queda establecida en el apartado 2.º del artículo 1.618 de la Ley procesal, que ordena no dar curso a la demanda de retracto mientras no se consigne el precio si es conocido o se afiance su consignación luego que lo sea, y considerando que esta garantía previa es exigida reiteradamente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada en su doble aspecto de «afianza» y «consignación», el Juez ante el que se presente una demanda sin cumplir estos requisitos debe abstenerse de tramitarla hasta que se subsane el defecto, y si entonces hubiera transcurrido ya el plazo retractual, se estimará caducada la acción, pues por «ejercicio» de éstas ha de entenderse, según indicábamos ante-

riormente, su correcta realización cumpliendo todos los mandatos legales que les afecten.

El Tribunal Supremo viene aceptando esta doctrina (Sentencias de 23 de mayo de 1861, 13 de mayo de 1864, 12 de mayo de 1883, 13 de noviembre de 1894, 6 de diciembre de 1918, etc.); pero la duda surgía sobre la posibilidad de que el Juez actuara de oficio para rechazar la demanda aun no mediando la oportuna pretensión del demandado, o si por necesidad debía confiarse a éste la manifestación de la infracción cometida. La jurisprudencia de la Sala 1.^a es vacilante respecto al particular, y lo mismo sucede con la de la Sala 5.^a, pues en tanto que en la Sentencia de ésta de 25 de mayo de 1943 advierte expresamente que «para que la falta de consignación o fianza surta efecto de la absolución de la demanda, es preciso que la parte demandada lo haya alegado oportunamente, y como excepción», la de 18 de noviembre de 1946 parece aceptar la tesis contraria.

La fianza puede ser de cualquiera de las clases admitidas en derecho, ya que el Juez tiene pleno arbitrio para decidir en cuanto al particular, y este remedio subsidiario del afianzamiento puede funcionar no solamente cuando es desconocido el precio, sino también cuando se aplace su pago, pues en esta hipótesis deberá consignarse el ya pagado y afianzar el que queda por abonar.

2.º) *Reembolso de los gastos del contrato y pagos legítimos.* Como este ordenamiento va dirigido a obtener el resarcimiento total del adquirente que pierda la finca, han de admitirse las siguientes Conclusiones: a) Están comprendidos en el concepto no sólo los gastos causados propiamente por la escritura, sí que también los de obtención de copia, impuestos, etc., siempre que el adquirente desposeído por el retracto los haya abonado. b) Realmente han de haber sido causados y abonados todos los pagos y gastos cuyo importe se reclame, pues si a pesar de estar obligado a realizarlos el adquirente dejó de hacerlo por cualquier causa, no procederá su abono, ya que el artículo 1.518 sólo se orienta a proteger a quien pierde la cosa por el ejercicio del retracto, y ninguna garantía concede a tercero o al transmitente respecto al particular. c) De aquí se deduce que conforme a lo dispuesto por el artículo 1.214 del Código civil, el demandado de retracto está obligado a demostrar la realidad de tales gastos y pagos. d) Aun cuando debiera limitarse el ámbito de esta exigencia para impedir que la mala fe del arrendador y del adquirente puedan gravar excesivamente al arrendatario echando sobre éste gastos que según Ley corresponde sufragar al transmitente, la dicción del precepto obliga a considerar como «legítimos» cuantos pagos y gastos realice el adquirente por Ley, costumbre o contrato. e) Ya dijimos anteriormente que respecto a este requisito sólo opera la necesidad de «reembolsar» al adquirente, pero no la de «consignar» cuando se presenta la demanda de retracto. La Sentencia de 9 de febrero de 1916 declara que «no está obli-

gado el retrayente a reintegrar el importe de las costas del pleito seguido entre vendedor y comprador para elevar el contrato de venta a escritura pública, por no ser pago legítimo hecho para la venta, y dichos gastos se refieren a la relación meramente existente entre aquéllos, sin afectar al retrayente». g) De acuerdo con lo antes expuesto, la Jurisprudencia ha declarado que «es imprescindible quede comprobada la necesidad o propia conveniencia de tales gastos» —Sentencia de 12 de febrero de 1904—, añadiendo la de 7 de julio de 1909 que «en las adjudicaciones al acreedor, además del precio en que se adjudica, debe satisfacer los gastos de la subasta y adjudicación, pero no el capital e intereses del crédito y las costas del juicio ejecutivo».

3.º) *Reintegro de gastos necesarios y útiles hechos en la finca.*—También es aplicable a este particular la declaración jurisprudencial que considera innecesaria la consignación de su importe, bastando con reembolsarlo en el momento oportuno.

Siendo innegable que el adquirente de la finca la posee, según el artículo 432 del Código civil, a título de dueño, de acuerdo con lo dispuesto en el 446 resulta que también lo hace con justo título, operando en su favor la presunción del artículo 434 para considerarlo poseedor de buena fe. Este razonamiento obliga a estimar superfluo el ordenamiento comentado, pues que el Código civil regula con precisión los derechos del poseedor así calificado; pero llevado el Legislador de su deseo de advertir que el adquirente privado de la cosa ha de ser indemnizado en tal cuantía por todos los conceptos hasta que no sufra el menor perjuicio en virtud del ejercicio del retracto, llegó a hacer una aplicación concreta de aludidas normas, y como su regulación no es completa ni comprende todos los supuestos que pueden plantearse, resulta que hemos de obtener solución para las cuestiones no previstas acudiendo a las normas estabilientes de los derechos y obligaciones del poseedor de buena fe: siendo esta remisión correcta en relación con la legislación sobre arrendamientos rústicos por cuanto que la motiva el artículo 1.518 como consecuencia lógica de sus mandatos, y el precepto comentado no alude a él como escuetamente aplicable, sino que lo menciona como atrayente del régimen jurídico global que crea o atrae en tanto en cuanto no se dicten normas especiales sobre aspectos relacionados con la posesión disfrutada por el adquirente de la finca que es objeto de retracto.

Sabido es que los gastos a que se alude pueden ser necesarios, útiles y de lujo, según que sea indispensable su realización, o convenga ésta porque a través de lo gastado se beneficie la finca o sus ocupantes, o que, aun no prestando ninguna utilidad, contribuyan exclusivamente a la ornamentación sin ocasionar beneficio objetivo. Pues bien: la enunciación exclusiva de ambas modalidades de gastos y el silenciamiento de los llamados «de lujo» demuestra que respecto a éstos no tiene el adquirente de la cosa,

cuando la pierde por el retracto, ningún derecho a su reembolso ; más no establiéndose nada sobre ellos, entran en juego las antes indicadas normas posesorias, y concretamente el artículo 454, autorizándole a retirar los adornos con que hubiera embellecido la finca si no sufriera deterioro y si el arrendatario no prefriere abonar el importe de lo gastado ; salvando, claro es, la posibilidad de que hubieran sido realizadas tales mejoras por aquél.

Estas mejoras o gastos (nos referimos a los necesarios o útiles) han de ser causados de buena fe, pues, en otro caso, se daría lugar a que se gravara hasta tal extremo al presunto retrayente que de hecho se le impidiera la adquisición de la finca a causa del reembolso tan cuantioso que hubiera de realizar—Sentencia de 3 de julio de 1912—, excepto en el caso de que el presunto retrayente no opusiera reparos de ninguna clase, a pesar de su elevado coste, cuando fueran realizados durante el plazo retractual.

Esta Sentencia ha de contribuir considerablemente a esclarecer la cuestión aunque aluda a supuesto difícilmente planteable en el retracto que nos ocupa, pero asumiendo su doctrina en sentido traslativo y analógico cuando proceda, es evidente su corrección respecto a este retracto, ya que también declara que «sólo tienen el carácter de gastos necesarios y útiles, conforme al artículo 1.518, los exigidos para la conservación o que redunden en provecho, comodidad o interés de la cosa vendida, de cuyas condiciones carecen los que se han de derivar de la construcción de una casa sobre un predio destinado a cereales, para cambiar su naturaleza, sin ventaja para el retrayente, y, además, edificada durante el juicio de retracto cuando su dominio era inseguro, como dependiente del litigio, y con el propósito de burlar la acción del retrayente».

Nóte también el lector que el artículo 453 concede «jus retentionis» a quien pierda la posesión mientras no se efectúe el abono de su importe, pero este derecho es inoperante en la hipótesis de que sea desposeído en virtud del ejercicio de retracto, porque ya le protege la exigencia del artículo 1.518 desde el momento en que mientras no haga el reembolso tiene derecho a negar la adquisición real o material de la finca por el retrayente, y ya se ve que en definitiva ostenta en esta hipótesis un derecho parcialmente semejante al de retención aunque referido a la propiedad que no podrá alcanzar el arrendatario en tanto no efectúe el reembolso integral.

También debemos advertir que en el mismo artículo 453 se concede al vencedor en la posesión, o sea al arrendatario retrayente, «jus optionis» entre abonar el importe de los gastos o el del aumento de valor que por ellos haya adquirido la finca : mas a pesar de que, según dijimos, son subsidiariamente aplicables las normas sobre reintegro de gastos creadas para la posesión genérica, teniendo en cuenta que el artículo 1.518 introduce excepción

precisa a dichas normas porque sólo autoriza el reembolso del importe real de los gastos útiles, no ostenta el arrendatario aludido derecho de opción.

§ 12

6.º) *RECABAMIENTO DEL CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL.*

Ha de reconocerse que la Ley reformadora no es lugar muy propicio para tratar la cuestión que ahora nos ocupa; pero deseando el Legislador culminar la super-protección que concede al arrendatario especialmente protegido, aprovechó la ocasión para ordenar, en la Disposición transitoria 1.ª, que «la facultad que la Ley de 23 de julio de 1942 reconoce a quien adquiera una finca rústica, sujeta a arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo cuarto de la citada Ley, para subrogarse en los derechos del arrendador y exigir del colono, cuando aquél pudiere hacerlo, la entrega del inmueble, comprometiéndose a la explotación directa y personal del mismo durante un plazo mínimo de seis años, no podrá ser ejercitada hasta 1.º de octubre de 1954 en los casos en que dicho adquirente o su causante o causantes hubieren efectuado la adquisición con posterioridad a la publicación de la presente Ley, por título oneroso o por la donación comprendida en el párrafo noveno del artículo 16».

Vea el lector, en primer lugar, que a pesar de nuestra continuada afirmación equiparando la aparcería al arrendamiento a todos los efectos relacionados con el retracto en sus diversas facetas, no son aplicables a aquélla las normas acabadas de transcribir, ya que, como puede apreciarse, se limitan a condicionar la facultad de recabar el cultivo directo y personal de las fincas y esta conducta no afecta ni remotamente a las aparcerías por no establecerlo así ningún precepto, y cuando el propietario recaba la finca por haber expirado el plazo contractual no se le impone dicha restricción ni ninguna otra parecida, pues recobra íntegramente la libertad de disposición sobre ella.

La principal cuestión surgida de tales prescripciones (mejor dicho, la única) consiste en precisar cuáles sean los arrendamientos en ellas comprendidos, ya que aparentemente existe contradicción entre el propio texto legal y la Exposición de Motivos que le precede, al declarar ésta que «A tal efecto, resulta de manifiesta procedencia suspender parcialmente la vigencia del párrafo primero del artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1942 hasta tanto hayan de subsistir por imperativos de la legislación vigente los arriendos de esta clase comprendidos en los párrafos segundo de las dos primeras Disposiciones adicionales de la meritada Ley, no permitiendo que quien, a partir de la fecha de esta Ley, adquiera por título oneroso una finca rústica sujeta a arrendamiento com-

prendido en el párrafo primero del artículo 4.º del mismo texto legal, pueda exigir antes del 1.º de octubre de 1954 del colono o colonos la entrega de aquélla para su cultivo directo y personal».

Pues bien; teniendo en cuenta la alusión a las Disposiciones adicionales de la Ley de 1942 y considerando que la facultad mencionada por el texto va establecida, entre otros preceptos, en los artículos 6.º, 8.º, 9.º y citadas Disposiciones, es dudoso el alcance de la Reforma, ya que, por un lado, parece que sólo debe afectar a los arrendamientos en ellas comprendidos por estar vigentes al publicarse dicha Ley, y, desde otro punto de vista, también parece que, además de estos contratos, se ha de relacionar con los regulados en el articulado de la misma por ser posteriores a tal publicación.

Nosotros optamos por esta última amplia tesis, ya que la Exposición de Motivos carece de fuerza coactiva en lo que pueda contradecir al texto legal del articulado y, además, ni siquiera creemos que exista tal contradicción, pues la mención que hace de las Adicionales se formula para aceptarlas como simple índice de referencia respecto a la fecha hasta cuyo advenimiento haya de suspenderse la facultad de recabar el cultivo, a fin de igualar, en lo que a lo temporal se contrae, ambas categorías de arrendamiento. Pero esencialmente nos fundamos, para mantener nuestra opinión, en que el texto no distingue ni indica a qué grupo de arrendamientos se refiere, sino que tácitamente prescinde de toda diferenciación, y sabido es que «ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus»; sin olvidar, por otra parte, que en el caso contrario se crearía un contraste injusto entre ambas clases de contratos aun haciendo caso omiso, precisamente, de la alusión a las Adicionales hecha en la Exposición de Motivos, por cuyo motivo, en todo caso cabría sostener que tan sólo afectaba la Reforma a los arrendamientos que regulan, mas a esta exclusividad se opone la alusión al artículo 9.º de la Ley de 1942 (en realidad no guarda ninguna relación con estos contratos) y la consideración de que también respecto a ellos son posibles las conductas dolosas orientadas al desplazamiento del cultivador y que pretenden ser orilladas por el autor de la Ley, sin que exista motivo alguno para variar de criterio legal a fin de negar este amparo respecto a unos y concederlo a los otros.

Por tanto, mantenemos que todos los arrendamientos anteriores o posteriores a la Ley de 1942 están afectados por la limitación examinada; mas no sucede lo propio en los que se conciertan después de publicada la Ley reformadora, porque el texto ya advierte que el arrendamiento ha de estar vigente como comprendido en el artículo 4.º de dicha Ley de 1942, además de que respecto a ellos no caben las conductas dolosas contempladas por el Legislador. Este grupo de arrendamientos se regulará íntegra y exclusivamente según el articulado de la misma y el de la Ley de 18 de marzo de 1944.

Pero si, como acabamos de establecer, la Reforma alcanza también a los contratos comprendidos en las Adicionales de la Ley de 1942, ¿qué interferencia motiva la Reforma en las Disposiciones legales reguladoras de dichos arrendamientos?

Estas consisten, principalmente, en la Ley de 4 de mayo de 1948, cuyo artículo 1.º establece que «se entenderán prorrogados hasta el 30 de septiembre de 1954 los arrendamientos de fincas rústicas que, hallándose comprendidos en el párrafo segundo de las Disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley de 23 de julio de 1942, continuasen subsistentes a la publicación de esta Ley. Se exceptúan de la prórroga los casos en que el arrendador se proponga realizar alguno de los fines señalados en el artículo 7.º de aquella Ley, o se comprometa al cultivo personal y directo de la finca arrendada durante un plazo mínimo de seis años».

Contrastando estas normas y las de la Ley comentada observaremos que, según ésta, no puede recabarse el cultivo directo y personal hasta 1.º de octubre de 1954, en tanto que, conforme aquéllas, podía hacerse en cualquier momento con tal de contraer el compromiso pertinente; y, además, la Reforma sólo autoriza a formular esta reclamación en tal fecha, en tanto que la Ley de mayo de 1948 indicaba que entonces se obtendrá la libertad de cultivo, pues no establece ninguna restricción sobre el particular.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el precepto comentado derogó a dicha Ley por ser posterior en el tiempo, se llega a la conclusión de que ésta queda enervada con relación a todos los arrendamientos especialmente protegidos sobre fincas adquiridas con posterioridad a la publicación de la Reforma (día 17 de julio de 1949).

Después de tratar este problema, sólo podemos hacer las siguientes indicaciones: 1.ª) Ténganse muy en cuenta todas las normas que formula el artículo 4.º de la Ley de 1942, pues faltando cualquier requisito para considerar al contrato como «especialmente protegido», no se aplicará el precepto examinado y jugarán libremente las Leyes de 1935, 1940 y 1942 a fin de condicionar la recuperación del cultivo con la exclusiva traba de efectuarlo mediante explotación directa en la forma que establecen. 2.ª) Para el recabamiento del cultivo directo y personal siguen en vigor las prescripciones de la Ley de 18 de marzo de 1944. 3.ª) Véase que el precepto supedita este recabamiento a que el propietario «pueda hacerlo», ya que ha de respetar siempre el plazo contractual o la prórroga en curso, según indican los artículos reguladores de este supuesto. 4.ª) Cuando efectúe dicho recabamiento no hace falta preaviso por ser innecesario respecto a los casos de cultivo directo y personal al no imponerle ningún precepto, en contraste con lo que sucede respecto al cultivo directo. 5.ª) Sabido es que tampoco hace falta contraer expresamente dicho compromiso de cultivo, ya que el mero hecho de recabar la explotación lo lleva implícito (Sentencias de 2 de octubre de 1942, 24 de abril, 9 y 11

de noviembre y 16 de diciembre de 1943, 28 de marzo de 1945, etcétera). 6.ª) No existe ninguna restricción para que el adquirente arrendador pueda ejercitar en cualquier momento la acción de desahucio amparada en los diversos motivos mencionados por la Ley, incluso fundamentándolo en el artículo 7.º de la de 1942. 7.ª) La fecha computable, según el precepto, es la de publicación de la Ley reformadora, lo que tuvo lugar en el *Boletín Oficial del Estado* del día 17 de julio de 1949. 8.ª) Ténganse en cuenta las indicaciones de los artículos 1.218 y 1.227 del Código civil sobre eficacia de la fecha de los documentos públicos y privados respecto a terceros, como lo es el arrendatario no interviniente; permitiéndonos llamar la atención del lector sobre una conducta actual generalmente seguida y que consiste en elevar a escritura pública un documento privado con el fin de que el contrato constatado en éste se considere como realmente otorgado en la fecha en que, según los interesados, fué perfeccionado, ya que la fe notarial no alcanza a estas autodeclaraciones y, por tanto, sigue operando el citado artículo 1.227 del Código civil con el resultado de cuantas pruebas se practiquen sobre el particular. 9.ª) La catalogación hecha en el § 9 al explicar el concepto «transmisión a título oneroso» y cuanto allí decíamos es de pertinente aplicación al supuesto que nos ocupa, quedando comprendido también, por consiguiente, la adquisición mediante retracto, incluso si, por ejemplo, lo ejercita el arrendatario sobre una finca arrendada por parcelas por no haber actuado conjuntamente todos los demás según el párrafo sexto del precepto comentado, ya que también esta adquisición es causada «a título oneroso» en virtud del precio que hubo de abonar. 10.ª) «A sensu contrario» se deduce que las demás adquisiciones efectuadas gratuitamente no quedan comprendidas en la Reforma.

§ 13

7.º) *NORMAS PROCESALES.*

a) *Aspecto transitorio.*

El Legislador se preocupa, en la segunda Disposición transitoria de la Ley comentada, de la acomodación de los litigios pendientes a las nuevas prescripciones, declarando que «los juicios de retracto legal, cuya tramitación se hallare en curso al publicarse esta Ley, serán fallados por los Jueces o Tribunales competentes, haciendo expresa aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, y atemperándose a las normas procesales contenidas en la Disposición adicional séptima de la de 23 de julio de 1942, con la única excepción de que, habiendo absoluta conformidad en los hechos no procederá el recibimiento a prueba».

De aquí se deduce la retroactividad otorgada a las normas de

la Ley reformadora, pues habrán de aplicarse en todos aquellos litigios que no estén terminados por sentencia firme; a cuyo efecto, el Juzgado o Tribunal ante el que estén pendientes las actuaciones concederá «ex officio» el trámite de rectificación de pedimentos por ser de «orden público»; mas véase que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos contemplados por las Transitorias 16.^a y 17.^a de la L. A. U., aquí se autoriza a modificar las alegaciones amparadas en preceptos sustantivos y que incluso esta es la única finalidad perseguida, toda vez que no se introduce modificación alguna en lo procesal, al contrario de lo que sucede en dichas Transitorias. Más aún: cabe que las partes no evacuen el trámite o que lo hagan en sentido negativo y el Juzgado o Tribunal deberá guardar las nuevas prescripciones porque el texto le advierte que hará «expresa aplicación» de su contenido.

La alusión a los «juicios de retracto legal» ha de asumirse con amplitud necesaria a fin de acoger cuantos litigios no acabados por sentencia firme estuvieran pendientes el día 17 de julio de 1949 en que se publicó la Ley reformadora y se relacionaran con la aplicación del antiguo artículo 16 (procedencia del retracto o preferencia entre esta clase de derechos) ó 17 (infracción de la prohibición de transmitir la finca retraída), pues ahora también afecta a este último artículo la acomodación procesal tratada, por cuanto que se concuerda con todo el «artículo 1.º» de dicha Ley, y en él se contiene la modificación de los artículos 16 y 17. O sea que la acomodación afecta a todos aquellos litigios que se relacionen, aun indirectamente, con el retracto legal, a pesar de que específicamente no estén encaminados al ejercicio de esta acción.

Para viabilizar la concordancia de legislaciones indica el Legislador, como apropiadas, las normas procesales contenidas en la Disposición adicional séptima de la Ley de 23 de julio de 1942, cuyo tenor es como sigue: «En los pleitos que estén en tramitación al publicar esta Ley se observarán las siguientes reglas:

1.^a En los que se hallen en primera instancia, si aún no se ha llegado al momento procesal de la proposición de pruebas, se concederá por el Juzgado un término de seis días a cada parte para que puedan modificar sus acciones y excepciones, ajustando sus pedimentos a los derechos de que se crean asistidas por virtud de la presente Ley. Y después de evacuado este trámite continuará el procedimiento su curso normal.

Si los autos estuvieran en momento procesal de proposición o práctica de pruebas, o en otro posterior, se concederá también a las partes el indicado trámite de rectificación de sus pedimentos, y a continuación se abrirá un período extraordinario de diez días comunes para proponer y practicar aquellas que versen sobre hechos que se relacionen directamente con las cuestiones que motivan la rectificación de sus pedimentos. Después del indicado período de prueba, el pleito continuará por los trámites que corresponden luego de concluido el período normal de las mismas.

El Juzgado fallará el pleito con sujeción a lo estatuido en la presente Ley.

2.^a Si el pleito se encuentra en segunda instancia, la Sala de Audiencia respectiva concederá a las partes el mismo trámite de rectificación de pedimentos indicados en la regla anterior y a continuación el período extraordinario de prueba que también se expresa. Estas pruebas se declararán pertinentes y se practicarán ante el Magistrado que sea ponente en el pleito.

La Sala dictará el fallo con sujeción a esta Ley.

3.^a Si el pleito se encuentra en tramitación ante el Tribunal Supremo, sin haberse dictado aún sentencia, seguirá el recurso su tramitación normal y se dictará aquélla de acuerdo con la legislación que regía cuando se estableció en el litigio el cuasi contrato de «litis contestatio».

4.^a En los pleitos comprendidos en las reglas primera y segunda no será causa lo dispuesto en esta Ley para alterar los pronunciamientos sobre costas causadas antes de la publicación de la misma, teniendo arbitrio los Tribunales para decidir sobre la imposición de las que con anterioridad se causen.»

Como no es éste lugar apropiado para estudiar tales prescripciones, nos limitaremos a indicar los dictados de la jurisprudencia sobre ellas.

En Sentencia de 27 de noviembre de 1945 se declara que el hecho de aplicar esta Adicional sin solicitarlo las partes, no puede dar lugar al éxito del recurso de revisión amparado en la causa tercera de la norma séptima de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940. En la de 23 de noviembre de 1943 se hace constar que la Ley de Enjuiciamiento civil es complementaria de estas normas, por lo que debe ejercitarse el recurso de reposición contra cualquier decisión que luego haya de ser recurrida. La Sentencia de 11 de febrero de 1944 advierte que el período de prueba sólo se abrirá cuando así lo soliciten los interesados. En 17 de octubre de 1945 declara que «la modificación o rectificación autorizada por esta Adicional permite alterar las tesis anteriores produciendo otras diversas, sin más límite que no rebasar el objeto controvertido, y significa en puridad, respecto a los autos pendientes en segunda instancia, la instauración de la única a tal propósito, con mentado dique».

La única modificación introducida por la nueva Ley en la Adicional consiste en que «habiendo absoluta conformidad en los hechos no procederá el recibimiento a prueba». En verdad que no era necesaria tal aclaración si se tiene en cuenta que las probanzas van encaminadas a resolver la discordancia sobre las cuestiones de hecho alegadas por las partes, y si no existe tal base, carece de sentido la práctica de aquéllas; siendo pertinentes los artículos 551 y 552 para regular esta hipótesis.

b) *Competencia.*

Desde la publicación de la Ley de 1935 se sostuvo repetidamente que los Juzgados de Primera Instancia eran los únicos competentes para conocer de los juicios relacionados con el retracto, apoyándose los mantenedores de esta tesis en las normas procesales comunes sobre la materia.

Nosotros, fundándonos en la amplia dicción del vigente artículo 51 de dicha Ley (establece que «la jurisdicción para conocer de cuantas cuestiones surjan en la ejecución e interpretación de la presente Ley corresponderá, según su cuantía, al Juzgado Municipal o al de Primera Instancia competente... Los Juzgados Municipales conocerán, por los trámites del juicio verbal civil, de todas las cuestiones de cuantía no superior a 1.000 pesetas...»), mantuvimos que también los entonces llamados Juzgados Municipales eran competentes si la cuantía rentística lo permitía, prosperando esta tesis en la Sentencia de 12 de julio de 1943.

Después, a raíz de la publicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que atribuye exclusivamente a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento de estos litigios relacionados con el retracto, se ha insistido en aquella doctrina, fundándose en la analogía con esta nueva Ley; pero ha de reconocerse que no es posible sostenerla en Derecho después de que el párrafo H) del artículo 8.º del Decreto de 24 de enero de 1947 (regulador de la competencia de los Juzgados Comarcales-Municipales y de Paz) declara que aquéllos conocerán *de los juicios de cualquier clase* sobre arrendamientos rústicos que la legislación vigente atribuye a los Juzgados Municipales (hoy llamados «de Paz»), y de hecho viene distribuyéndose la competencia según la cuantía rentística, excluyendo a los Juzgados de Paz porque el citado Decreto se la niega.

Según dijimos, la acción de retracto es de carácter real (Sentencias de 11 de octubre de 1905, 24 de diciembre de 1920, etc., y la de 23 de octubre de 1946, de la Sala 5.ª), y tanto por esta naturaleza—Regla tercera del artículo 63 de la Ley procesal—como por prescripción específica de la décimotercera del mismo artículo, será competente el Juzgado del lugar en que esté sita la finca para conocer del juicio en que aquélla se ejercite.

c) *Procedimiento.*

Hay una importante cuestión que no es resuelta en la Ley y que ha originado diversidad de prácticas, consistente en determinar si el proceso discurrirá por los trámites específicos del juicio de retracto señalados en el Título XII del Libro II de la Ley procesal común—artículos 1.618 al 1.630—o serán aplicables los de la Norma tercera de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940.

Vaya por delante nuestra protesta de acatamiento hacia las de-

ciones de los Tribunales que de manera expresa o tácita—por la aceptación de aquellos trámites cuando son seguidos por los Juzgados inferiores—están en desacuerdo con lo que exponemos a continuación; pero sí debemos decir que, a nuestro juicio, las palabras usadas en la citada Norma conducen a la última solución, teniendo en cuenta que el primer inciso de su apartado A) comienza refiriéndose a «cuantas cuestiones surjan en la ejecución e interpretación de la presente Ley» (actualmente, toda la legislación sobre arrendamientos rústicos) para ordenar se sustancien con arreglo a las normas que formula a continuación; de manera es que todos, absolutamente todos los litigios derivados de tales ordenamientos han de sujetarse a las prescripciones contenidas en las tres primeras Normas. Y como éstas establecen que los desahucios—Norma segunda—se tramitarán con arreglo a la Ley procesal común y que «todos los demás»—Norma tercera—se sustanciarán por los ritos procesales que indica, y el juicio de retracto deriva esencialmente de la legislación especial, visto es que su tramitación ha de regularse conforme a las prescripciones procesales de ésta y que en su relación son inaplicables los trámites específicos señalados en la Ley común procesal.

La Sentencia de 14 de mayo de 1946 establece esta tesis; pero la de 17 de octubre del mismo año admitió como válido el procedimiento de mayor cuantía ordinario en que se ejercitó el retracto arrendaticio.

Esta conclusión es el motivo de que, como decíamos en el apartado 1.º del § 11, sea innecesaria la previa consignación del precio para ejercitar la acción de retracto, pues ello viene impuesto por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil y acabamos de establecer su inaplicación; pero, no obstante, nos consideramos obligados a recordar al lector que el Tribunal Supremo mantiene la tesis contraria en las numerosas Sentencias allí citadas.

Terminamos esta Exposición advirtiendo que «la obligación de consignar las rentas vencidas durante el pleito no alcanza a los procesos en que se ejercitan acciones de retracto arrendaticio»; que en dichos juicios no es preceptiva la imposición de costas (Sentencias de 24 de diciembre de 1940, 26 de septiembre y 17 de diciembre de 1941, 22 de enero de 1946, etc.), y que, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo B) de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 1940, no es necesaria la intervención de Abogado y Procurador en estos litigios cuando las partes comparezcan por sí mismas.

§ 14

ARTICULO 17

La limitación que respecto al *jus disponendi* implica el derecho de retracto, por impedir al propietario de la cosa transmitirla a quien libremente eligió, requiere, para no quedar reducida a imposición legal injustificada, que el retrayente no actúe durante determinado plazo en contra de la razón motivadora de la concesión de preferencia a su favor para adquirir la finca. Esta consideración llevó al Legislador a establecer—en los apartados cuarto, quinto y sexto del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil—la obligación de que en la demanda se asuma el compromiso de no transmitir durante determinado plazo la cosa adquirida mediante retracto o de no separar los dominios directo y útil, pues pretendía se cumpliese en todo este tiempo el fundamento que le indujo a reconocer el retracto, dejando después en plena libertad de acción al retrayente.

Esta es también la causa de que el precepto a examinar establezca que «cuando por haber usado el derecho que le concede el artículo 16 de esta Ley, el arrendatario adquiriera la propiedad de la finca arrendada, no podrá, por ningún título *«inter vivos»*, ni en todo ni en parte, enajenarla, arrendarla, cederla en aparcería ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio de la misma hasta que transcurran seis años desde la fecha de la adquisición de la finca.

Por excepción o lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá el arrendatario retrayente hipotecar la finca retraída; pero la acción del acreedor no podrá tener efectividad, en ningún caso, sino hasta transcurridos seis años desde la fecha en que ejerció el retracto.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, el arrendatario o arrendatarios retrayentes de una finca rústica podrán transmitirla, en cualquier momento, al Instituto Nacional de Colonización, cuando, siéndole ofrecida, este Organismo estimare conveniente para el cumplimiento de sus fines parceladores, llevar a efecto la compra del inmueble.

Vea el lector que lo escrito con letra cursiva constituye novedad frente al antiguo texto del artículo comentado y que, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en la Transitoria 2.ª de la Ley reformadora, estas modificaciones han de aplicarse en los litigios pendientes el día de su publicación (véase apartado a) del § 13).

1.º) NATURALEZA DE ESTE MANDATO.

Muchas y muy complejas cuestiones motiva el ordenamiento a comentar si ha de examinarse en toda su integridad, pero sin duda alguna es la más importante la de precisar su naturaleza, pues de

la solución adoptada dependerá la interpretación que haya de realizarse y los efectos obtenibles, especialmente el relacionado con la posibilidad de que el adquirente que perdió la finca al prosperar el retracto, pueda o no liberar de este mandato al retrayente, ya que si bien el precepto comentado parece formular su mandato en términos conminatorios, existen otras normas legales que pudieran conducir a la admisión de tal posibilidad.

En efecto; sabido es que en la Legislación de arrendamientos rústicos existen tres clases de ordenamientos: los que instituyen beneficio para el arrendatario y que, según el artículo primero de la Ley de 1935, no admiten estipulaciones que los contradigan; los que conceden beneficios al arrendador y, por tanto, son renunciables, y, finalmente, existen otros que por su carácter prohibitivo no toleran pactos de ninguna clase encaminados a su enervamiento (por ejemplo: la prohibición de subarrendar, establecida por el artículo cuarto de dicha Ley).

Pues bien, la expresión gramatical categórica utilizada en el precepto llevaría a catalogarlo en esta última clase si no fuera por la posible aplicación subsidiaria de la Ley procesal civil, considerando, en consecuencia, como típico de derecho necesario e imperativo que escapa a las actuaciones de las voluntades particulares; máxime que el contraste existente entre la dicción de esta Ley y la comentada, confirma esta tesis, pues la de Enjuiciamiento, habla de «compromiso» y la de 1935 formula su exigencia en calidad de prohibición terminante, y como aquel ha de asumirse en la demanda que vincula al actor retrayente con el demandado, resulta que se trata de un simple compromiso privado con este, del cual, por tanto, puede liberar al compromitente.

Desde otro punto de vista ha de considerarse que la Ley de Enjuiciamiento civil se fundamenta parcialmente en consideraciones de interés social al establecer la necesidad del referido compromiso, pero esta misma forma de expresión demuestra que tal interés queda reducido al afectante a quien perdió la cosa, como si le diese satisfacción de que la razón de preferencia que le pospuso frente al retrayente habrá de subsistir durante los plazos fijados, a no ser que él, estimándose satisfecho, le libere; de modo es que en definitiva se crea el compromiso en su beneficio. Mas el fundamento del precepto comentado carece de aspecto privado, y únicamente consiste en la voluntad del Legislador para que se cumplan los fines que persiguió al conceder el retrato al arrendatario; o sea, que se inspira en su deseo de que el patrimonio propio conseguido a través del ejercicio del mencionado derecho, subsista, cuando menos, durante seis años, y claro es que siendo esta finalidad típicamente social y, como tal, imperativa o de derecho necesario, que opera por encima de los intereses o conveniencias particulares, no puede quedar mediatizada a la voluntad de éstos hasta ser burlada, aún sin guardar o respetar el indicado plazo, con cuyo señalamiento demuestra el Legislador se considera sa-

tisecho si se cumple durante él la prohibición, y si no se le diera esta satisfacción resultaría preferido el interés privado al social y desconocida en absoluto la razón de ley que inspira estos ordenamientos.

Nosotros, fundándonos en la dicción terminante del precepto comentado y en el carácter social de la Legislación de arrendamientos rústicos, optamos por esta última solución, estableciendo, en consecuencia, que la prohibición comentada grava al arrendatario retrayente aunque el adquirente que perdió la finca pretenda liberarle de ella, si bien hemos de reconocer que el mandato legal será enervado en la hipótesis que aquel no actúe a fin de obtener las consecuencias propias de la nulidad del pacto liberatorio por ser opuesto a la prohibición, y, conforme a lo establecido en el artículo cuarto del Código civil, creemos que no quedará vinculado al no operar el nexo derivado de sus «propios actos».

Como derivación lógica del carácter imperativo e indeclinable de meritada prohibición adviene la innecesidad de que en la demanda de retracto se asuma el compromiso de no transmitir la finca durante seis años, pues que esta exigencia se impone por ministerio de la ley y resultaría vacuo e inútil comprometerse a cumplir una obligación que necesariamente ha de ser respetada.

§ 15

2.º) SUJETO DE LA PROHIBICION.

Lo precisa la Ley diciendo que «cuando por haber usado el derecho que le concede el artículo 16, el arrendatario adquiera la propiedad de la finca arrendada...»; y como no distingue en cuanto a la conducta de estos causantes de la adquisición, es indudable que encaja el titular de mencionado derecho que lo esgrimió en vía judicial y quienes obtuvieron la finca por acceder voluntariamente a entregársela el adquirente, ya que no indica el texto legal la necesidad de que se haya accionado ante el Juzgado para surgir la prohibición comentada. Por tanto, si se acredita suficientemente que la adquisición de la finca fué meritada en las pretensiones del arrendatario formuladas con apoyo de los ordenamientos legales creadores del aludido derecho, aunque inexistiera decisión judicial estimativa por no haber sido necesario impletarla a consecuencia del acomodamiento voluntario del adquirente, opera la prohibición.

Claro es que, según quedó razonado en el apartado 3.º del § 2 y en el § 3, también ha de estimarse comprendido en la prohibición al aparcerero, no obstante la exclusiva alusión legal al «arrendatario», pero la duda surge cuando éstos adquirieron directamente la finca conforme a lo indicado en el apartado undécimo del artículo 16 de la Ley de 1935.

A nuestro juicio procede hacer la siguiente distinción: Si

ningún otro presunto retrayente se enfrentó con aquéllos, podrán disponer libremente de la finca, pues su adquisición se regula íntegramente por el Código civil sin rozar en nada a esta Legislación especial; mas si hicieron valer la preferencia que dicho ordenamiento les otorga a fin de posponer a otro retrayente, quedarán comprendidos en el precepto comentado, aunque de modo expreso alude al «arrendatario retrayente» como sujeto de la prohibición, porque también opera respecto a dicho adquirente la «ratio legis» determinante de esta norma y que ya hemos puesto de manifiesto repetidas veces; además de que no se puede justificar el hecho de que por un lado se ampare en la Ley mientras por otro la infringe evidentemente en su espíritu.

Respecto a la obligación de probar dicho requisito, o sea, que la adquisición se hizo en virtud del derecho de retracto, sólo indicaremos que pesa sobre quien pretenda obtener las consecuencias derivadas de este mandato prohibitivo, por ser uno de los elementos integrantes y constitutivos del hecho en que fundamenta su derecho para resolver la transmisión anulándola o para rescindir los efectos del retracto.

§ 16

3.º) OBJETO DE LA PROHIBICION.

A primera vista parece sencilla la precisión de este aspecto, ya que el texto legal ordena que «no podrá, por ningún título "inter vivos", ni en todo ni en parte, enajenar (la finca) arrendada, cederla en aparcería ni enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio de la misma»; pero la amplitud del significado atribuible a tales palabras origina muchas dudas respecto a los negocios jurídicos que puedan comprenderse en el ámbito por ellas delimitado.

Como es lógico, sólo se veda transmitir «inter vivos», y en virtud del axioma de hermenéutica legal «inclusionis unus, exclusio alterius», resulta innegable que, por el contrario, pueden efectuarse libremente transmisiones «mortis causa»; y aunque sería lógico imponer a los adquirentes por este título la persistencia en la prohibición hasta completar el plazo legal como sucede en el artículo 65 de la L. A. U., es lo cierto que ahora no se establece tal condicionalidad, y, en consecuencia, no la consideramos apropiada; máxime que el ordenamiento comentado es de carácter limitativo y sancionador en potencia, y ya sabemos que ha de interpretarse en sentido restrictivo. Por consiguiente, el arrendatario retrayente puede transmitir con toda libertad la finca en testamento, y ni los sucesores testamentarios ni los legítimos quedan vinculados por la prohibición a pesar de que la Ley debería disponer lo contrario.

Tampoco distingue entre transmisión gratuita y onerosa: por

consiguiente, ambas modalidades encajan en la esfera prohibida ; pero ya no es tan clara la solución a adoptar respecto a las donaciones, puesto que pueden efectuarse, según los artículos 620 y 621 del Código civil, «inter vivos» o «mortis causa», de modo es que si como donación se comprenden ambas modalidades en el precepto comentado, respecto a la última es posible surjan dudas, ya que puede suceder que por fallecimiento del arrendatario donante adquiera la finca el donatario antes de que transcurra el indicado plazo legal. Teniendo en cuenta que, aun efectuadas en consideración a la muerte del donante (y ya es sabido que su característica estriba en que sólo han de producir sus efectos después de ésta), realmente son transmisiones «inter vivos» supeditadas a tal acaecimiento, en la hipótesis planteada actuará la prohibición ; mas si el fallecimiento ocurriera después de transcurrir los seis años, no habrá lugar a conjugar el ordenamiento comentado, pues tales donaciones no crean sus efectos propios transmisorios hasta después de la muerte del donante, quien, mientras tanto, no pierde la cosa donada (Sentencias de 28 de enero de 1898, 3 de enero de 1905, 14 de diciembre de 1910, etc.), y, en consecuencia, no la «transmite». Por tanto, el simple hecho de donar por tal título la finca no crea el presupuesto vitalizador de la prohibición y puede realizarse libremente sin que se ocasione los efectos derivados de su infracción, siempre que el fallecimiento no ocurra antes de completar el plazo legal, porque entonces se causa verdadera transmisión «inter vivos».

Desde el punto de vista técnico-jurídico más usual puede decirse que «enajenación» es todo acto de disposición por el cual se excardina una cosa-finca del patrimonio, del transmitente y se incardina en el del adquirente, bien se realice gratuita u onerosamente. En este concepto amplio ha de asumirse la palabra subrayada, y de aquí que encaje como prohibidos: a) Las donaciones «inter vivos», ya que no formula ninguna excepción frente a lo establecido sobre el particular por el artículo 16. b) La compra-venta, pues su esencia consiste precisamente en transmitir el dominio de la finca vendida : mas no está prohibida la promesa o compromiso de venta, ya que no produce efectos transmisorios, sino que únicamente autoriza a exigir el cumplimiento de lo pactado. c) La permuta, por consistir en una entrega recíproca del dominio de las cosas permutadas. d) La dación y adjudicación en pago de deudas, ya que mediante ellas se cede el dominio de una cosa para pagar con su importe la deuda motivadora de la transmisión. e) La transmisión en censo reservativo, pues, según el artículo 1.607 del Código civil, mediante él cede una persona a otra el pleno dominio de una cosa, reservándose únicamente el derecho de percibir una pensión con cargo a aquélla. f) La realizada por contrato de renta vitalicia, por cuanto el artículo 1.802 del citado Cuerpo legal lo define aludiendo a la transferencia del dominio en contraprestación a la renta a percibir por el trans-

mitente; y la Jurisprudencia ha declarado que para existir este contrato ha de cederse el pleno dominio de la cosa (Sentencias de 27 de junio de 1906 y 12 de octubre de 1912. g) Ya hemos visto que la Ley autoriza la hipoteca de la finca aunque condiciona en lo temporal su efectividad, y por razón de analogía, ha de aplicarse la misma tesis a la prenda. h) La Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de diciembre de 1946 admite el embargo de estas fincas; pero creemos que ante la manifiesta semejanza con el supuesto acabado de contemplar y para evitar conductas dolosas, cabrá al adquirente vencido en el retracto obtener las consecuencias de la infracción de este mandato prohibitivo como después hemos de explicar. i) La Ley aclara con precisión que tampoco se podrá «enajenar ninguno de los derechos que integran el pleno dominio», o sea el usufructo o la nuda propiedad, o ceder la finca en censo enfitéutico. j) Por razón de analogía, aunque nada dice la Ley expresamente, tampoco podrá ceder por ningún concepto alguno de sus aprovechamientos aunque el retracto haya funcionado en la hipótesis contemplada por el párrafo séptimo del artículo 16. k) Opera también este mandato ampliamente en los casos de que, por tratarse de fincas destinadas a varios aprovechamientos o divididas en parcelas, se adquiriera por retracto no sólo el aprovechamiento principal que ya se disfrutaba, si que también los secundarios, o se obtenga la propiedad de las parcelas que ya se tenían arrendadas y las de los arrendatarios que no actuaron retractualmente: el resultado del citado derecho es toda la finca y a su integridad hay que referir las consecuencias. l) No encaja en la dicción legal la modificación del régimen de explotación para convertirlo en aparcería, pues a pesar de su creación, se respeta el fundamento del precepto comentado: prohibición al retrayente de desentenderse del cultivo de la finca. m) También constituye infracción del mandato la creación de cualquier clase de Sociedad para la explotación de la finca aunque el arrendatario retrayente forme parte principal de aquélla, pues al constituirse la personalidad social, media una cesión de aprovechamiento a su favor. Análogicamente se ha declarado así, respecto a los arrendamientos urbanos, en las Sentencias de 20 y 29 de enero, 6 de febrero, 15 de marzo de 1948, etc.

También pueden surgir otras dudas en relación con esta prohibición, y sin ánimo de tratar todas las posibles, y mucho menos con la pretensión de solucionarlas cumplidamente, exponemos a continuación las que a nuestro entender son más propicias a nacer en la práctica:

1.ª ¿Puede pactarse anticipadamente la liberación de esta traba al derecho de libre disposición del adquirente por retracto? Al comenzar este Comentario tratamos el supuesto de que la liberación se pretenda realizar después de consumada la adquisición de la finca por aquéllos, y llegamos a contestación negativa fundándonos, esencialmente, en que la aludida traba se impone por con-

sideraciones de interés público y social que escapan a la posibilidad de ser objeto de acción de las voluntades particulares. En virtud de cuanto allí expusimos también mantenemos ahora la misma solución, declarando nulo el pacto contemplando; y si bien es cierto que las consecuencias de tal nulidad pueden ser obviadas en cuanto a los principales titulares de la acción encaminada a conseguirla dejen de ejercitarla, burlando así las prescripciones legales, teniendo en cuenta que no sólo está interesado en ella el adquirente, sino que existen otros titulares mediatos de la mencionada acción de nulidad (por ejemplo: los presuntos retrayentes postergados por el arrendatario, según veremos después), resulta evidente que, aun no actuando los intervinientes en el pacto cuya admisión rechazamos, podrán hacer valer los mandatos legales los referidos titulares mediatos.

2.^a ¿Se infringe la prohibición cuando la finca se transmite al tercero adquirente que la perdió en virtud del retracto? Ciertamente que la Ley, al establecer la prohibición de transmitir, no distingue entre éste y cualesquiera otras personas para abrogarla cuando se relacione con aquél; por tanto, formulándose el mandato prohibitivo en términos personales genéricos, parece que no podemos ni debemos distinguir nosotros para crear excepciones, máxime que no se inspira, según dijimos anteriormente, en el simple beneficio o satisfacción de quien se vió privado de la finca para el ejercicio del retracto, sino que se fundamenta principalmente en valoraciones de interés público o social; de aquí que, interpretando el texto legal en su sentido literal, habríamos de estimar nula la transmisión contemplada y, además, motivaría todas las consecuencias propias de tal efecto. Pero si nos adentramos en el espíritu de ese ordenamiento veremos que la Ley considera también al estatuirlo la conveniencia de que no se rompa mediante la transmisión de la finca el círculo de personas afectadas por el retracto, para que la razón de preferencia del arrendatario no sea burlada enajenando aquél en cuanto ésta operó, siendo como una especie de satisfacción a los postergados que saben será respetada la aludida razón durante seis años. En consecuencia, creemos que puede transmitirse libremente la finca al titular inmediato de la acción de nulidad sin ocasionar los efectos propios de la infracción del mandato legal, sin perjuicio, claro es, de las acciones que puedan asistir a los demás retrayentes para hacer valer su derecho de preferencia frente al adquirente, pues al resolverse la adquisición del infractor con la consiguiente rescisión de sus derechos, mejor dicho, de sus efectos, desapareció la causa de postergación, y entonces pueden hacerlos valer si concurriesen las condiciones necesarias según Ley, ya que, en otro caso, sería sumamente fácil burlarlos con sólo actuar preferentemente el arrendatario devolviendo después la finca a quien la transmitió, sin respetar el plazo legal. No debe olvidarse tampoco que los derechos postergados no se extin-

guieron automáticamente con la actuación de aquél como retrayente preferido, sino que, en virtud del mandato comentado, permanecen latentes durante los seis años, para surgir en cuanto cese la actuación de quien los postergó.

3.ª ¿Operará también la prohibición en las transmisiones con pacto de retracto, respecto a las cuales se subrogó el adquirente de la finca? Pensando en que la esencia del retracto consiste en la subrogación integral en las condiciones de la transmisión, no está permitido al retrayente impugnarlas, sino que necesariamente ha de aceptarlas como condición previa al ejercicio del aludido derecho, y pudiendo estar afectada la enajenación que lo vitalizó con el pacto de retro, en mérito de cuanto antecede es indudable que su adquisición estará gravada con esta especie de carga, ya que, según dijimos en el apartado a) del § 9, también hacen nacer el derecho de retracto las ventas-transmisiones con tal pacto. Si pues el retrayente está vinculado inexorablemente por él, a menos de creer que el ordenamiento comentado deroga la esencia del mencionado derecho rompiendo la subrogación integral, llegado el plazo señalado al cumplimiento del pacto habrá de transmitir nuevamente la finca al adquirente, sin que los retrayentes postergados o el tercer adquirente puedan impugnarlo. La Ley sólo establece su prohibición para el supuesto de que no exista obligación válida de transmitir la finca, porque entonces imperan los efectos de la subrogación sobre los causados por ella.

No creemos sea necesario razonar que la carga de probar la realidad de esta transmisión ilegal grava a quien accione para obtener los efectos derivados de la infracción del mandato legal, pues realmente constituye dicha transmisión «hecho constitutivo» del derecho que se reclama.

La única excepción admitida consiste en la enajenación efectuada en favor del Instituto Nacional de Colonización, pues la clásica de «advenimiento a peor fortuna» ni siquiera es mencionada por el texto y no cabe estimar supletoria la Ley de Enjuiciamiento civil a estos fines.

§ 17

4.º) DURACION DE LA PROHIBICION.

Se fija al efecto el plazo de seis años, a contar desde la «adquisición de la finca».

Conviene advertir que lo perseguido por la Ley es que durante este tiempo no salga su dominio del patrimonio propio del retrayente; por tal motivo resulta válida y admisible la transmisión sujeta a condición suspensiva, mas no la afectada por resolutoria, ya que en la primera hipótesis permanecen nonnatos los efectos de la transmisión y en la segunda los surte plenos, aunque media-

lizados al evento contemplado en la condición si se cumpliera dentro del plazo legal.

Respecto a su computación rigen los principios comunes, o sea que quedará excluido el día en que se realice la adquisición y, en cambio, habrá de guardarse la prohibición durante todo el último día del plazo, efectuándose el cómputo por días naturales y completos, no de momento a momento, sin excluir los inhábiles (véase apartado b) del § 7).

La cuestión más importante que plantea este aspecto del mandato prohibitivo es la de precisar cuál sea la fecha determinante de la adquisición. En las transmisiones comunes, es decir, en las que admiten modalidades de tradición real, suele identificarse con el día en que entra el adquirente en posesión de la cosa; mas en el supuesto que ahora nos ocupa no puede conjugarse esta norma, ya que el arrendatario está en posesión del inmueble y es muy difícil determinar con exactitud cuándo cesa de tenerla en nombre de otro para poseer en el propio, máxime que el problema planteado consiste precisamente en señalar el momento en que se efectúa tal conversión de titulación posesoria. Análogicamente se originan las mismas hipótesis que pueden surgir respecto a la entrega de la cosa vendida, por cuanto en Derecho español no existen normas específicas reguladoras de la «traditio» como institución jurídica sustantiva complementaria de variados negocios jurídicos y suele adoptarse las normas del Código civil sobre dicha entrega, además de que precisamente es la compraventa el presupuesto contractual contemplado en forma inmediata por el Legislador al crear el derecho de retracto y los demás son admitidos a causa de su identidad de naturaleza con aquélla. Jugando, pues, los artículos 1.462 y siguientes del mencionado Cuerpo legal, procede establecer que cuando la tramitación se realice mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la adquisición de la finca por el retrayente, a no ser que de aquélla se dedujere lo contrario (art. 1.462); pero aun cuando solamente se identifica la aludida fecha con el otorgamiento de «escritura pública», es evidente que la «traditio ficta» opera también en la hipótesis de constatarse la transmisión en documento privado, y así lo reconoció la Sentencia de 19 de diciembre de 1924, declarando que «el acto de suscribir un documento privado de venta de un inmueble debe considerarse tradición simbólica para estimar entregado el derecho que se enajena, por analogía a lo que el artículo 1.463 dispone con respecto a la escritura pública»: bien entendido que es posible computar fecha anterior a la de los escritos si se probase que realmente cesó en ella toda relación del anterior dueño con la finca, sustituyéndole el ex arrendatario, pues la ficción o simbolismo de la equiparación del otorgamiento de la escritura a la entrega de la finca ha de ceder ante la realidad derivada de la práctica de cualesquiera otros actos que únicamente competen al propietario del inmueble: mas así como el actor que se apoya en la

infracción del mandato comentado le bastará con acreditar la fecha de la escritura para demostrar el comienzo de la iniciación del plazo prohibitivo (y ya se ve cuán fácil es cumplir esta carga), cuando pretende indentificarla con la efectuación de los mencionados actos ya reveladores de la transferencia de dominio habrá de acreditar, no sólo la fecha de éstos, sino que realmente fueron realizados como propietario de la finca por mediar el acuerdo a que luego hemos de referirnos. La Sentencia de 13 de diciembre de 1930 confirma esta posibilidad declarando que «la tradición en los inmuebles se realiza con el otorgamiento de la escritura o por la realización de otros actos que la demuestra».

Adviértase que el presupuesto previo para originar la transferencia del dominio es el cumplimiento de la obligación de reembolso y accesorias en la hipótesis del retracto, porque el artículo 1.519 del Código civil, aceptado explícitamente por el 16 de la Ley de 1935, así lo exige: de modo es que mientras no se cumpla este requisito, a no ser que el tercer adquirente libere temporalmente de él al retrayente, no se efectúa la adquisición de la finca, sirviendo generalmente la fecha en que se pague el precio y demás reembolsos como índice de la conversión de la titularidad posesoria por haberse efectuado ya la transmisión y subsiguiente adquisición.

Subsidiariamente, para la hipótesis de que no se otorgue escritura pública o privada, actúan las normas del artículo 1.463, pues aunque solamente se relacionan con la entrega de bienes muebles, no cabe duda alguna de que analógicamente son aplicables a los inmuebles: de aquí que en tal hipótesis de inexistencia de escritura, teniendo en cuenta que la cosa a entregar ya es poseída «nomine alieno» por el presunto dueño, la adquisición de propiedad se realizará por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, pero quien pretenda identificar su fecha con determinado día habrá de acreditar la realidad de tal acuerdo.

En el supuesto de actuación judicial no se considera como fecha de adquisición la en que la sentencia aceptatoria de retracto quede firme, ya que esta Resolución se limita a declarar la vitalidad de tal derecho y después han de realizarse cuantos requisitos son necesarios como previos indispensables—salvo acuerdo entre los interesados—para que la declaración se traduzca en la transmisión de la finca el tercer adquirente con la automática adquisición por el retrayente.

Según la Sentencia de la Sala 5.ª, de 3 de abril de 1945, «la prohibición de enajenar la finca obtenida, hasta el transcurso de seis años, no entra en juego hasta que en efecto se haya logrado por el retracto el predio correspondiente, y en su virtud, no ha de servir para anticiparse produciendo la negativa de concesión».

Ya hemos indicado que grava al actor que se apoye en la infracción de la comentada prohibición la carga de demostrar que la transmisión ilegal se efectuó antes de transcurrir seis años, con-

tados a partir de la adquisición de la finca por el transmitente, y, por tanto, habrá de demostrar también cuál sea la fecha determinante de ésta si la otra parte impugna sus afirmaciones.

§ 18

5.º) *EFFECTOS DE LA INFRACCION.*

Pueden distinguirse los creados en relación con la transmisión de la finca, para señalar la calificación precisa que ha de atribuírsele respecto a su posible nulidad o anulabilidad; en relación con los terceros, sean o no hipotecarios, que hayan adquirido la finca por habérsela transmitido el retrayente infringiendo el mandato legal; respecto a la posible resolución del retracto, y en relación con los titulares de tal derecho que fueron postergados por el arrendatario infractor del mandato legal comentado.

1.º) *Respecto a la transmisión de la finca.*

Teniendo en cuenta que la prohibición de efectuarla se establece con miras de interés social, y siendo una prohibición legal absoluta, es evidente que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, ha de considerarse nula esta transmisión como opuesta a la Ley. Advierta el lector que su nulidad es también absoluta, y, en consecuencia, son aplicables las normas comunes que diferencian este efecto de la nulidad relativa o anulabilidad: de aquí que, si bien habrá de obtenerse la pertinente declaración judicial sobre ella (a pesar de que suele decirse actúa «ope legis», según se deduce claramente de la Sentencia de 18 de enero de 1904), podrán conseguirla no sólo los obligados principal o subsidiariamente por el acto nulo (art. 1.302), sino que también está permitido accionar a cuantos tengan interés en que se declare la nulidad (Sentencias de 12 de octubre de 1916, 12 de noviembre de 1920, 11 de enero de 1928, etc., aceptadas analógicamente), y, además, no puede convalidarse el acto infractor del mandato legal, porque en tal caso se reconocería la posibilidad de burlar la Ley sin causar las consecuencias propias de toda transgresión jurídica.

Cuanto antecede ha sido expuesto pensando en el problema que luego hemos de plantear respecto a la subsistencia del derecho de retracto pospuesto por el arrendatario que transmitió ilegalmente la finca, pues a causa de catalogar esta transmisión como acto radicalmente nulo, resulta que pueden actuar para impugnarlo el tercer adquirente y el nuevo titular de la finca (así sucedería en la hipótesis de nulidad relativa o anulabilidad), y también están legitimados aquellos posibles retrayentes pospuestos, a causa del interés que tienen en la resolución del retracto, para, si fuera po-

sible, vitalizar su propio derecho de ese carácter al desaparecer el preferente.

Respecto a la duración de la acción de nulidad ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo que por ser ésta esencialmente distinta de la nulidad relativa y de la rescisión, no le son aplicables los preceptos del Código civil sobre ellas (Sentencias de 6 de marzo y 30 de noviembre de 1909, 21 de junio de 1927, etc.), y, concretamente, en relación con este plazo de ejercicio, sostienen la misma doctrina las de 31 de octubre de 1922 y 24 de febrero de 1927, que, además, establecen la inaplicabilidad de los términos temporales señalados en las disposiciones generales en materia de prescripción.

El artículo 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento civil expresamente declara que «la enajenación que se hiciera antes del nacimiento de los respectivos plazos sin la conformidad del comprador vencido será nula...», y si este efecto se ocasiona por la infracción de un compromiso privado, con mayor razón habrá de producirlo la violación de mandato legal.

2.º) *En cuanto a terceros adquirentes.*

Ninguna duda cabe de que el tercero civil o no hipotecario resulta afectado plenamente por la nulidad de la transmisión, sin perjuicio de las acciones que pueden asistirle contra el transmitente: de modo es que deberá ser citado al juicio en que se accione para conseguirla: pero conviene tratar el supuesto de que el adquirente haya inscrito su derecho en el Registro, a fin de orientar ligeramente al lector sobre el juego de los preceptos hipotecarios, pues luego veremos no debe constar en sus libros la prohibición de disponer.

En el sistema de la Ley procesal también podía ocurrir esta omisión, por cuanto el mandato de su artículo 1.628 para exigir el oportuno mandamiento judicial a fin de que se tomase razón del compromiso contraído por el retrayente sólo operaba a instancia de parte, considerando al vencido por el retracto árbitro absoluto de la prohibición, y hasta puede, según el artículo 1.629, liberar autónomamente de aquél al retrayente: mas con facilidad comprenderá el lector que este mecanismo judicial-registral no se pondrá nunca en marcha en los supuestos que nos ocupan a causa de que, según dijimos anteriormente, no es necesario asumir en la demanda la obligación de no enajenar la finca, y, por tanto, no existe base para anotar registralmente la prohibición comentada.

Si los autores catalogaban los efectos del mencionado compromiso como «prohibición legal» de disponer a pesar de tratarse de simple «compromiso» privado, cuya efectividad no depende enteramente de la Ley sino del beneficiado, o sea de quien perdió la cosa por el ejercicio del retracto (arts. 1.629 y 1.630 de la Ley procesal), con mucho mayor motivo merece tal catalogación el

efecto creado por el artículo en estudio, por cuanto se prescinde de la fórmula compromisoria, y ya hemos visto que el vencido por el retracto puede exonerar de la prohibición establecida al adquirente de la finca que ejercitó tal derecho; por tanto, resulta que estamos en presencia de típica limitación legal al derecho de disponer.

Pues bien; la cuestión nos la da resuelta el artículo 26 de la Ley Hipotecaria cuando dispone que: «Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efectos con arreglo a las siguientes normas: Primera. Las establecidas por la Ley que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales de dominio»: de modo es que por ser innecesaria la constatación registral de la prohibición comentada, y aunque realmente no se haya tomado nota de ella en el Registro, no podrá apoyarse el tercer hipotecario en esta circunstancia a fin de estimarse protegido por los principios de publicidad y legitimidad establecidos en los artículos 32 y siguientes de la citada Ley, pues si bien no precisa el transcrito los efectos de aludidas limitaciones a pesar de que anuncia lo contrario, tácitamente da a entender que en lo hipotecario ocasiona el cierre del Registro para cuantos actos o negocios jurídicos se realicen contraviniéndolas, y en lo civil opera por ministerio de la Ley con independencia de su constatación en dicha Oficina, ya que la presunción de conocimiento general creada en las leyes sustituye a la de publicidad registral.

3.º) *Respecto al retracto.*

Nada dice la Ley sobre este aspecto de la cuestión, y, por tanto, puede discutirse si la transmisión ilegal de la finca ocasiona o no la resolución del retracto.

A nuestro juicio no ofrece duda la contestación afirmativa, a causa de las siguientes razones: a) La formidable limitación que implica tal derecho en relación con la libertad de disposición del dueño de la finca sólo puede justificarse por los móviles de interés social repetidamente resaltados durante este Comentario: o sea que ellos, y sólo ellos, sirven de amparo a la preferencia del arrendatario para obtener la propiedad de aquélla. Desaparecida esta razón de Ley por la transmisión efectuada en favor de tercera persona que no ostente el mencionado título contractual atrayente de preferencia, no existe motivo alguno para que el adquirente siga siendo preferido a quien de hecho contrató con él, subsistiendo la postergación de aquél, pues desaparecida la causa que la originó, deben cesar sus efectos: b) En el artículo 1.630 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin duda contemplado por el autor de la comentada al crear estos ordenamientos, se establece expre-

samente, después de declarar nula la enajenación ilegal de la cosa retraída, que el retracto quedará sin efecto si lo solicitare el comprador; c) Realmente es incomprensible la facultad de anular dicha transmisión por el adquirente vencido en el retracto si no ha de obtener más beneficios que su satisfacción personal de hacer respetar el mandato legal, ya que la nulidad de aquélla no atrae por sí sola la posibilidad de que readquiera la finca. Precisamente en la antigua Ley de Enjuiciamiento civil se ordenaba anular la enajenación de la cosa retraída pero nada se decía respecto a la resolución del retracto, y al publicarse la hoy vigente, teniendo en cuenta estas consideraciones, se adicionó lo que antes hemos constatado sobre el particular; así, mediante tal ordenamiento, colabora el actor en hacer respetar el mandato prohibitivo llevado de su deseo de readquirir la finca; d) Sabido es que el «compromiso» de no enajenar la cosa retraída crea un derecho simplemente potestativo en favor del vencido por el retracto, siendo árbitro supremo para exonerar al retrayente de su cumplimiento. Pues bien, si respecto a la infracción de mero derecho privado se establece la facultad de resolver el retracto como sanción al violador del aludido compromiso, considere el lector si no procederá hacer lo mismo, y con mayor rigurosidad si cabe, en relación con la infracción de un mandato legal de interés público, en el que no tienen ninguna intervención las voluntades particulares.

Por consiguiente, establecemos que el retracto está sujeto a la condición resolutoria de que sea respetada la prohibición legal comentada, y cumplida dicha condición mediante la transmisión ilegal, se originan los efectos propios según el Derecho común para tales supuestos, o sea que el arrendatario-retrayente devolverá la finca y el tercer adquirente vencido en el retracto reintegrará a su vez a aquél cuanto de él percibió, aplicando analógicamente el artículo 1.123 y concordantes del Código civil que regulan el cumplimiento de las condiciones resolutorias.

Aquél ha de pedir la nulidad de la transmisión de la finca en favor de tercero adquirente, la resolución del retracto y la nulidad de la transmisión realizada por el arrendador al vencido mediante el mencionado derecho, y claro es que la acción habrá de dirigirse también contra el adquirente en virtud de su legitimación pasiva por el interés que tiene en el asunto, quedando a salvo las acciones resarcitorias que puedan asistirle contra el infractor del mandato legal si hubiera contratado con él desconociendo la prohibición que para ello existía; acciones que podrán apoyarse en el artículo 1.902 del Código civil.

4.º) *En relación con posibles titulares de derecho de retracto postergados al del arrendatario.*

El artículo 16 otorga preferencia a éste frente a otros derechos similares: por tanto, fácilmente se comprende el interés que tienen en que el retracto preferente se resuelva de acuerdo con lo

anteriormente expuesto, porque entonces surge el que ostentan siempre que reúnan en este momento las condiciones necesarias para hacerlo viable.

Habiendo establecido antes que la transmisión ilegal es nula de pleno derecho, como opuesta a la ley, la acción originada por esta nulidad no puede ser esgrimida tan sólo por el principalmente interesado—adquirente vencido en el retracto—, sino que, según vimos, pueden ejercitarla cuantas personas tengan interés mediato o inmediato en que se declare el mencionado efecto; de modo es que los presuntos retrayentes pospuestos pueden accionar en consecuencia, a fin de enfrentarse con el adquirente de la finca para hacer valer su derecho preferente, surgiendo problemas procesales que no pueden ni deben ser estudiados en este Comentario.

§ 19

6.º) *NORMAS PROCESALES.*

Quedó establecida anteriormente la superfluidad de asumir en la demanda de retracto el compromiso de no enajenar durante seis años—en contraste con los demás retractos, según el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil—, pues que por ministerio legal opera la prohibición y afecta a tercero hipotecario, aunque no se haya tomado razón de ella en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria; por consiguiente, no son necesariamente aplicables los artículos 1.628 y siguientes en lo que se refieren a la relación entre el Juzgado y el Registro, sin perjuicio de que se libren los oportunos mandamientos para anotar o inscribir tal limitación cuando a ella se aluda en la demanda y lo solicite el interesado, pues la Ley no lo prohíbe.

En régimen común es indispensable la constatación registral del compromiso, porque como según el artículo 1.629, dependía su vinculación enteramente de la voluntad del interesado, el tercero adquirente debía saber a qué atenerse respecto a la limitación que gravaba a aquél, acudiendo al Registro, ya que si en éste no aparecía anotada, tampoco resultaría, seguramente, afectado por la acción de nulidad y posible subsiguiente resolución de la enajenación realizada en su favor; mas, actualmente, considerando la naturaleza imperativa del mandato legal y la declaración de la Ley Hipotecaria sobre los efectos de las limitaciones legales del dominio, resulta pueril poner en marcha el mecanismo de inscripción o anotación registral, pues (una vez más insistimos en ello) se haga o no constar en la escritura o en el Registro la prohibición examinada, afectan las consecuencias de su infracción a los nuevos adquirentes de la finca ilegalmente transmitida.

Teniendo en cuenta que es íntegramente aplicable al caso que nos ocupa cuanto dijimos sobre el particular en el § 13, terminamos nuestro Estudio.

Sólo insistimos en que cualquier acción amparada en este precepto (por ejemplo: la de anulación de la transmisión efectuada por el arrendatario retrayente, cuando aquella es ejercitada por otro pospuesto) se ha de sustanciar en el procedimiento marcado por la Norma 3.ª de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, a causa de la amplitud de su expresión al indicar el contenido del mismo.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica ¹

1 NOTICIAS

A) NACIONALES

Por Juan HERNANDEZ CANUT.

Inscripción de ciudadanía de personas domiciliadas en los territorios de Marruecos

Con el carácter de verdadera interpretación auténtica, el Decreto de 29 de abril de 1949 (*Boletín Oficial del Estado* número 301, de 28 de octubre de 1949), viene a terminar con las controversias y dudas suscitadas en orden ya a las oficinas en que la inscripción de ciudadanía debía hacerse, ya a las autoridades ante quienes debían cumplirse los requisitos exigidos en cada caso y, por último, sobre el valor y eficacia de las ya practicadas.

El Decreto viene a sancionar lo que la práctica judicial y consular ha venido haciendo hasta la fecha, y así determina su artículo 1.º que las inscripciones de ciudadanía adquiridas en virtud de carta de naturaleza, otorgada por el Gobierno español en favor de personas domiciliadas en territorio del Protectorado de España en Marruecos, se inscribirán en los respectivos Juzgados de Paz, cumpliéndose por éstos, en este caso, lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley del Reglamento Civil.

Cuando la naturalización afecte a personas domiciliadas en el resto del Imperio Marroquí, las inscripciones de ciudadanía podrán verificarse en los Registros Civiles a cargo de los Agentes Diplomáticos y Consulares de España.

Con carácter facultativo (art. 2.º) se establece la inscripción en el Registro Civil a cargo de la D. G. R. Notariado, sin que al faltar este requisito, pierda aquélla su solidez, ni deje de producir efectos.

Termina este Decreto, que reseñamos, dando valor a las inscripciones que, siendo anteriores a este Decreto, se hubieren practicado en la forma y con los requisitos que en el mismo se señalan.

El valor permanente del Derecho civil

(Una conferencia del Prof. Hernández-Gil)

La conferencia del ilustre Catedrático de Derecho civil y Secretario de Sección del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, don Antonio Hernández-Gil, que tratamos de reseñar con la mayor fidelidad, pronunciada el día 6 de junio del pasado año, vino a cerrar el interesante ciclo que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid nos ofreció el curso pasado.

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

Tanto el enunciado del tema como las primeras palabras del conferenciante, nos muestran claramente su postura frente al problema planteado: el autor se propone hacer una exaltación del Derecho civil, cansado de asistir con indiferencia, o bien de impugnar simplemente con una frialdad y una objetividad científica, a los embates que, desde hace algunos decenios, por un conjunto heterogéneo de causas, viene recibiendo el Derecho civil. El caso ciertamente lo merece, porque, como dice el autor, el Derecho civil es un sector del ordenamiento jurídico, una rama, una ciencia jurídica, pero es también ingrediente y soporte básico de una civilización. Por lo tanto, en la suerte del Derecho civil, en su presente y en su futuro, se ventila algo más que un problema científico, técnico o estrictamente jurídico: se pone en juego el orden social.

Frente a la pregunta grave y desalentadora de si agoniza el Derecho civil, cree, con el maestro CASTÁN, que su crisis no es dolencia mortal, sino indicio de variación y evolución. Pero, ¿todo es evolución en el Derecho civil y el signo de la misma es el de una disminución de su valor espiritual? Esta es la principal cuestión que se propone desentrañar el conferenciante. Y su tesis central es ésta: no todo es evolución, hay también permanencias.

El llamado proceso de desintegración del Derecho civil es uno de los fenómenos más acusados de los últimos tiempos. Cada sector de la economía, cada grupo social o profesional parece reclamar un Derecho propio y diferenciado que tutele y desarrolle estos intereses económicos, sociales y profesionales, que ahonde en su detallada ordenación. El Derecho considerado en su objetividad se nos presenta hoy más acusadamente bajo el signo de las variación, de la multiplicidad de formas. Esta es una realidad indiscutible, pero el reconocimiento de esta realidad no ha de conducir al reconocimiento de que el Derecho civil se ha descompuesto, se ha roto y se ha desmembrado irremediablemente, o bien que se haya achicado hasta tal punto de ponerse en trance de perecer. Sinceramente, añade el conferenciante, no me resigno a creer que el Derecho civil haya desembocado a una situación de acabamiento. El Derecho civil cumple todavía una misión y una función; esa misión y esa función exceden a las meramente ilustrativas y pedagógicas.

La palabra autonomía y la metáfora fácil y alucinante del árbol del que se desgajan las ramas han sido perturbadoras. Los llamados derechos autónomos, en parte, son, sencillamente, por razón de la materia, derechos nuevos, distintos, que ordenan un sector de la realidad, que con anterioridad no ha sido objeto de ordenación jurídica y, por ello, no representan una efectiva disminución del ámbito del Derecho civil, sino una extensión de la ordenación jurídica, que, a veces, no sólo no se produce en detrimento del Derecho civil, sino que, a veces, se adivina el germen informador del mismo.

Es necesario contemplar la cuestión de la autonomía con una perspectiva histórica, porque existe una cierta predisposición a dar por definitivo o como fatalmente progresivo aquello que hoy contemplamos. ¿Será ése precisamente el giro de los acontecimientos? ¿El Derecho civil ha de darlo todo y no puede recibir nada de esas autonomías? Del examen de los ejemplos más salientes, el conferenciante llega a esta conclusión: es posible que la autonomía sea una situación necesaria, pero transitoria: los preliminares de una reelaboración total del conjunto. La formación de los conceptos jurídicos es

extraordinariamente lenta, y a veces se sirve de expedientes que puedan pasar inadvertidos o no comprendidos actualmente para toda una época.

Por lo demás, aun cuando no se acepte en todo su rigor la estructura escalonada del orden jurídico a la manera kelseniana, no cabe duda, dice el Profesor HERNÁNDEZ-GIL, que hay una cierta jerarquía. Las diversas ramas del Derecho no están en una simple relación de contactos colaterales y al Derecho civil le corresponde una preeminencia. La preeminencia de su generalidad, la preeminencia de su esencialidad y la preeminencia de su tradición. Los flamantes derechos autónomos son derechos superpuestos, pero no excluyentes; derechos complementarios, pero no completos. El Derecho civil ha perdido potestad, pero conserva aun una ascendencia y un abolengo que de igual manera que no se improvisan no se pierden. La potestad puede perderse, pero la paternidad y la filiación son vínculos inextinguibles.

Considerando intrínsecamente el problema es evidente que el Derecho civil, enraizado en la vida, en la economía y en la historia, se transforma. ¿Pero hasta qué punto alcanza esta transformación, a qué grado llega y de qué modo puede producirse? ¿En medio de las transformaciones no hay también permanencias? Esto es lo que el conferenciante se propone poner de relieve en la segunda parte de su interesante disertación. El Derecho es eminentemente, nos dice, una fuerza conservadora. Bien que no puede vivir de espaldas a los hechos y en contra de la corriente que afluye de la realidad social. Pero tampoco puede vibrar precipitadamente al unísono, hasta el punto de convertirse en un acontecer más. La ordenación jurídica debe producirse con diligencia, pero también con reposo, con tacto y con cuidado. Y si esto es así, en términos generales, mucho más lo es con relación al Derecho civil. El Derecho civil afecta a categorías permanentes del ser: la persona, la familia y el patrimonio. Llega a la más profunda intimidad de cada uno y afecta a la más extensa colectividad. El Derecho civil no es inmóvil, pero más que ningún otro ordenamiento jurídico, tiene como ingrediente mismo de su esencia un sentido de la perdurabilidad. Este es un rasgo característico de lo que llama el autor el valor permanente del Derecho civil. Otro de los rasgos es su aptitud para implicarse en una ideología política: esta verdad hay que reconocerla y proclamarla como uno de los signos de la grandeza del Derecho civil. Ello queda bien patente en los ejemplos de las codificaciones francesa e italiana del 42 y en la tarea reformadora de la ordenación del III Reich alemán. Ello no quiere decir, añade el conferenciante, que los ordenamientos civiles no respondan a su tiempo y a su ambiente. Pero sí que responden a algo más, ya que las raíces del Derecho civil son muy profundas y muchas de sus normas calan en la naturaleza humana.

La tacha que, en términos generales, continúa el Profesor HERNÁNDEZ-GIL, suele atribuírse al Derecho civil tradicional, es que está asentado sobre el individuo y, en concreto, dominado por una mente individualista y liberal. Se reclama para el Derecho civil una orientación social, colectiva, comunitaria. Es ya hoy día un verdadero slogan el afirmar la hegemonía de los intereses generales sobre el interés individual. Pero es ya hora de reflexionar con cierta serenidad, que la mirada crítica, para ser profunda y comprensiva, no ha de obcecarse en considerar sólo aquello que impugna, sino que ha de dirigir también su análisis escrutador a aquello que se propugna. El Derecho civil,

por su historia, dice el conferenciante, y por esta consistencia superior a una determinada concepción política que tiene de suyo, no está en función del liberalismo individualista. Otra cosa es que haya determinado ciertos excesos en este sentido, no tanto, por cierto, en la fase de la producción del Derecho como en la de su realización en la vida del tráfico. El exceso está en el «ismo» que se agrega a las dos palabras individuo y libertad, pero no en ellas mismas.

El equilibrio es difícil, pero ahí está el problema y resolverlo es misión del Derecho, mediante un sistema de concesiones y limitaciones, de facultades y deberes. El problema no se resuelve eliminando o desconociendo ninguno de los dos términos que figuran en su planteamiento.

Y si del terreno de la norma, del ordenamiento, pasamos al de la ciencia jurídica, estos matices de unidad y permanencia, termina diciendo el Profesor HERNÁNDEZ-GIL, aparecen, si cabe, todavía más acentuados. La ciencia del Derecho civil viene a equivaler al clasicismo en el arte y al escolasticismo en filosofía.

E. V. T.

B) EXTRANJERAS

El anteproyecto del profesor Galvão Teles sobre compraventa y locación para el nuevo Código civil portugués

El catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lisboa, Inocencio Galvão Teles (1), encargado de elaborar el anteproyecto del futuro Código civil portugués, en la parte referente a los contratos en especial, ha publicado en la «Revista da Faculdade de Direito de Lisboa» (año V, 1948, págs. 173 y ss.) los dos primeros capítulos de aquél, dedicados a la compraventa y locación.

Dada la trascendencia de este anteproyecto, vamos a referir en sus líneas generales, dentro de los límites de esta noticia, todos aquellos puntos que por importantes o constituir innovación deben ser más salientados.

El primer capítulo —Compraventa— se halla dividido en once secciones, cuyos títulos son: I. Disposiciones preliminares; II. Efectos de la compraventa; III. Venta de bienes ajenos; IV. Venta de bienes gravados; V. Venta de cosas defectuosas; VI. Venta a contento y venta sujeta a prueba; VII. Venta a retro; VIII. Venta con reserva de propiedad; IX. Venta a plazos; X. Venta sobre documentos, y XI. Venta realizada en proceso judicial. Otros contratos onerosos de enajenación o gravamen de bienes. Siguen después unas disposiciones complementarias que cierran el capítulo.

Es definida la compraventa como «el contrato por el cual se transmite la propiedad de una cosa u otro derecho, contra un precio» (art. 1.º). De esta

(1) ORTEGA PARDO ya puso de relieve la acusada personalidad del ilustre juriscónsulto aragonés como profesor universitario, investigador y abogado, con ocasión del comentario hecho a su obra *Dos contratos em geral* (Coimbra, 1947), publicado en la *Revista General de Legislação y Jurisprudência*, febrero de 1948, págs. 250-253. Vid. también la semblanza del mismo trazada por ORTEGA en *La revisión del Código civil português*, Coimbra, 1948, págs. 24 y 25.

forma, el problema de si es esencial la obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador (2), planteable respecto al artículo 1.544 del Código civil portugués vigente, queda definitivamente resuelto en el mejor y más moderno sentido (§ 433, 1.º del B. G. B., art. 184 del Cód. suizo de las obligaciones y artículo 1.470 del nuevo Cód. civ. italiano), abandonándose el criterio de las fuentes romanas (Dig. 19, 1, 30, § 1). Entre los distintos sistemas legislativos que existen en orden a la transmisión se ha seguido el francés e italiano, que es también el tradicionalmente admitido en Portugal, siendo la entrega (*traditio*) un simple hecho que pone al comprador en la posibilidad de ejercer su derecho de dominio.

Son efectos esenciales de la compraventa: 1.º La transmisión de la propiedad de la cosa o del derecho vendido; 2.º La obligación del vendedor de entregar al comprador la cosa objeto del derecho vendido, si éste facultara la respectiva posesión, y 3.º La obligación del comprador de pagar el precio (artículo 7.º).

Es curiosa la disposición que establece el artículo 12: cuando las partes se hayan referido al *precio justo*, no estando la cuantía del precio fijada por entidad pública, y no habiendo convenido las partes el modo de su determinación, vale como precio el normalmente practicado por el vendedor o, si tal precio no existe, el del mercado o bolsa, en el momento y lugar en que el comprador debe cumplir.

Conságrase la imposibilidad de la rescisión del contrato por falta de pago del precio, al establecer que, transmitida la propiedad de la cosa o del derecho sobre ella y, hecha su entrega, el vendedor no puede rescindir el contrato por falta de pago del precio, salvo si se hubiera convenido lo contrario (artículo 20).

En cuanto a la venta de bienes ajenos, dispone el artículo 24 del anteproyecto que es nula, siempre que el vendedor no tenga *legitimidad* para hacerla—limitación acertada y justa, que corrige el rigor de aquel principio—, lógica consecuencia del juego combinado de los preceptos contenidos en los artículos 1.º y 7.º, § 1 y § 2. Sin embargo, la venta de bienes ajenos queda sujeta al régimen de la venta de bienes futuros si las partes los consideraron en esa cualidad y el vendedor tenía el derecho o la expectativa jurídicamente protegida de adquirirlos. Y la venta de cosas indeterminadas de cierto género no constituye «venta de bienes ajenos», aunque en el momento de su celebración el vendedor no sea dueño de ninguna cosa del género considerado, salvo si éste perteneciera, en su conjunto a determinado tercero, o si la especificación viniese a recaer sobre las cosas de otro (arts. 25 y 26). Con esto se recoge con fortuna una aplicación práctica curiosa de la categoría «cosas genéricas delimitadas», elaborada por la dogmática germánica.

Se regula la restitución del precio al comprador de buena fe y la convalidación del contrato por adquirir el vendedor de algún modo la propiedad de la cosa o del derecho vendido, con las naturales limitaciones en los casos de anterior demanda judicial, pidiendo la declaración de nulidad, restitución acep-

(2) Vid. GALVAO TELES, *Venda obrigatória e venda real*, en la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, año V, págs. 76 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. CLXXXI, 1947, págs. 496-500.

tada del precio o pago de la indemnización, transacción reconociendo la nulidad del contrato y declaración escrita de no querer que el contrato se convalide (arts. 27 y 28). Al mismo tiempo se sanciona la obligación de hacer convalidar la venta en caso de buena fe del comprador, adquiriendo la propiedad de la cosa o derecho vendido (art. 29).

Completan esta acabada reglamentación de la venta de bienes ajenos, verdadero modelo de técnica legislativa, unas normas estableciendo la indemnización a pagar por el contratante doloso al de buena fe, por el vendedor que no empleó dolo al comprador de buena fe y por el no cumplimiento de la obligación de hacer convalidar la venta, y otras sobre la garantía del pago de mejoras y nulidad parcial del contrato en caso de bienes sólo en parte ajenos.

La venta de bienes gravados y la venta de cosas defectuosas, paralelamente reguladas, comprenden la disciplina de extremos tan interesantes como anulabilidad e indemnización por error o dolo, convalidación y obligación de convalidar el contrato, reducción del precio, obligación de reparar la cosa o en el supuesto de ser fungible de restituirla, defecto sobreviniente, venta sobre muestra y garantía de buen funcionamiento.

Dos modalidades de venta a *contentio* recoge el anteproyecto: una cuando la compraventa se hace bajo la reserva de que la cosa agrade o contente al comprador; otra cuando las partes pactan la resolución de la compraventa, para el caso de que la cosa no agrade al comprador. En un caso, el contrato vale como propuesta irrevocable de venta; en el otro, tienen aplicación las disposiciones dictadas para la revocación unilateral del contrato (arts. 55 y 56). La venta sujeta a prueba, que es distinguida netamente de las modalidades anteriores, se considera hecha bajo la condición suspensiva de que la cosa sea idónea para los fines a que se destina y tenga las cualidades aseguradas por el vendedor, excepto si las partes la subordinan a condición resolutoria (art. 57).

Con relación a la venta «a retro» (*pactum de retrovendendo*), definida como «aquella en que se reconoce al vendedor la facultad de revocar el contrato (art. 59), se adopta una postura mucho más comprensiva que la de su absoluta prohibición, acogida en el actual Código (arts. 1.586 y 1.587). No se desconoce que la venta «a retro» pueda satisfacer los intereses legítimos del que un día enajenó una cosa y tiene la fundada esperanza de readquirirla. Pero el anteproyecto sigue mirando con cierto recelo el empleo indirecto de la venta con pacto de retro a fines de garantía. No es que llegue a la medida extrema de prohibir terminantemente ese desvío instrumental: simplemente pretende reprimir los posibles abusos usurarios de acreedores poco escrupulosos, y para ello sanciona que es nula en cuanto al exceso la *cláusula* que declare al vendedor obligado a restituir precio superior al fijado para la venta (art. 62). Y establece también la nulidad de la estipulación de cualquier ventaja para el comprador (art. 61). El artículo 63 señala dos plazos límites para la revocación: uno de dos años, tratándose de bienes muebles, y otro de cinco, para la venta «a retro» de inmuebles. Se dictan además unas normas para la adquisición de cuotas en la venta de cosa o derecho común y para la eficacia de la revocación en la misma.

De acuerdo con las más modernas tendencias legislativas y siguiendo una

directriz iniciada por la jurisprudencia de algunos países, que no consagran de una forma expresa esta modalidad, se reconoce abiertamente la venta con reserva de propiedad. «Los contrayentes—dice el art. 68 del anteproyecto—pueden subordinar la transmisión de la propiedad de la cosa o del derecho vendido a la condición suspensiva del pago del precio.» Y en la venta de bienes no sujetos a registro, la reserva de propiedad sólo es oponible a terceros de buena fe cuando conste en documento con fecha cierta, anterior a la transmisión o gravamen en favor de esos terceros (art. 69).

En la Sección IX se disciplina la venta a plazos: vendida una cosa a plazos, con o sin reserva de propiedad, y hecha su entrega al comprador, la falta de pago puntual de sólo un plazo, que no exceda la octava parte del precio, no da lugar a la resolución del contrato ni hace perder al comprador el beneficio del plazo relativamente a las prestaciones siguientes, no obstante pacto en contra (art. 70). Precepto equitativo, que corrige las posibles extralimitaciones por fuerza de cláusulas leoninas insertadas en el contenido del contrato y que muy posiblemente son desconocidas por el comprador que suscribe un contrato de adhesión (3).

Lo mismo cabe decir de la disposición que limita la cláusula penal, en caso de resolución del contrato por falta de cumplimiento del comprador, a la mitad del precio, como máximo (art. 71).

Otra interesante modalidad de venta reconocida en el anteproyecto—que se sitúa así en la vanguardia de las reformas codificadoras—es la venta sobre o contra documentos, impuesta por exigencias de rápida negociación reiteradamente presentes en el tráfico moderno. En la venta sobre documentos—dispone el art. 73—, la entrega de la cosa es substituida por la entrega de su título representativo y de los demás documentos exigidos por el contrato o, en el silencio de éste, por los usos.» La regulación de la venta de cosa en viaje es bastante completa, comprendiendo el supuesto de entrega de la correspondiente póliza de seguro contra los riesgos del transporte.

El capítulo segundo, dedicado a la locación, comprende nueve secciones: I. Disposiciones preliminares; II. Obligaciones del locador; III. Obligaciones del locatario; IV. Modificación y resolución del contrato; V. Prórroga y renovación del contrato; VI. Transmisión del contrato; VII. Sublocación; VIII. Locación de cosas productivas, y IX. Arrendamientos de predios urbanos y arrendamiento de predios rústicos como cosas no productivas. Acaba con una disposición complementaria sobre la legislación civil general que debe ser derogada.

En esta segunda parte del anteproyecto el Prof. Galvão Teles incluye tan sólo la reglamentación del contrato de arrendamientos de acuerdo con su naturaleza, juzgada en circunstancias normales. Todas las desviaciones más o menos *anómalas*, dictadas por un condicionalismo económico que puede desaparecer, las dejó, con buen criterio, para la legislación especial en vigor, que subsistirá en cuanto ese condicionalismo lo exija. En realidad, como el propio autor declara en las palabras iniciales de su trabajo, no se podría seguir

(3) ROYO MARTÍNEZ, *Contratos de adhesión*, en: este ANUARIO, t. II, fasc. I, páginas 61 y ss.

una orientación diversa en la confección de un Código, que por su misma índole aspira a la permanencia.

«Locación—dice el art. 1.º—es el contrato por el cual una de las partes se obliga a proporcionar a la otra el goce *temporal* de una cosa, mediante retribución.» De acuerdo con esta definición, el art. 7.º establece el plazo de treinta años como duración máxima del contrato. La locación se llama arrendamiento cuando versa sobre cosa inmueble y alquiler cuando versa sobre cosa mueble (art. 2.º).

En cuanto a la forma del contrato, el art. 15 dispone que la locación que no esté sujeta a registro—la cual según el artículo anterior debe constar en escritura pública—no precisa ser celebrada por medio de documento; pero en el arrendamiento, como en el alquiler de cosas productivas, las cláusulas derogatorias del régimen supletivo del contrato únicamente son válidas cuando sean reducidas a escrito.

Las obligaciones esenciales del locador son: 1.ª Entregar al locatario la cosa arrendada; 2.ª Asegurarle el goce de ésta, para el fin o fines a que se destina (art. 17). Los artículos siguientes de esta sección regulan cumplidamente la entrega de la cosa, la responsabilidad del locador por los defectos de la cosa locada, los casos de irresponsabilidad del locador, la exclusión o limitación convencional de la responsabilidad del locador, la falta o deficiencia del derecho de goce por parte del locador, la anulabilidad por error o dolo, las reparaciones u otros gastos urgentes y los actos del locador que impidan o disminuyan el goce de la cosa.

Como obligaciones esenciales del locatario, el artículo 26 determina las siguientes: 1.ª Pagar la renta o alquiler; 2.ª No aplicar ni consentir que otro aplique la cosa arrendada a fin diverso de aquel o de aquellos a que se destina; 3.ª No hacer ni consentir que otro haga una utilización imprudente de la cosa arrendada; 4.ª Tolerar las reparaciones urgentes, así como cualesquiera obras ordenadas por la autoridad pública; 5.ª Avisar inmediatamente al locador, a partir de la entrega de la cosa, todas las veces que descubra en ésta defectos o sepa que la amenaza algún peligro o que terceros se arrogan derechos con relación a ella, si esos defectos, peligros o pretensiones no fuesen conocidos por el locador; 6.ª Restituir la cosa al locador, finalizado el contrato.

Entre otros extremos de no menor importancia, se regulan la reducción de la renta o del alquiler en caso de privación o disminución del goce de la cosa, la consignación en depósito de rentas o alquileres, la indemnización por falta de pago (tal vez algo exagerada), la recusa o aceptación de las rentas o alquileres siguientes, el depósito de las rentas en falta, el deber de mantenimiento y restitución de la cosa, su pérdida o deterioro, la alimentación de animales, etcétera.

La sección IV contiene interesantes disposiciones sobre la modificación y resolución del contrato. Así, en la subsección I, el artículo 44 establece que la locación reducida a escrito sólo puede ser modificada o revocada mediante documento de igual o mayor fuerza probatoria. Se regula la revocación real por la restitución aceptada de la cosa al locador y la nulidad de la cláusula de revocabilidad al arbitrio del locador.

La subsección II, dedicada a la rescisión, es digna de notar por los preceptos contenidos en los artículos 47 y 49. El primero dispone que la rescisión

sión del contrato por falta de cumplimiento del locatario tiene que ser decretada por el tribunal. En el segundo se establece que el derecho a hacer rescindir el contrato por falta de pago de la renta o alquiler caduca luego que cese la mora del locatario, desde que ese hecho se produzca, lo más tardar, hasta la contestación de la acción tendente a hacer valer aquel derecho. Aplazamiento justo de los efectos de la *litispendencia*, por ventura situada en el anterior momento de la notificación de la demanda. Por último, los artículos 51 y 52 reglamentan las causas de rescisión del contrato por el locador y la irrenunciabilidad del derecho a la rescisión.

La subsección III se ocupa de la caducidad. El artículo 53 fija los casos en que el contrato caduca: 1.º Acabado el tiempo por el que fué celebrado, salvo cuando proceda la prórroga legal; 2.º Verificándose la condición a que las partes lo subordinaron o tornándose cierto que no puede verificarse; 3.º Cuando cesa el derecho o los poderes legales de administración, a cuya sombra el contrato fué celebrado, o si su titularidad era resoluble y se da la resolución; 4.º Cuando aquel derecho es enajenado y no pueda oponerse la locación al adquirente en virtud de las disposiciones legales sobre registro; 5.º Por la muerte del locatario o por su extinción, si se trata de persona colectiva, salvo pacto en contrario; 6.º Por la pérdida de la cosa locada; 7.º En caso de expropiación por utilidad pública, relativa al predio arrendado, a no ser que la expropiación, por su fin, sea compatible con la subsistencia del arrendamiento.

En la sección V se regula la prórroga y la renovación del contrato. El artículo 58 declara en su § 1.º que «el contrato de locación se prórroga sucesivamente si ninguna de las partes lo denuncia». La prórroga, según el § 3.º, es igual al plazo por el que haya sido celebrado el contrato; pero será tan sólo de un año si dicho plazo fuera más largo.

En lo que afecta a la renovación del contrato, se dispone que si después de revocado, rescindido o caducado, el locatario se mantuviera, *omn así*, en el goce de la cosa, durante el lapso de un año, sin oposición de la otra parte, el contrato se considerará *de nuevo* en vigor, como si no hubiese acabado (artículo 59). Disposición interesante y curiosa que parece consagrar una especie de *usucapio* extraordinario del derecho de arrendamiento (basada únicamente en el goce de hecho de la cosa durante un año, sin título), que atribuye de nuevo (*erga omnes*, si el contrato consta de inscripción en el registro) la cualidad jurídica de locatario, a quien de derecho es ya un mero *precarista*. En realidad, se trata de una norma que viene a dar mayor estabilidad a la relación arrendaticia, y, en este sentido, es oportuna.

Muy ponderados son los términos en los que se admite la transmisión del contrato. En cuanto a la transmisión de la posición jurídica del locador, el artículo 62 determina que el adquirente del derecho, a cuya sombra fué celebrado el contrato arrendaticio, sucede en los derechos y obligaciones del locador, a partir del momento de la adquisición, y aunque ésta se funde en prescripción. Dicha sucesión también se da a favor del propietario, en la hipótesis de abandono por parte del enfiteuta o usufructuario.

Conságrase el principio de la intransmisibilidad de la posición jurídica del arrendatario, que nunca se comunica al cónyuge, cualquiera que sea el régimen matrimonial (art. 64). Sin embargo, en ciertos casos, puede ser transmitida aque-

lla posición: en el supuesto de sucesión a título universal o singular, *mortis causa* o *inter vivos*, cuando las partes hayan convenido por escrito que el contrato no caducará por el fallecimiento del locatario o por su extinción si se trata de persona colectiva. Fuera de este caso, la cesión de la posición jurídica del locatario (cesión del derecho de arrendamiento) también es válida si el locador la hubiera autorizado por escrito. La cesión no permitida por la ley ni autorizada por el locador, convalidase, no obstante, si éste reconociera al cesionario como tal (arts. 63 y 64 bis) (4). La extensión a otros supuestos es dejada con certero juicio para la legislación de emergencia. La sección acaba ocupándose de la oponibilidad de la cesión respecto al locador y terceros (artículo 65 bis.)

En la sección VII se regula la sublocación. Merece ser destacada la precisa definición del instituto: «La locación se llama sublocación cuando el locador la celebra a la sombra del derecho de locatario que le deriva de un precedente contrato» (art. 66). En el anteproyecto se recoge la distinción entre subarrendo y cesión del arrendamiento («cesión de la posición jurídica del locatario»), y aun se alude a la posibilidad—subcontrato de comodato—de que el locatario, sin perder su condición, proporcione a otros el goce total o parcial de la cosa a título gratuito (arts. 43 y 63 bis, § 2.º). Todas estas figuras paralelas, cuyo resultado es la «cedencia del goce de la cosa» (concepto que, en el pensamiento del autor, es amplio y empírico, no equivalente a cesión, en sentido estricto y técnico), son objeto—como no podía ser de otra forma, dados sus íntimos puntos de contacto—de una misma normación, si bien está dispersa en varios preceptos, encuadrados sistemáticamente en diferentes secciones por razones de plan. El principio general, abstraído de aquéllos, es que no se puede proporcionar a otro, por título oneroso o gratuito, la cedencia del goce total o parcial de la cosa, ya sea realizada por medio de cesión de la posición jurídica de locador, por sublocación o comodato celebrados a la sombra de un contrato de arrendamiento precedente (arg. arts. 41, § 1.º y 2.º, 63 bis, § 1.º y 2.º y 68, § 1.º). En la duda—dispone el artículo 43—la autorización dada por el locador al locatario para ceder su posición jurídica, envuelve la autorización para sublocar. El artículo 41, § 2.º, regula la notificación escrita de la cedencia hecha por el locatario, necesaria además de la autorización, salvo en algunas excepciones (arts. 42 y 50), para que sea oponible al locador.

El único reparo que suscita ese grupo de disposiciones, poco antes referidas, es que su terminología puede ser mal entendida. Tal vez reduciéndolas a un principio general se evitaría la posible confusión y parecería mejor la «cedencia» como fórmula global, comprensiva de las tres figuras.

Como normas interesantes se recogen la posibilidad de una acción subrogatoria directa del locador contra el sublocatario, en caso de mora del locatario (art. 67), la obligación del locatario de no cobrar del sublocatario retribución superior o proporcionalmente superior a la que es debida por el contrato de locación, aumentada en un cincuenta por ciento, salvo si en el mencionado contrato se hubiera convenido otra cosa (art. 41, 3), y la no caducidad de la

(4) La numeración de estos artículos está, sin duda, errada, pues a partir del 64 se interrumpe la correlación, repitiéndose los números anteriores.

sublocación oponible al locador por extinción en virtud de confusión de las cualidades de locador y de locatario (art. 68).

La séptima sección está dedicada a la locación de cosas productivas, sometidas a unas normas especiales—además de las generales, aplicables en cuanto no se opongan a aquéllas—en materia de duración mínima del contrato, plazo del arrendamiento agrícola en caso de silencio del convenio y de los usos, fin del arrendamiento de fincas rústicas, indemnización por la falta de pago de rentas o alquileres, derecho a realizar mejoras útiles, comienzo y conclusión de las mejoras, preferencia del locador para determinadas mejoras, derechos del locador y del locatario mejorantes, mejoras no autorizadas, límite máximo y forma de pago de la indemnización, etcétera.

Son de notar las disposiciones contenidas en los artículos 74, 75 y 85. El primero regula el deber de «buena gestión» del locatario. «No obstante, diverso acuerdo de las partes—dispone—, el locatario debe gestionar la cosa en armonía con los *intereses de la producción*, empleando los medios necesarios para eso y observando las reglas de *buena técnica*, y puede tomar las *iniciativas* que permitan un aumento del rendimiento de la cosa, con tanto que no agraven al locador y sean conformes con los referidos intereses». Precepto feliz, que conjuga armónicamente la iniciativa privada con el *interés nacional o social* de la producción, al que se debe ordenar toda «buena técnica».

El artículo 75 se ocupa del evento de una falta de producción o pérdida casual de los frutos, que da lugar al derecho de pedir una reducción equitativa de la renta, que no exceda la mitad de su cuantía, cuando la falta o pérdida de los frutos pendientes no sea inferior en su conjunto a la mitad de los frutos que normalmente se producirían. Se prevé también el supuesto de una compensación por exceso de producción o por indemnizaciones a que haya lugar. La justicia y oportunidad de estos preceptos son manifiestas.

El artículo 85 prevé los casos de rescisión del contrato a pedido del locador, basada en la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones del artículo 26, que se restringen a los cuatro primeros números y a los supuestos contemplados en los artículos 41 y 73 (desviación del fin del contrato).

Bajo el título «Arrendamientos de predios urbanos y arrendamientos de predios rústicos como cosas no productivas», se agrupan una serie de disposiciones especiales para esa clase de arrendamientos: plazo, fin y prueba del contrato; cuantía, anticipación y vencimiento de las rentas; pequeños deterioros para «conforto» y comodidad del inquilino (que son consentidos de armonía con los usos, junto a la obligación de repararlos antes de desocupar la casa); personas que pueden residir en la casa arrendada para vivienda y rescisión a pedido de dueño, también limitada.

Digno de aplauso, junto a la felicidad de su contenido, que hemos procurado poner de relieve, es el lenguaje sobrio, claro, sencillo y al mismo tiempo rigurosamente técnico y preciso, sin excesos conceptualistas ni obscuridades dogmáticas, impropios de un Código. De todos es conocida la vigorosa reacción en pro de un «derecho popular», fácilmente accesible, que en Alemania se había suscitado en los últimos tiempos contra el B. G. B., verdadero Tratado de Derecho civil. El Prof. Galvão Teles, muy ponderadamente, ha evitado uno y otro extremo, recogiendo cuando es útil el tecnicismo moderno, consagrado por el esfuerzo doctrinal de un siglo y que hoy es familiar al jurista medio.

Por otra parte, en abono del criterio seguido por el autor, cabe aducir aún: no se puede evitar que el profano se vea obligado a recurrir, lo mismo en las enfermedades del cuerpo que en las del patrimonio, a un especialista, médico o abogado.

Finalmente, es oportuno advertir que no se trata del anteproyecto definitivo, sino más bien de un esbozo de anteproyecto, sujeto a ulteriores modificaciones en vista de los principios generales que sean definitivamente admitidos en el nuevo Código. El autor ha preferido lanzar este «avance» de su obra precodificadora con el propósito de ir dando a conocer y sobre ella llamar la atención de los que, de una u otra forma, colaboran en la investigación, formación y aplicación del derecho, para que con amplia crítica cooperen a su mejoramiento.

Esta es la razón por la cual no se ha incluido una exposición de motivos, aclaratoria de las normas adoptadas, que en un día no lejano será publicada con el anteproyecto completo de los contratos en particular, una vez ultimado. De momento, no se podrá satisfacer la curiosidad de conocer el porqué de sus disposiciones.

El Prof. Galvão Teles ha contribuido con su valiosa aportación—a pesar de las dificultades encontradas, toda vez que tuvo que elaborar su trabajo presuponiendo muchas soluciones sin el lógico antecedente de otras partes del Código íntimamente relacionadas con la materia (como ocurre con la Parte General y con la disciplina general del contrato todavía en preparación)—al feliz éxito y pronto remate de los actuales trabajos codificadores lusitanos, tan interesantes para nosotros, dada la afinidad de cultura y mentalidades que media entre Portugal y España.

JUAN B. JORDANO BAREA

II. DICTAMENES

Carácter dentro del patrimonio conyugal de la participación de finca adquirida por retracto.

HECHOS

En el año 1941 una casa pertenecía, por mitades indivisas, a *A* y *B*. Adquirió *B* su participación en estado de soltera. En dicho año, y sin que *B* tenga conocimiento anterior ni posterior, *A* vende su participación indivisa a *C*, en precio de 500.000 pesetas, de las cuales recibe 100.000 en el acto de otorgarse la escritura, quedando aplazado el resto, por partes iguales de 100.000 pesetas, pagaderas en los días primero de enero de cuatro años sucesivos. No se pacta ninguna garantía para el cobro del precio y tampoco se inscribe la compraventa en el Registro de la Propiedad, por adolecer el título de un defecto subsanable, siendo retirado sin solicitar anotación preventiva.

En el año 1943, *B* contrae matrimonio sin otorgar capitulaciones matrimoniales y aportando sólo al patrimonio conyugal su participación indivisa de finca.

Enterados los cónyuges tres meses después de la venta que efectuó *A* a favor de *C*, entablan contra éste demanda de retracto legal de comuneros, sin justificar que el dinero con que se va a ejercitar el retracto sea de la pertenencia privativa de la mujer.

Se pregunta :

- 1.º ¿Procederá el retracto?
- 2.º Caso afirmativo, ¿en qué condiciones habrá de ejercitarse?
- 3.º ¿Qué carácter tendrá dentro del patrimonio conyugal la participación de finca adquirida a virtud del retracto?

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.º *¿Procederá el retracto?*

A) Es de suponer, según lo que se indica en el supuesto de hecho, que antecede, que el retracto en cuestión fué interpuesto dentro de los nueve días siguientes al conocimiento efectivo y suficiente, por los retrayentes, de la venta otorgada por *A* a favor de *C*.

Siendo así, aunque el asiento de presentación practicado en el Registro de la Propiedad se hubiese extendido en tiempo muy anterior, el retracto se habría interpuesto dentro del plazo legal.

Pese a la afirmación del artículo 24. Ley hipotecaria, de que «Se considerará

como fecha de la inscripción, para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá contar en la inscripción misma». Pues: 1.º Sólo podría hablarse de que la fecha del asiento de presentación es fecha de la inscripción, si ésta llegase a realizarse. El asiento de presentación, si caduca, no pasa de ser una inscripción abortiva. Un concebido que no llegó a nacer. 2.º Aun cuando el título presentado llegase a causar inscripción definitiva, tampoco a efectos del retracto la fecha del asiento de presentación es fecha de la inscripción, pues el T. S., en Ss. de 11 de junio de 1902, 3 de julio de 1906 y 10 de junio de 1915, no lo ha aceptado así, a efectos del retracto, argumentando que la Ley hipotecaria es Ley de excepción y que se refiere a terceros, carácter que no tienen frente al que enajena, el que adquiere y el que retrae. Y, a mayor abundamiento, la S. de 16 de octubre de 1944 nos dice que aunque la fecha de la inscripción debe retrotraerse a la de anotación preventiva (no ya del asiento de presentación), rige a efectos del retracto la de la inscripción y no la de la anotación. Jurisprudencia, toda ella, que nos sirve precisamente para rechazar todo intento de argumentación, contra nuestro primer argumento, basada en la idea de la publicidad material de que goza el libro Diario, afirmando que en el presente caso, más que la inscripción, lo que interesaba era la publicación registral de la enajenación.

Recordemos, además, para evitar ataques de flanco y por sitio distinto, que el Tribunal Supremo ha declarado que corresponde al demandado probar que la fecha del conocimiento es distinta de la que se establece por el retrayente (S. 21. V. 02).

B) Ciertamente el artículo 1.521 del Código civil nos dice que «El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el retracto, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago». Con lo que se nos ofrece un segundo obstáculo a salvar respecto a la procedencia del retracto. Existiendo un precio aplazado que sólo está garantizado con la responsabilidad personal patrimonial de C. ¿puede B subrogarse en iguales condiciones que C? Ni el débito es idéntico, si se cambia la persona del deudor, pues las condiciones morales son distintas en cada sujeto; ni sobre todo la responsabilidad patrimonial, el «Haftung», puede ser el mismo.

No olvidemos que ni siquiera las legislaciones que admiten la asunción de deudas como figura distinta y no productora de novación, han podido conseguir prescindir del consentimiento del acreedor. Sólo en el procedimiento del artículo 131 de la Ley hipotecaria vemos una excepción a lo dispuesto por el artículo 1.205 del C. c. Pero esta excepción, como hizo notar GUASP en su polémica con BENEDICTO BLÁZQUEZ, que sostenía la no asunción personal, es de tipo procesal y no substantivo. Y, por lo tanto, sólo impropia es excepción.

No obstante lo hasta aquí dicho, tenemos el antecedente de la Sentencia de 11 de diciembre de 1944, en la que el T. S. concedió el ejercicio del derecho de retracto en un supuesto de venta con precio aplazado aunque, en dicho caso, garantizado con hipoteca. Pero no hay que olvidar que la hipoteca sólo es accesorio del crédito. Y que en dicho caso, no puede pretenderse que el retrayente sólo asumiese la responsabilidad real de ser sujeto pasivo de la hipoteca (en dición incorrecta), ni menos aun hablando ortodoxamente en términos hipotecarios, que deviniese tercer poseedor de la finca hipotecada.

Nada de eso. El retraído quedó liberado de su responsabilidad personal ilimitada, establecida en el artículo 1.911 del Código civil, y reiterada en el 105 de la Ley hipotecaria (dentro de los límites del 919, C. de C., 1928, C. c. y número 1.447, Enjuiciamiento civil). Y el retrayente, además de adquirir la finca ganada con la hipoteca, asumió automáticamente el débito personal del que respondió con sus bienes presentes y futuros.

Ello hace pensar, como recientemente apuntó FIGA FAURA, en la «Revista de Derecho Privado», que *el subrogarse en las mismas condiciones* del que adquiere...»; mira más que al sujeto pasivo en sí; más que a la subrogación propiamente dicha, a su resultado A asegurar la satisfacción del interés económico del acreedor, propiamente aquí, del vendedor. Y conste, que no hablamos de equivalencia económica, cosa que nos llevaría al arduo problema de la permuta. Cuya aptitud para originar un retracto, no ha sido admitida tratándose de los derechos a retraer reconocidos en el Código civil, y, en cambio, se ha aceptado en el artículo 16 de la Ley de arrendamientos rústicos, incluso según las Ss. de 11 de junio de 1945 (en un considerando sin referencia en el fallo) y 1.º de diciembre de 1947 (que se apoya en aquélla y proyecta ya su doctrina en el fallo), tratándose de cosas no fungibles ni genéricas, como fincas rústicas individualizadas. Con lo que se ha llegado más lejos de lo que pretendieron los autores del precepto (tengo el testimonio de ANTONIO ALVAREZ ROBLES), que sólo pensaron en el caso de "*precio no pagado en metálico*".

Pero aun prescindiendo de esto último, dado el carácter de Ley especial, y hasta jurídicamente distanciada de muchos conceptos clásicos, que tiene la Ley de Arrendamientos Rústicos, y partiendo de que en el Código civil no cabe retraer satisfaciendo el *equivalente*, queda en pie el problema apuntado. Una cosa es satisfacer el equivalente y otra satisfacer *lo mismo* en condiciones *tal vez distintas para el retrayente, pero iguales prácticamente para el vendedor*. En la citada Sentencia de 11 de diciembre de 1944, sin duda el T. S. consideró que la hipoteca era suficiente para asegurar la percepción del precio al vendedor y que la garantía personal del artículo 1.911 no pasaba de ser una garantía puramente teórica.

No olvidemos tampoco la evolución que incluso dogmáticamente ha sufrido el concepto de obligación. ALGUER, en sus «Notas para la crítica del concepto del precontrato», (Rev. Dr. Friv., 1935), siguiendo a DEGENKOLB, hace notar que el *objeto* de la obligación, más que en la prestación como acto del deudor, hay que verlo en la satisfacción del interés del acreedor. En el resultado obtenido, más que en el acto del deudor.

Por otra parte, podría discutirse el alcance y significado de las palabras del artículo 1.521 «con las mismas *condiciones* estipuladas en el contrato». La inmutabilidad del deudor en el caso discutido, ¿es condición o, hablando más técnicamente, «presupuesto» de la enajenación que se quiere retraer? Se dirá que todos los créditos se otorgan *intuitae personae*, pero ello no es rigurosamente exacto, como nos lo demuestra el artículo 1.158. ¿Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe o ya lo ignore el deudor, «con la sola excepción del artículo 1.161, tratándose de obligaciones de hacer, cuando la calidad y cir-

cunstancias de la persona del deudor se hubiera tenido en cuenta al establecer la obligación».

Vemos, pues, una diferencia fundamental entre la obligación en su fase de espera y la obligación en su momento de cumplimiento; que se traduce en la disparidad entre la intangibilidad del deudor (sin consentimiento del acreedor), en el primer momento (caso del 1.205), y su fungibilidad en el segundo (caso del 1.158 con la excepción del 1.161).

Ahora bien, en el caso estudiado la obligación de pagar el precio está en parte aplazada. Parece, pues, a primera vista, que ha de juzgar el 1.205 y no el 1.158. No puede exigirse a C que sufra el retracto y siga debiendo en potencia hasta que B se le subroge en el pago. Ni a A que acepte el "Haftung" de B, en lugar del de C, como garantía personal. Tampoco puede obligarse al vendedor a que reciba totalmente el precio al ejercitarse el retracto, pues no en vano el artículo 1.127 del C. c. entiende que el plazo se establece—salvo pacto en contrario—en favor tanto del acreedor como del deudor.

Pero, siguiendo la pauta de la Sentencia de 11 de diciembre de 1944 y la orientación teórica apuntada de mirar más la identidad del resultado (no a su mera equivalencia), que no la del acto, tal vez hallemos la solución. ¿Podrá consignarse la totalidad del precio y garantizarse el pago de intereses, si se debieren, por todo el tiempo que pendiere, a fin de que el vendedor pueda retirarlo a su arbitrio, sea en el mismo acto o cuando fuesen venciendo los plazos pendientes? Se nos observará, sin duda con todo rigor técnico, que la consignación ha de ajustarse a las disposiciones que regulan el pago y que entre ellas, sin duda, está el 1.127 antes citado, y que la consignación supone *per se* una deuda vencida y líquida. Podría contraargumentarse, a lo primero, que el artículo 1.127 no se halla en la Sección 1.ª del Título IV, y ni siquiera en dicho Título, al que hay que considerar aiude el número 2 del artículo 1.177. Pero creemos no es necesario entrar en este terreno.

El artículo 1.618 de la L. E. C. exige, para que pueda darse curso a las demandas de retracto: «2.º Que se consigne el precio si es conocido, o si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea». ¿Podrá aplicarse analógicamente aquí el «precio no actual», o que se dispone para el «precio no conocido»?

Sobre la base y apoyo de la indicada Sentencia de 11 de diciembre de 1944, creemos que:

Al vendedor-acreedor, le basta objetivamente que le aseguren *iguales condiciones y garantías* de cobro, real; quien realice la prestación. Si ciertamente la responsabilidad patrimonial universal es distinta de persona a persona (artículo 1.205), puede, en cambio, asegurarse el resultado objetivizando la garantía. Interpretando el artículo 1.521 del C. c. (en igual dirección que las normas del B. G. B.), siguiendo la pauta de la repetida Sentencia de 1944, resulta que lo que la ley pretende en dicha norma, es asegurar al vendedor igual resultado al previsto en la enajenación.

El *inhibitio personae* no cabe en el retracto legal, pues esta institución, por sí sola, parte de su negación. No en vano es una subrogación legal y forzosa. La persona del comprador no importa, y la responsabilidad personal sólo interesa si no puede cubrirse con otra garantía suficiente. (Sentencia de 1944, dicha.)

Además, de no aceptarse esta solución, bastaría para anular todos los re-

tractos legalmente queridos, utilizar ese expediente de aplazar sin garantía alguna el precio total, pagado simuladamente y con contra recibo privado de su pago actual. Tal fraude de Ley sería además difícilísimo de probar.

2.º *¿En qué condiciones habrá de ejercitarse?*

Hemos ya adelantado esta respuesta. Deberá consignarse el precio vencido, en nuestro caso 300.000 pesetas. Es decir, las 100.000 pagadas de presente y las respectivamente vencidas en 1.º de enero de 1942 y de 1943. Y darse fianza de consignar el precio pendiente; esto es: las 100.000 a vencer el 1.º de enero de 1944 y las restantes 100.000 que debieron vencer el 1.º de enero de 1945. Dicha fianza puede consistir en el depósito de tales sumas en establecimiento al efecto, la pignoración de efectos públicos, valores, seguros o hipoteca bastante, a juicio del Juez, respaldada de tratarse de cosa susceptible de destrucción con suficiente seguro, sobre el que se extenderá la hipoteca, como elemento subrogado suyo, conforme al artículo 110 de la Ley hipotecaria. No obstante, lo que decimos a vía de orientación es, con su recto criterio, el juzgador quien debe decidir la suficiencia de la garantía, tanto objetiva como cuantitativamente.

No puede bastar fianza personal. Por la razón dicha de la infungibilidad del «Haftung»; e incluso, siguiendo en la analogía con el art. 1.618 de la L. E. C., porque para el supuesto contemplado por dicho artículo, el T. S. (S. de 30 de diciembre de 1882) dice que no basta la simple promesa de llenar los requisitos exigido en el número 2.º de dicho artículo.

3.º *¿Qué carácter tendrá dentro del patrimonio conyugal la participación de finca adquirida en virtud de retracto?*

Digamos, ante todo, que el precio del retracto, como el de cualquier carga, puede satisfacerse con dinero del retrayente o de cualquier otra persona. Ello no importa al vendedor.

Pero lo que aquí nos interesa es el carácter ganancial, privativo de la participación indivisa retraída.

El artículo 1.396 del C. c., nos dice: «Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: ... 3.º Los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes pertenecientes a uno solo de los cónyuges».

¿Se refiere este artículo sólo a los retractos convencionales o también es aplicable a los legales?

Podrá argüirse en el primer sentido lo que el C. c. llama derecho de retracto convencional (derecho a retrocomprar, derecho de *lluir* o quitar) que es un derecho nacido de la venta con pacto de retro, que es lógico pertenezca privativamente al vendedor, sin compartirlo con su cónyuge, háyase verificado la venta antes o durante el matrimonio. Y que, en cambio, el retracto legal nace *ex lege* en el momento en que se den los supuestos legalmente exigidos. Antes, sólo hay una expectativa, un beneficio legal, pero no un derecho adquirido. Y que este derecho, si nace durante el matrimonio, como no tiene enlace con disposición onerosa alguna de la mujer, ni es adquisición lucrativa de ésta, debe entenderse ganancial como derecho nacido durante el matrimonio, ni a cambio de bienes privativos, ni como liberalidad de un tercero a favor de uno

de los dos cónyuges. Pero esta argumentación encierra un evidente sofisma: El retracto legal, aunque conferido *ex lege*, se atribuye, tratándose del de comuneros, al comunero *como tal*, en este caso a la mujer. Y siendo su fin facilitar el cese de la indivisión, se frustraría de concederse la participación indivisa a la sociedad conyugal. Y, cosa semejante, respecto a la eliminación de minifundios, sucedería en el de colindantes.

Ese argumento es, por sí solo, suficiente para eliminar *a priori* cualquier tesis contraria bien apoyada en el número 3 del artículo 1.401, en la consideración, totalmente errónea, del retracto legal como fruto de la finca. Por ello no entramos en su consideración.

A mayor abundamiento, ni en el número 3 del artículo 1.396, ni en el 2 del 1.337 (tratándose de la dote), se distingue el retracto legal del voluntario, y sabido es que, en principio, «donde la Ley no distingue...» Y aunque este brocardo no es siempre exacto, como hemos visto, aquí falta toda la base sería para excluir su aplicación. Y, además que, de no aplicarse el número 3 del artículo 1.356 a los retractos legales, se frustraría, cuando los ejercitase persona casada, el fin por el que la Ley los concede.

El supuesto de hecho nos indica que no se justifica que el dinero sea de la pertenencia privativa de la mujer. Pero no nos dice si el marido asevera algo en dicho sentido. La cuestión no tiene interés, por lo que se refiere a la pertenencia de la finca, como ya hemos visto. Pero puede tenerla respecto a la existencia de un crédito de la sociedad conyugal contra el patrimonio peculiar de la mujer. Sin embargo, consideramos que este problema cae fuera del ámbito del dictamen. Se trata de la cuestión del valor de la confesión por el marido del carácter privativo de la mujer de ciertos bienes, haciendo jugar el artículo 1.232 con el 1.344, en relación con el 1.257, párrafo primero. Y, subsidiariamente, si se rechazase todo valor a esta confesión, no sólo frente a terceros, sino incluso entre los cónyuges y sus herederos, el problema de la interpretación del artículo 1.334 del C. c., y en concreto al sentido y dirección de sus palabras «durante el matrimonio».

En conclusión, es dictamen del letrado que suscribe:

1.º Que procede el retracto a favor de B, que puede ejercitarlo su marido en representación de la misma B.

2.º Que deberá ejercitarse consignando las 300.000 pesetas vencidas previamente o en el instante de interponerse la demanda y dándose a la vez fianza real de consignar las cantidades pendientes (y sus intereses en su caso) en las fechas de sus respectivos vencimientos. Aunque no se habla de intereses y éstos no pueden presumirse (conforme al artículo 1.755), en el presente caso podría ser de aplicación, como más concreto, el número 2 del artículo 1.501: «Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta» (pese a no haber mora a la que alude el número 3.º y salvo, es claro, pacto en contra).

3.º La participación retraída no será ganancial, aunque el precio del que se satisfizo en el retracto lo fuese o se presuma serlo. Será, además, parafernial y no dotal, pues no consta que la otra mitad preadquirida por la mujer en estado de soltera se hubiese aportado en dicho concepto.

III. ACTUALIDAD JURIDICA ARGENTINA

Noticia sobre las actividades del Instituto de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Buenos Aires

JORGE JOAQUIN LLAMBIAS

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Facultad de Derecho

Con asistencia del Decano de la Facultad, doctor Carlos María Lascano, y de calificados profesores, tuvo lugar el 1.º de julio de 1949 la iniciación de las actividades del Instituto de Derecho civil de esa Facultad.

La nueva Ley Universitaria, número 13.031, en su artículo 7.º, establece que «el Instituto es la unidad universitaria para la investigación científica».

Esta idea fué más de una vez expresada por el Presidente de la República, General Juan Perón. Así, en el discurso que pronunciara el 14 de noviembre de 1947, al conferírsele por las Universidades argentinas el título de Doctor *honoris causa*, manifestó que «la cátedra propiamente dicha ha de estar acompañada de los Institutos de Investigación. He dicho en otra ocasión que las Universidades no deben limitar sus tareas a la formación de profesionales, sino que deben cumplir paralelamente los fines más elevados de fomentar la cultura y realizar la investigación científica de altos vuelos... De acuerdo con la idea expuesta, se ha de iniciar un proceso evolutivo que vaya desde la cátedra al instituto y del instituto a la agrupación de institutos. La cátedra es el primer paso y representa, podríamos decir, la célula del sistema. Representa el saber de un hombre transmitido a sus discípulos y a sus oyentes. Pero eso no basta, porque la ciencia del individuo se atrasa y se anquilosa si carece de los medios necesarios para los estudios comparativos y para el desenvolvimiento de sus propias teorías y de su propia ciencia. Para impedir esto se debe tender a que los profesores se vean asistidos de una tal cantidad de elementos de trabajo, humanos y materiales, que su labor pase de la enseñanza magistral y aun de las prácticas de seminario, a la función científica de investigación. Cuando esto se ha logrado, ha nacido el instituto.»

El Director del Instituto de Derecho civil, doctor Jesús H. Paz (h.), también esclarecido profesor titular de esa disciplina, destacó al abrir la sesión inaugural la presencia del Decano, doctor Carlos María Lascano, a cuyo empeño tanto debía la renovación de la vida de la Facultad. También, y como un testimonio del reconocimiento del Instituto, por el esfuerzo de los juristas que en época anterior dedicaron sus afanes a la profundización de los estudios de Derecho civil, citó a modo de síntesis el nombre del doctor Enrique Torino, prestigioso maestro malogrado en la plenitud de su talento, cuyo ejemplo exaltó a la consideración de las nuevas generaciones de estudiosos.

Seguidamente, el Director del Instituto hizo la presentación del Profesor Jorge Joaquín Llambías, cuyas cualidades científicas enalteció, quien comenzó a desarrollar el tema «Clasificación de los actos nulos y anulables».

El disertante principió ubicando el tratamiento de dicho tema, dentro del derecho positivo argentino, no por prevención hacia los estudios de derecho comparado, cuyo eficaz auxilio para el jurista no puede desconocerse, dijo «sin acompañar por eso a Lambert en la ilusión de atribuir al derecho comparado, la función de derecho común legislativo, de ideal orientador de las legislaciones positivas, y sin caer en el error de asignarle el papel de sucedáneo falsificado del derecho natural». Pero manifestó el profesor Llambías que en esa ocasión era menester estar advertido contra el manejo de las concepciones y terminologías extranjeras, ya que ha contribuido a dificultar la intrincada materia de las nulidades de los actos jurídicos la tendencia de muchos autores a yuxtaponer sobre la comprensión del sistema del Código, las opiniones de autores extranjeros, presentadas como dogmas científicos, a los que debía plegarse el sentido notoriamente distinto de las disposiciones del Código.

Después de revisar el concepto que de los actos nulos y anulables han expresado los tratadistas franceses más ilustres de este siglo y del anterior, y de verificar la escasa coincidencia que se advierte en dichos conceptos y aun en la misma terminología, el disertante se refirió a la peculiaridad de la teoría argentina de las nulidades, cuyo origen remonta, a través del Esbozo de Freitas, inspirado en este aspecto en el Reglamento número 737 para el Imperio del Brasil, del 25 de noviembre de 1850, a la obra del jurisconsulto Solón, Teoría sobre la Nulidad, publicada en Francia en 1835.

A renglón seguido entró el profesor Llambías en el examen de las causas que hacían a esta materia tan árdua y difícil, señalando las siguientes: a) índole compleja y sutil del asunto que unida a la necesidad de respetar la naturaleza de las cosas sugiere la inconveniencia de la adopción de una simplificación deformante de la realidad, citando la opinión de Renard a este respecto; b) terminología defectuosa de los autores derivada de la traslación de conceptos ajenos a la teoría legal; c) jurisprudencia confusa y contradictoria; d) técnica legal imprecisa: notas del codificador discordantes y expresiones poco felices; e) conciliación de fuentes divergentes; f) flexibilidad encomiable que exhibe el criterio de las nulidades absolutas y relativas, adoptado por el codificador argentino.

En la segunda sesión del Instituto celebrada el 7 de julio de 1949, continuó el profesor Llambías disertando sobre el tema mencionado. Luego de mostrar que la sistematización de las nulidades, en el Código civil argentino, está cimentada en la dualidad nulidad-anulabilidad, encareció la necesidad de alcanzar con todo rigor científico el criterio de la clasificación de los actos nulos y anulables, que permita también dominar todas las virtualidades implicadas en la teoría de esta institución.

Luego de recorrer las opiniones de los civilistas Segovia, Llerena, Machado, Salvat, Lafaille, Orgaz, Galli, Cordeiro Alvarez, Rayces, Martínez Carranza y Buteler, cuyos aciertos o deficiencias remarcó, el profesor Llambías expuso cuál era a su juicio la entraña de la oposición entre los actos nulos y los actos anulables. Según el disertante «es indudable que la ley frente a los actos que ella prohíbe puede encontrarse en una doble situación radicalmente

diferente e inconfundible. En una primera situación, la ley puede por sí misma y sin la cooperación de otro órgano o Poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En la segunda situación, la ley es impotente para aniquilar por sí misma el acto, cuando la imperfección de éste es por su propia índole, variable en los actos de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto. En esta segunda situación, la ley no puede sino establecer un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presente, avaloradas de acuerdo a su criterio: *es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial*. Si en la primera situación, en razón de que la causa de invalidez es determinada, rígida, invariable, insusceptible de estimación cuantitativa, la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo, en la segunda situación no puede sino reputarlo anulable, es decir, susceptible eventualmente de ser anulado por la sentencia, que determine, defina y declare que la causa de imperfección del acto existe y aun a veces que ella reviste la intensidad suficiente como para arrastrar la invalidez del acto. Si el acto nulo es invalidado inmediatamente por la ley misma, «expresamente» según la fórmula bastante confusa del artículo 1.038 del Código, el acto *anulable* resulta invalidado por la sentencia del juez que, apoyada en el principio de sanción establecido en la ley, aniquila el acto, que sólo se tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anula, conforme al artículo 1.046 del Código».

«Este es el sentido cabal de esta clasificación que está como se ve arraigada en la misma naturaleza de las cosas, y que no tiene nada de artificiosa ni de convencional.»

«Este era el sentido que le asignaba Solón, con el que pasó a través del Reglamento brasileño de 1850, y de Freitas, a nuestro Código.»

«Este es el sentido que le atribuye Bonnacase al renovar en el derecho francés esta clasificación de los actos nulos y anulables (nulidades de derecho y dependientes de la apreciación judicial) que para él reviste la mayor trascendencia.»

En la última parte de su exposición de ese día el disertante sistematizó las opiniones manifestadas sobre el criterio que nutre la clasificación de los actos nulos y anulables, a través de la siguiente clasificación. Primer criterio: identificación de los actos nulos con la nulidad expresa, y consiguientemente de los actos anulables con la nulidad virtual. Segundo criterio: basado en la intensidad de la falla del acto, identifica el acto nulo con el que adolece de una falla total, y el acto anulable, con el que se resiente de una falla parcial de los elementos del acto. Tercer criterio: identificación de la nulidad manifiesta con el acto nulo y de la nulidad no manifiesta u oculta con el acto anulable. Cuarto criterio: el acto nulo es tal porque adolece de una falla rígida, determinada, dosificada por la ley; el acto anulable padece una falla variable, indefinida e intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial.

El profesor Llambías, que sustenta este último criterio, pasó a refutar los criterios primero y segundo. Del primero expresó que si bien parece encontrar su arraigo en el artículo 1.038 del Código, según el cual «la nulidad

de un acto es manifiesta cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo o le ha impuesto la pena de nulidad» ha sido con razón desahuciado por la doctrina.

En cuanto al segundo criterio, del cual dijo el conferenciante que tenía un rango científico muy superior al anterior, señaló que era incompatible con la sistematización del Código civil que denomina *nulos* los actos otorgados por personas relativamente incapaces (artículo 1.042) y *anulables* a los actos otorgados por incapaces de derecho y de objeto prohibido, cuando esas fallas fuesen desconocidas y dependiesen de una investigación de hecho (artículo 1.045, cláusulas 2.ª y 3.ª). Naturalmente, según el aludido criterio segundo, la denominación debería ser la contraria. Pero, además, sostuvo el profesor Llambias que la base misma que se adopta para fundamentar la distinción es incierta. La carencia de capacidad en los supuestos de incapacidad relativa o accidental, siempre comporta una falla total de capacidad. Con relación al acto impedido, el incapaz relativo, carece por completo de capacidad, pues no siendo la capacidad susceptible de más o de menos, se la tiene o no, y por definición no se la tiene para el acto impedido, en razón de la misma incapacidad relativa. Otro tanto, y con más claridad ocurre con el insano, que actúa sin discernimiento, y por tanto, con falla total de la voluntad para la ley (cfr. art. 900 Código civil).

En la tercera sesión del Instituto, desarrollada el día 15 de julio de 1949, el profesor Llambias entró en la verificación del ajuste de los criterios tercero y cuarto, a las disposiciones del Código civil, la que efectuó contrastando los caracteres específicamente diferenciales de los actos nulos y anulables, a través de un estudio comparativo de unos y otros actos. En el primer cotejo consideró los actos nulos otorgados por dementes interdictos (art. 1.041) y los actos anulables otorgados por insanos no interdictos (art. 1.045, cláusula 1.ª). En el segundo cotejo comparó los actos otorgados por incapaces de derecho cuya incapacidad resulta establecida (nulos, art. 1.043) o es desconocida (anulables, art. 1.045, cláusula 2.ª). En el tercer cotejo contrastó los actos nulos, de simulación presumida por la Ley (art. 1.044, cláusula 1.ª) y los anulables, de simulación simple (art. 1.045, cláusula 4.ª). El cuarto cotejo opuso los actos de objeto prohibido, según que el carácter ilícito o inmoral fuese patente (nulo, art. 1.044, cláusula 4.ª) o latente (anulable, art. 1.045, cláusula 3.ª). El quinto cotejo comprendió los actos solemnes cuyo instrumento substancial fuese nulo (nulos, art. 1.044, cláusula final) o anulable (anulables, art. 1.045, cláusula final). El sexto cotejo se refirió a los instrumentos nulos y anulables, para terminar esta parte de su exposición el disertante, haciendo una consideración final sobre los actos nulos y anulables que no tenían su correlativo en la clasificación opuesta, a saber: los actos nulos otorgados por menores de edad o carentes de la forma legal exclusiva (arts. 1.041, 1.042 y 1.044, cláusula 3.ª) y los actos anulables, de consentimiento viciado (art. 1.045, cláusula 4.ª).

Después de haber demostrado la rigurosa vigencia del criterio propuesto por el relator, éste se ocupó de señalar la trascendencia que adquiría con esa inteligencia la clasificación de los actos nulos y anulables.

Dijo así el profesor Llambias:

«Si el acto nulo es invalidado directamente por la Ley misma, si se lo tiene

por tal aunque su nulidad no haya sido juzgada (conf. art. 1.038, 2.ª parte), su ineficacia existe *ab initio* desde el origen mismo del acto. A su respecto se aplica con todo rigor el principio romano «quod nullum est, nullum product effectum». De manera que el efecto propio de la nulidad, y valga la paradoja, es no producir ningún efecto legal.

»De allí que puesto el principio que rige a los actos nulos, consignado aunque imperfectamente por el art. 1.038 del Código, no sea preciso decir nada más. Es lo que ha hecho el codificador, quien no vuelve a referirse al régimen de la nulidad propiamente dicha, en los artículos siguientes, salvo la enunciación que hace de los actos nulos en los arts. 1.041 a 1.044. Los artículos 1.050 y siguientes, no aluden a los actos nulos, sino a los anulables, ya que sólo éstos pueden ser *actos anulados*, a los que se refieren explícitamente los arts. 1.050, 1.051, 1.052 y 1.056, e implícitamente los arts. 1.053, 1.054 y 1.055 por su correlación con los anteriores. En cuanto al art. 1.058, está francamente desubicado, ya que debió seguir al 1.048.

»*Accidentalmente*, sin embargo, el acto nulo, no por serlo, sino por la vigencia de otras instituciones, puede producir algún efecto. Así, la disposición del art. 1.165, que hace adquirir al incapaz las cosas recibidas a causa de un contrato nulo si no subsistiesen en su patrimonio, al tiempo en que deba efectuar la restitución. Se trata no de una consecuencia de la nulidad, sino de un privilegio de los incapaces, para que éstos no resulten empobrecidos por la verificación de la nulidad.

»El régimen de la anulación es por completo diferente. El «quod nullum est...» aquí no rige, por lo mismo que no se trata de actos nulos, de ineficacia inicial, sino de actos que derivan la plenitud de su ineficacia de la Sentencia judicial, que ha definido y pronunciado la falla latente que el acto llevaba consigo.

»El acto anulable, sólo se reputa nulo desde el día de la Sentencia que lo anula (art. 1.046) a partir de cuyo momento es un acto anulado.

»Por tanto, el acto anulable vive en el tiempo dos etapas diferentes: la primera, desde su formación hasta la Sentencia de anulación, caracterizada por la eficacia no simplemente de hecho, sino jurídica; la segunda, desde la fecha de la Sentencia, que se caracteriza por la ineficacia, similar a la de los actos nulos. Los efectos derivados del acto, durante la primera etapa, conservan su ineficacia. Los efectos posteriores a la anulación, no.

»He aquí el régimen general de la nulidad, sustentado en el art. 1.046, que es la disposición fundamental que a él se refiere, así como el art. 1.038 sienta el régimen de la nulidad.

»Pero en seguida vienen las atemperaciones y correcciones a aquel principio general del art. 1.046 contenidas, en los arts. 1.050 y siguientes.

»El art. 1.050 contempla las relaciones de *las partes entre sí*, y manda que vuelvan las cosas al mismo o igual estado anterior a la celebración del acto, restituyéndose las partes lo recibido a consecuencia de dicho acto (1.052 del Código civil). Es cierto que las prestaciones cambiadas entre las partes tuvieron lugar durante la etapa de validez del acto. Pero como la conservación de esas prestaciones sería totalmente incompatible con la anulación de-

cretada, pues si así no fuese en qué quedaría el reconocimiento de la falla latente del acto, las prestaciones deben devolverse *por falta de causa*. ¿A qué título podría el comprador pretender la conservación de la cosa o el vendedor del precio, después de la anulación de la compraventa? La equidad y la justicia reclamaban la solución adoptada.

»Pero otra cosa pasa frente a los terceros que hubieren adquirido derechos en base al acto anulable. En este punto es menester saber, para establecer la suerte de estos derechos, si la fecha de la respectiva adquisición es anterior o posterior a la Sentencia de anulación del acto.

»Si los derechos de los terceros han sido adquiridos antes de la Sentencia de anulación del acto que les sirve de antecedente, la adquisición es legítima, porque se ha efectuado durante el período en que el acto anulable era eficaz, conforme al art. 1.046 del Código. Tales derechos de los terceros están cimentados en esa validez de su antecedente, al tiempo de la constitución de aquéllos. La ulterior anulación del acto-antecedente, sólo surte eficacia para el futuro, conforme al principio general del art. 1.046, pero no puede privar a los terceros de un derecho legítimamente constituido. Así como la equidad y la justicia reclamaban que las partes otorgantes del acto anulable, se devolvieran lo entregado mutuamente una vez decretada la anulación, aquí frente a los terceros, esa misma justicia y equidad sugieren la incolumidad de los derechos que esos terceros hubiesen legítimamente adquirido, durante el período de eficacia del acto, luego anulado.

»Muy otra es la situación de las adquisiciones de los terceros, posteriores a la Sentencia de anulación del acto, que les sirve de antecedente. Reducido el acto anulado a la ineficacia del acto nulo, conf. art. 1.046, C. c., las adquisiciones ulteriores de los terceros no tienen respaldo alguno, y los actos materiales que se hubiesen cumplido no pueden oponerse a la anterior Sentencia de anulación, que fija desde ese momento para el futuro la invalidez del acto antecedente de tales adquisiciones.

»Este es el sentido del art. 1.051, según el cual «todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual».

»Obsérvese, y este es un detalle de la mayor importancia, que la disposición no se refiere a transmisiones efectuadas por quien ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulable, sino quien ha venido a tener ese carácter en virtud del acto anulado, o sea cuando ya ha recaído sobre el acto anulable la Sentencia de anulación, que lo convierte en acto anulado.

• »Esta interpretación del art. 1.051 por completo heterodoxa dentro de nuestro medio, y sólo auspiciada por el Dr. Fernando Bustamante en un artículo sumamente meduloso, publicado en el "Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica", año 1936, II, págs. 65-69, que se atiene a la estrictez de los términos empleados, como corresponde en esta materia, no puede ser contrarrestada con el argumento proveniente de la fuente, el párrafo 336 de Aubry et Rau, que sienta una solución distinta. La comparación del texto argentino y del texto francés que sigue, hace ver diferencias substanciales que dan asidero a la interpretación que se ha expuesto del art. 1.051 del Código civil:

Art. 1.051:

«Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del *acto anulado*, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual.»

Fuente (Aubry et Rau, 3me. ed., III, § 336, ps. 184, t. n. 3):

«Que tous les droits réels, et même les droits personnels de jouissance, concédés sur un immeuble par une personne qui n'en était devenue propriétaire que par suite d'une obligation *depuis* annulée ou rescindée, s'évanouissent, et que les conséquences de l'action en nullité ou en rescision réfléchissent contre les tiers auxquels ces droits ont été transmis.»

»Las ventajas de la interpretación propuesta son innegables.

»Por lo pronto, ella concilia lo dispuesto por el art. 1.051 con el régimen de la anulabilidad sentado por el art. 1.046, en tanto que la interpretación corriente logra la derogación de la preceptiva de dicho artículo, ya fuertemente corregido por los arts. 1.050 y 1.052.

»En segundo lugar protege al régimen de la anulabilidad de la vigencia del principio rígido y tantas veces inconveniente del art. 3.270 del Código; ya es una importante ventaja librar a un sector de la vida jurídica de las sorpresas y emboscadas que depara la aplicación del excesivamente lógico y geométrico "nemo plus juris ad allium transferre potest quam ipse habet". Consiguientemente, esta inteligencia del art. 1.051 pone a resguardo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe, que con la otra interpretación resultan víctimas inculpables de la ulterior anulación que se decreta de un acto al que han sido extraños, y cuya falla no podían advertir, por lo mismo que se trataba de una falla oculta e intrínsecamente dependiente de la estimación judicial: he aquí la gran ventaja del régimen argentino de la anulabilidad.

»Por último, esta comprensión del art. 1.051, pone de acuerdo la Ley, así interpretada, con la vida, cuyas exigencias de justicia y equidad ha recogido una ya bien definida orientación jurisprudencial.

»A este respecto debe llamar la atención que no obstante la casi concordante interpretación de los comentaristas, acerca del alcance amplio del artículo 1.051, los tribunales, en más directo contacto con la realidad que la doctrina, siempre proclive a operar con entes de razón y a lograr soluciones de gabinete, los tribunales, decimos, se inclinan a ignorar la norma resultante de esa disposición, entendida con aquella latitud.

»Vamos a citar, para abonar esta afirmación, tres casos que reputamos altamente ilustrativos.

Caso Busso v. Busso.—Una madre hizo partición anticipada de sus bienes entre dos hijos varones y una hija. A los primeros adjudicó en condominio un inmueble, que luego aquéllos vendieron a un tercero. Muchos años después, y ya fallecida la madre, la hija fué declarada demente. Su curador demandó la anulación de la participación anticipada y de la venta al tercero, fundado en que la enfermedad mental de la hija existía públicamente a la época de la par-

tición. Los hermanos se allanaron a la demanda, pero el comprador del inmueble sostuvo la validez de su derecho. La Cámara de Apelaciones de Rosario, juzgó que se trataba de un acto anulable (art. 1.045, cláusula 1.ª), cuya anulación no podía decretarse en perjuicio de un tercero de buena fe. El tribunal invocó el art. 1.046, el fallo de la Ley, 25-822 y el papel decisivo que en diversos pasajes el C. c. asigna a la buena fe (J. A., 1942-I, 771).

Aprobamos plenamente esta solución, congruente con la inteligencia que acordamos al art. 1.051 del Código civil.

Caso GARCÍA DE GARCÍA, en Chiantelassa v. CASSETTI.—Constituida una hipoteca sobre un inmueble que adquirió el deudor por un acto anulable, que luego se anuló, el propietario anterior no puede hacer valer la Sentencia de anulación contra el acreedor hipotecario, que constituyó su derecho antes de la Sentencia.

La Cámara Civil 2.ª, por el voto del Dr. Miguens, juzgó que tratándose de un acto anulable, la venta sólo debía tenerse por nula desde el día de la Sentencia (art. 1.046), por lo que no podía la anulación tener efecto retroactivo sobre las operaciones anteriores. Es la solución exacta, si bien se atribuyó a Salvat una comprensión lata de las excepciones al art. 1.051, entendido en la forma usual que el maestro no profesaba como resulta de Parte General, 5.ª ed., N.º 2.662 (J. A., 1945, III, 932).

El tercer caso.—Aparece publicado en La Ley, t. 25, pág. 822, y exhibe una tercera idéntica a la anterior, también resuelta por la Cámara Civil 1.ª (voto del Dr. Menguça Paz), en función de análogos argumentos a los recordados.

»En definitiva, la interpretación que auspiciamos del régimen de la anulabilidad, y su congruencia con la inteligencia restringida del art. 1.051 del Código civil, si fuese aceptada, permitiría incorporar a estas soluciones jurisprudenciales un fundamento jurídico inobjetable.»

La última parte de la disertación del profesor Llambías tuvo lugar el día 14 de septiembre de 1949. En esta sesión el relator examinó la suerte de la clasificación de los actos nulos y anulables en la Reforma proyectada del Código civil. Después de haber expuesto, en lo fundamental, la sistematización contenida en el Anteproyecto Bibiloni, dijo que no superaba sustancialmente a la teoría de las nulidades incluida en el Código de Vélez, ya que si eliminaba algunos yerros de menor cuantía del codificador, e introducía la explicación del principio de la garantía de los derechos de los terceros de buena fe, que una adecuada interpretación del régimen de la anulabilidad debía dar por admitido en el Código vigente, en cambio se resentía de la excesiva rigidez del sistema, resultante de la enunciación casuística de los supuestos de nulidad absoluta y relativa, materia que convenía dejar librada al prudente juicio de los tribunales, en función de las características y circunstancias concretas de cada especie judicial.

Entrando en la consideración del Proyecto de Reformas del año 1936, dijo el disertante que había concitado la crítica general de los autores Orgaz, Galli, Etcheverry Boneo, Cordeiro Alvarez, Martínez Carranza, Buteler, Alsina Atienza, Rayces y Rey. Fuera de los autores del Proyecto, sólo dijo saber el relator, del Dr. Ovejero, que lo hubiese alabado, en este aspecto, y aun entre aquellos mismos autores hubo opiniones divergentes, pues mientras los doctores

Repetto, Pera y Bibiloni estuvieron en contra de la sistematización que prevaleció, ésta se impuso por el voto de los Dres. Salvat, Lafaille, Rivarola y Révora. En suma, una precaria mayoría de cuatro a tres.

A continuación el disertante señaló concretamente cuáles eran, a su juicio, las contradicciones o desaciertos más notorios que presenta el sistema de las nulidades del Proyecto de 1936. Estas observaciones, dijo, lo persuadían de la escasa fortuna que había acompañado a la Reforma, en este asunto.

A renglón seguido se ocupó el profesor Llambias de la redacción propuesta por el Dr. Rayces para este título de las nulidades, la cual ensayaba otra simplificación que estimó inconveniente.

Finalmente, cerró el relator su exposición con lo que llamó una modesta contribución personal al estudio de tan importante materia, consistente en una proyectada redacción del título de las nulidades que, dijo sobre la básica aceptación de las ideas del codificador, introduce algunas reformas tendentes a aclarar los conceptos que han dado lugar a la confusión y a la vacilación del intérprete.

Explicó, en seguida, que no había escatimado las definiciones. Dijo estar persuadido, con la doctrina general, de la impropiedad de las definiciones en un cuerpo de Ley que debe dictar normas, imperar conductas, pero no usurpar al jurista la tarea de construir la ciencia del derecho, labor bastante más seria que la de efectuar la ciencia o el comentario de la Ley. Pero a veces, excepcionalmente, cuando es adecuada para evitar la desorientación del intérprete, reputaba a la definición indispensable, tanto más necesaria en esta materia, a fin de impedir que se hiciera la comprensión del sistema propuesto pensando en las soluciones de tal o cual país extranjero.

La redacción auspiciada por el relator fué la siguiente:

Título: «De la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos».

Artículo 1.º Sólo puede ser declarada la nulidad o pronunciada la anulación de los actos jurídicos en los casos previstos por la Ley.

Art. 2.º El acto será *nulo* cuando la causa de su invalidez esté determinada taxativamente por la Ley.

Art. 3.º El acto será *anulable* cuando la invalidez requiera para su determinación el pronunciamiento judicial.

Art. 4.º Los actos nulos no producen efecto, aunque su nulidad no haya sido judicialmente declarada. La verificación de la nulidad no afectará los derechos adquiridos, a título oneroso, por terceros que acreditasen su buena fe.

Art. 5.º Los actos anulables se reputan válidos, mientras no sean anulados, teniéndose por nulos desde el día de la Sentencia que los anulase. Los terceros, adquirentes a título gratuito, o de mala fe, no podrán oponer los derechos sustentados en el acto anulable, a la Sentencia de anulación dictada en juicio en el que hubiesen sido parte, o tenidos por tal.

Art. 6.º La anulación del acto obligará a las partes a restituirse mutuamente lo percibido o recibido en virtud del acto anulable. La propiedad de los frutos percibidos corresponderá al poseedor de buena fe.

Art. 7.º Los actos nulos o anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen, sin embargo, los efectos de los hechos en general, lícitos o ilícitos, cuyas consecuencias deben ser reparadas.

Art. 8.º En los casos en que no fuese posible demandar contra terceros los

efectos de la nulidad o de la anulación de los actos jurídicos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Art. 9.º Son nulos los actos jurídicos:

- 1) Otorgados por personas incapaces, con excepción de los actos para los que estuviesen facultados por la Ley.
- 2) Otorgados por menores emancipados, mujeres casadas, o representantes necesarios de los incapaces, en exceso de sus atribuciones u omisión de las autorizaciones requeridas.
- 3) Otorgados por incapaces de derecho.
- 4) Practicados contra la prohibición general o especial de disponer, dictada por juez competente.
- 5) Cuyo objeto fuere ilícito o contrario a la moral y buenas costumbres.
- 6) Carentes de la forma exclusiva ordenada por la Ley.
- 7) Dependientes para su validez de la forma instrumental, si fuesen nulos los respectivos instrumentos.

Art. 10. Son anulables los actos jurídicos.

- 1) Otorgados por personas que obraren sin discernimiento.
- 2) Otorgados por personas cuya incapacidad de derecho fuese desconocida, por la necesidad de alguna investigación de hecho.
- 3) Viciado por error, dolo, violencia o simulación.
- 4) Cuyo objeto ilícito o inmoral no fuere conocido por la necesidad de alguna investigación de hecho.
- 5) Dependientes para su validez de la forma instrumental, si fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Art. 11. Padecen nulidad absoluta los actos nulos y anulables que contraen el orden público y las buenas costumbres.

Art. 12. La nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando se trate de un acto nulo.

Puede alegarse, por cualquier interesado y por el ministerio Fiscal.

No podrá subsanarse por la prescripción, ni por la confirmación del acto.

Art. 13. La nulidad relativa, de los actos nulos y anulables, sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se ha establecido, sus sucesores y representantes.

Puede alegarla el ministerio de Menores en representación de personas incapaces, o menores emancipados.

Puede subsanarse mediante la prescripción de la acción respectiva y la confirmación del acto.

NOTA.—Habría que agregar normas especiales referentes al dolo de los incapaces, a las restituciones de los incapaces, a la nulidad parcial o total y a la confirmación, materias no vinculadas estrictamente al tema, al cual dijo el relator haber deseado ceñirse.

IV. NOTAS CRITICAS

Abusos en la valoración de las aportaciones no consistente en dinero

MODESTO SUAREZ

En reciente conferencia de un muy concurrido ciclo en torno al Anteproyecto de reforma de las Sociedades Anónimas, se ha dicho respecto a la valoración de las aportaciones no dinerarias que: «fuera de los casos de existencia de un precepto que señale un mínimo de capital social, no debe haber más normas para el valor de los bienes aportados que el consentimiento de las partes, pues en el contrato de compañía son éstas las que deben estimar el valor, ya que nada justifica—subraya el conferenciante—que para la Sociedad Anónima se establezca un sistema de revisión de las valoraciones, inexistente para los otros contratos».

Cierto que el defensor de tal tesis empezó por despejarse no pocas incógnitas, mediante la adaptación al tema de una máxima de los moralistas, que ven en la huida el medio más eficaz para vencer los peligros de la concupiscencia de la carne. Porque—sostiene—el accionista que no estime suficientes las garantías que se le ofrecen en la Sociedad Anónima, «debe sí protestar, pero con hechos, es decir, absteniéndose».

Aunque en la magistral lección se previno admonitivamente—entre los murmullos de asentimiento de la sala—que “no hay que dejarse arrastrar por preceptos de legislaciones extranjeras, que no encajan en la realidad española”, continuamos creyendo que no está nunca de más conocerlos, y hasta nos permitimos sospechar que, oportunamente traídos a cuento, hubiesen constituido, por lo menos, excelentes muestras de erudición, cooperando al exorno de una serie de disertaciones en las que se agotiza en demasía y se barajan a mansalva, y siempre a satisfacción general, normas de todos nuestros Cuerpos legales, sin omitir siquiera al muy venerable Ordenamiento de Alcalá.

Todas estas consideraciones y la coincidencia del arribo de una monografía extranjera, en que se trata, entre otros, el arduo punto concreto de las aportaciones en especie, nos inducen a—desdeñando el xenófobo consejo—recoger algunas de las preocupaciones de un jurista foráneo, para que el lector parangone con la panclosiana y un tanto despreocupada manera de los juristas caseros.

El estudio¹ llega precisamente de Suiza, el país del tan decantado y tan añorado régimen liberal. Según parece no ha bastado con que el legislador

(1) JEAN VACHERON: “*Essai sur l'usage abusif de la société anonyme en droit suisse*”. Tesis de la Universidad de Lausanne. Montreux, 1949, 102 páginas.

helvético de 1936 elevase a 144 los 64 artículos que venían regulando la vida de la Sociedad Anónima antes de la última reforma del Código de Obligaciones—C. O., en abreviatura—, y de los que son bastantes los que jalonan con rigor el campo de las aportaciones. VACHERON nos asegura que, pese a todo, la Sociedad Anónima suiza continúa incurriendo en abusos, porque también en su país «l'homme habile sait vivre en marge du code», según la frase de G. RIPERT, que hace figurar a la cabeza de su enjundioso folleto. En él analiza, particularmente, la fundación en que existen aportaciones en especie, el empleo de testaférros y la Sociedad de un solo socio, tratando de inquirir, en cada uno de los casos, cuáles son los medios que el Derecho positivo suizo proporciona para poner coto a las prácticas perniciosas, y formulando las resoluciones *de lege ferenda*, que juzga pertinentes.

Lo mismo en la fundación simultánea que en la fundación sucesiva de una Sociedad Anónima, que exigen en Suiza un capital mínimo de 50.000 francos, puede haber aportaciones en numerario y aportaciones en especie. La fundación en que existen estas últimas, conocida también por la doctrina bajo el nombre de cualificada, se rige en el C. O. de 1936 por múltiples y muy rígidas disposiciones, entre las que figuran los arts. 628, 630, 631, 635, 636 y 638, dictados sobre todo por la preocupación del legislador acerca de la realidad del capital social.

Esta preocupación, de la que el art. 151 de nuestro Código mercantil se despoja con extrema facilidad, contentándose con exigir que en la escritura social de la Compañía Anónima figure «el capital social con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no sean metálico, o las bases según las que habrá de hacerse el avalúo», resulta bastante más seria para todas las legislaciones modernas, o por mejor decir, menos senilmente ingenuas que la nuestra. Hace ya más de medio siglo BING—*La société anonyme en droit allemand*, París, 1892, pág. 84—, al estudiar la Ley alemana de 18 de julio de 1884, recalca que «la verificación de las aportaciones en especie constituye una de las mayores dificultades prácticas que presentan las Sociedades Anónimas y, pese a la creciente severidad de las prescripciones legales a ellas relativas, los fundadores se las han amañado siempre para hacerlas ilusorias. La importancia de esta materia salta a la vista—anota—si se considera el hecho de que frecuentemente se fundan Sociedades Anónimas con el solo objeto de colocar a un precio exagerado, a veces escandaloso, bienes que no pueden ser vendidos de otra manera».

El reformador suizo ha querido proteger lo más eficazmente posible a los futuros socios y a los acreedores sociales contra las no raras arbitrariedades en la evaluación de las aportaciones, y así, el art. 753 de C. O. establece la responsabilidad personal de quienes cooperan a la fundación de una Sociedad Anónima, por las declaraciones falsas, lo mismo las intencionales que las que pudieran tener su origen en la mera imprudencia o en la simple negligencia.

La arbitrariedad en la estimación de las aportaciones en especie puede consistir tanto en una supervaloración como en una valoración excesivamente baja, determinada casi siempre por razones de índole económica o fiscal. Se apela a este recurso, menos frecuente que el de la sobreestimación, cuando se quieren, por ejemplo, salvaguardar las reservas latentes de una antigua empresa, en cuyo caso el aportante, además de las acciones que le corresponden con arre-

glo al valor que se declara, recibe clandestinamente la suma equivalente a la diferencia entre ésta y el valor real de la aportación.

La supervaloración, fenómeno más generalizado, viene a significar una emisión de acciones por encima de la par, y constituye, en definitiva, una falta de cobertura del capital social, que perjudica tanto a los suscriptores corrientes como a los futuros accionistas, e induce a error a los que tratan con la Sociedad. Propenden a la supervaloración de las aportaciones en especie las Sociedades que no alcanzan de otra manera la cifra del capital mínimo o las que se proponen obtener créditos de determinada cuantía o reparten en seguida dividendos elevados.

Pero el rigor con que la Ley misma trata de impedir la sobreestimación de las aportaciones no consistentes en dinero resulta del todo ineficaz debido a un viejo ardid que la terminología alemana conoce bajo la denominación de «Nachgründung»—postfundación—, y que la jurisprudencia francesa ha bautizado con el nombre de «aportación oculta», y que consiste en encubrir la aportación en especie bajo el disfraz de una venta efectuada una vez que la Sociedad quedó constituida. El defraudador, que tiene tal vez interés en que el público ignore la importancia de su participación en el capital social, suscribe aparentemente acciones, sin efectuar desembolso alguno, y, una vez inscrita la Sociedad en el Registro, se finge una venta a la misma de lo que se propuso aportar en especie, que, en definitiva, se le remunera con la entrega de las acciones que sólo formalmente había suscrito.

Una vez presentada as la realidad de las cosas en la práctica de las Sociedades Anónimas, y llegado el momento oportuno, según el plan trazado, VACHERON expone su sentir acerca de los medios de que se dispone para evitar eventuales vicios en la fundación cualificada. No cree, desde luego, que el Derecho de su país cuente con una medida preventiva que permita eliminar, desde el origen, las maniobras desleales, como parece demostrarlo cumplidamente la misma existencia de las estratagemas que quedan esbozadas.

A los lesionados por ellas les cabe invocar en su auxilio el Derecho en general, y el de las Sociedades Anónimas en particular, y, puesto que en éste se establece como uno de los caracteres esenciales de la Anónima el consistente en otorgar a los accionistas derechos proporcionales a la aportación efectiva de cada uno, la supervaloración de una aportación en especie, con la consiguiente entrega de un número excesivo de acciones, da a cualquier otro accionista el derecho a demandar la disolución de la Sociedad, probando la sobreestimación que alega. Pero este derecho del accionista, que a tenor del artículo 643 del C. O. incumbe también a los acreedores sociales, caduca a los tres meses de ser publicada en la *Feuille officielle suisse de commerce*, la inscripción de la Sociedad en el Registro.

Por otra parte, el artículo 706 del C. O. otorga, además, al accionista y a la administración de la Sociedad, el derecho a pedir al juez, en el plazo de dos meses, que anule la decisión tomada por la Junta General violando la Ley, derecho perfectamente aplicable en el caso de la sobreestimación de aportaciones, según los fallos del Tribunal Federal, que el autor recoge, en el sentido de que una decisión de la Junta General viola la Ley no sólo cuando va contra una disposición concreta de la misma, sino también cuando atenta contra un principio general no escrito del derecho de las Sociedades Anónimas. Pero aun

sin recurrir a estas normas, cree VACHERON que pudiera llegarse a una solución idéntica aplicando la regla general del artículo 2.º del Código civil suizo, a tenor del cual «todos están obligados a ejercitar sus derechos y a ejecutar sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la Ley».

El accionista que se sienta lesionado en sus derechos puede, pues, pedir la anulación del acuerdo que aprobó la valoración fraudulenta de las aportaciones—art. 706—, o demandar la disolución de la Sociedad—art. 643—, porque el artículo 634 del C. O. establece que las disposiciones acerca de las Juntas Generales se aplican, asimismo, a la Junta constitutiva. VACHERON cree, sin embargo que el que haya solicitado la anulación del acuerdo renuncia a pedir la disolución de la Sociedad.

Por otra parte, el artículo 736, núm. 4 del C. O., prevé que la Sociedad puede ser disuelta por sentencia judicial cuando, por motivos justos, lo soliciten «accionistas que representen en conjunto una quinta parte, por lo menos, del capital social». Pese al empleo del plural en el texto legislativo, la jurisprudencia suiza admite que el ejercicio de la acción quede también abierto a un solo accionista, si reúne la proporción de capital requerida y prueba los justos motivos que el juez aprecia, con los criterios de las reglas del Derecho y de la equidad, según preceptúa el art. 4.º del Código civil helvético, lo que en gran parte de los casos le llevará a inspirar su fallo en la doctrina del abuso del Derecho.

Dada la trascendencia de la disolución de una Sociedad, perjudicial incluso para el reclamante, nada es de extrañar que el Tribunal Federal haya resuelto que la acción del núm. 4.º del art. 736 reviste carácter subsidiario, y que sólo puede prosperar cuando no existen otros medios para subsanar el abuso cometido. Sin embargo, el autor de la monografía que venimos reseñando, no está de acuerdo con tal interpretación, y sostiene que se trata de una acción de carácter principal y no subsidiario, sin otros requisitos para que pueda ser esgrimida que los ya mencionados, y que el juez debe apreciar restrictivamente, dadas las desfavorables repercusiones que la disolución entraña siempre.

Analizando los fallos del Tribunal Federal, en sendos casos, en los que lo que se hizo no fué precisamente supervalorar aportaciones en especie, sino soslayar las normas legales que las rigen, disfrazando esas aportaciones de aportaciones en numerario, VACHERON se pregunta si, en tales supuestos, son también admisibles las acciones previstas en los ya mencionados artículos 643, 706 y 736, núm. 4.º Y resuelve que «nada se opone a que un accionista lesionado obtenga la disolución de la Sociedad o haga anular la decisión de la Junta General que ha admitido una fundación en numerario puramente ficticia» (página 70. Cierta—añade—que el Derecho suizo no regula de manera precisa los casos de las adquisiciones de bienes efectuadas una vez inscrita la Sociedad en el Registro Mercantil, y, por consiguiente, una vez que ésta tiene personalidad jurídica pero «para que puedan ser admitidas el capital originario, en dinero, debe haber sido efectivamente entregado».

Pasando, por último, a realizar propuestas concretas de *lege ferenda*, subraya VACHERON, las ventajas de un sistema preventivo, apropiado para eliminar o al menos restringir los abusos cometidos por ciertos elementos de las So-

ciedades Anónimas, y ve el remedio en una comisión de peritos, nombrada por la autoridad ejecutiva o por la judicial, para que se encargue de determinar el valor real de las aportaciones no dinerarias, evitando así que sean precisamente los mismos fundadores quienes lo establezcan. Al llegar a este punto del pensamiento del jurisconsulto suizo, nos representamos la despectiva y escéptica sonrisa de ciertos lectores que, a fuerza de repeticiones en letra y en oratoria de molde, están de antemano convencidos de que a tales comisiones les faltaría siempre, por su procedencia, aquella elemental honorabilidad que, huída de todas partes, ha venido a buscar el refugio de los cónclaves fundacionales y de los Consejos de administración.

VACHERON sostiene que la tasación por él propuesta, y que se realizaría antes de la Junta constitutiva, debiera ser obligatoria y no facultativa, con lo que se evitaría fuese interpretada como medida de desconfianza de determinados aportantes. Pero, previniendo la excesiva injerencia del Estado en los asuntos particulares, piensa que la tasación oficial podría ser obligatoria sólo en el caso de que el valor de los bienes aportados alcanzase cierto nivel o que aquellos fuesen de tal naturaleza, una patente, por ejemplo, que requieren diversos criterios de estimación.

Niega el autor eficacia en la evitación de los abusos al método consistente en retirar el derecho al voto, en la Junta constitutiva, a los aportantes en especie, cuando se trate precisamente de enjuiciar esas aportaciones, y no considera tampoco eficaz el bloqueo temporal de las acciones que representan aportaciones no dinerarias. Pero, con la vista puesta en el socorrido ardid de la ficción liberación en dinero de todas las acciones para, una vez inscrita la Sociedad en el Registro hacerse ésta cargo de determinados bienes restituyendo el numerario a los aportantes—la *Nachgründung* más arriba mencionada—, cree VACHERON que las adquisiciones de bienes en un plazo de dos o tres años debieran asimilarse a las realizadas en el período de la fundación.

Todas las numerosas críticas hechas al método de tasación oficial de las aportaciones nacen, según el autor suizo, «del deseo de ver triunfar la opinión más liberal sobre los principios que requieren la intervención de la autoridad administrativa o judicial en la constitución de las Sociedades por acciones». Saliendo al paso de los que alegan lo ilusorio del sistema de comprobación oficial, apunta que el argumento tendría valor si se dejase a los propios accionistas la elección de los peritos. Tampoco encuentra VACHERON fundada la objeción de los excesivos gastos que el procedimiento implicaría para las pequeñas empresas, porque «la Sociedad Anónima fué creada precisamente para, con su capital, alcanzar objetivos que el trabajo individual persigue en vano, y no es, en modo alguno, apropiada para las Sociedades familiares que agrupan socios cuya actividad común reposa sobre bases semejantes a las Sociedades de personas».

No le parecen mucho más convincentes reparos como el de la dificultad que presenta la determinación del valor de ciertos bienes aportables, como una concesión o una patente, porque «el hecho mismo de la dificultad de evaluar en ciertos casos, una aportación, parece, por el contrario, militar en favor de la tasación pericial realizada por personas que posean experiencia y conocimientos a la vez técnicos y comerciales».

Sigue, pues, preocupando a la doctrina suiza el modo de hacer desaparecer

todo capital ficticio, y los autores continúan estudiando la mejor manera de llevar a la ley nuevas cortapisas al fraude. En nuestras latitudes, en cambio, un comedido intento de reforma de la legislación de 1885, promoviendo un revuelo de togas en las asesorías jurídicas de las compañías amenazadas, ha venido a poner de manifiesto que los más preclaros servidores del Derecho estiman cuasi perfectas y archisuficientes las exiguas y elásticas reglas que al presente gobiernan la Sociedad Anónima.

La cosa pudiera resultar sorprendente si no jugasen, al parecer, extrañas razones de pura fauna humana, que hacen que aquí no se registren, como en otras partes, ni los accionistas ingenuos, ni los fundadores o administradores de dudosa honestidad. Se explica, pues, que, con solicitud exquisita, se extremen los esfuerzos para mantener a la Sociedad Anónima española en su clima vital propio, de caballerosidad y de aristocráticas maneras, en el que la menor duda ofendè y el más tenue hábito de suspicacia resulta deletéreo para toda la economía nacional.

Sólo esto justifica, a nuestro entender, que en los artículos de la Prensa y en la tribuna pública, por rehuir el mal ejemplo, se haya optado por la rendida trova y el galante requiebro a nuestra envidiable Arcadía y desdeñado la cita precisa y contundente de una doctrina que, al fin y al cabo, procedería siempre de países bárbaros donde el ajeteo de la vida económica semeja, más bien que elegante y justa, una vulgar pelea de rufianes.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ASCARELLI, Tullio: "Panorama del Derecho comercial". Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949; 189 págs.

El "Panorama do direito comercial", que publicado por primera vez en São Paulo en 1947, tiene su origen en un curso dictado por el maestro de Bolonia en la Facultad de San Pablo, aparece en la edición argentina que anotamos completada con un nuevo capítulo sobre el "Mercado del dinero y mercado de capitales" y un apéndice relativo a "Funciones económicas e instituciones jurídicas", que, recogiendo una prelucción universitaria del autor, vuelve sobre una materia simplemente bosquejada en la exposición del Derecho mercantil.

El autor no ha querido ofrecernos un manual de instituciones. Su prosa clara, precisa, como sus ideas, han sido puesta aquí al servicio de una finalidad más concreta: mostrar la relación entre determinados problemas y determinadas soluciones jurídicas, aclarando bajo este aspecto la función y las características del derecho comercial. El método de la escuela de Vivante, que se vislumbra a lo largo de unas páginas en que campean una vez más las extraordinarias dotes del autor, ha producido uno de sus frutos más sazonados.

Analizando las instituciones más características del moderno Derecho privado, sociedades anónimas, títulos, valores, seguros..., el autor ha querido antes poner de relieve el alcance de la problemática y de sus soluciones, mostrando como las teorías respectivas se unen en la solución de determinadas cuestiones, que adoptar una personal actitud polémica.

Apuntados sus conocidos puntos de vista sobre la evolución y el carácter del Derecho mercantil, Tullio Ascarelli penetra en la teoría general de los contratos, para referirse especialmente a determinados aspectos de la compraventa mercantil, que pone en conexión con el mecanismo bancario. En el capítulo destinado a los títulos de crédito, para usar la terminología del autor se ponen de relieve las diferencias existentes entre la orientación brasileña y las extranjeras, apuntando la inadecuación del derecho común a la circulación de los derechos y la necesidad de fijar las características de la circulación de los títulos de crédito, como verdadero punto de partida de las investigaciones a ella relativas, aumentando la tutela del acreedor y, más concretamente, la del tercero portador del título. Teniendo en cuenta su mayor importancia doctrinal y práctica, se hace especial referencia a la letra de cambio, apuntando su más reciente evolución, en una doble dirección: facilitar el empleo cada vez mayor de estos títulos y dar más libertad en cuanto a las cláusulas en el título con eficacia

cambiaría, o bien disciplinándose nuevos títulos para la movilización de los créditos comerciales.

La problemática de la sociedad enónima, siempre sugestiva y atrayente, merece los honores de un capítulo especial, en el que después de apuntar su origen histórico y su desenvolvimiento posterior, se estudian las diversas relaciones a que da lugar, para recoger finalmente los más recientes fenómenos, tales como la constitución de sociedades anónimas con pocos socios y las nuevas modalidades de colocación de acciones en el público.

Otros capítulos están destinados al mercado de dinero y de capitales, con precisas referencias a los Bancos, como intermediarios del crédito y a las operaciones bancarias; a la Bolsa y sus funciones; al seguro, con una clara exposición de los principios fundamentales; los bienes inmateriales y al establecimiento comercial, tratando especialmente de la competencia comercial y de la amplia gama de sus problemas conexos.

En el último se recogen las conclusiones, especialmente sobre la construcción dogmática y casuística, las tareas de la interpretación, el carácter técnico de las instituciones y la necesaria conjunción entre la teoría y la práctica.

Evelio VERDERA

DE CASSO ROMERO, Ignacio: "El Derecho y su dinámica". Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.—Madrid, 1949; 87 págs.

Nada más grato—y a la par difícil—para el discípulo que el dar cuenta de una obra del que siempre será su maestro. Esa nuestra condición, de un lado, y de otro el prestigio de D. Ignacio de Casso, por su sabiduría y bondad, sobradamente conocidas, nos liberan del uso de calificativos encomiásticos, que si cuadrarían perfectamente aquí, resultan empequeñecidos en estos tiempos caracterizados por un empleo abusivo y desorientador del elogio: ninguno mejor podremos hacer que el que implique la reseña puntual de la obra, nacida además para ocasión del mayor significado científico. Todo lo que siga serán palabras del autor, en exposición forzosamente resumida.

Su preocupación ha sido el Derecho "en movimiento", la dinámica jurídica. Pero, antes de verlo funcionar, estima indispensable conocer bien sus principales piezas y la finalidad de cada una; este doble examen, aunque parezca elemental—dice—, constituye la verdadera "tarea" del jurista, que se presenta como ineludible en la actualidad, si quiere remediarse el grave divorcio entre la realidad y la literatura jurídica y la legislación. Advierte cómo el Derecho a la vez, *realidad permanente* esencial, conforme a la naturaleza humana sociable, y *producto histórico* contingente de cada pueblo, perfectible en cada momento de su proceso de cultura, es un instrumento cuyo mecanismo orgánico inalterable siempre trabaja y actúa en idéntica función, pero que, lejos de estancarse o fosilizarse, se renueva continuamente.

En punto a la relación entre Filosofía y Ciencia del Derecho, estima que

aquella no es cosa distinta de ésta, sino su primer tratado o el primer capítulo de cada uno de sus tratados: el que fija los *principios*, los criterios, para ordenar o valorar los actos y los hechos jurídicos. Mantiene la conexión del Derecho respecto a la Ética, y, reencauzando el primero en la segunda, define a aquél como "ciencia para la conservación del orden social humano", porque su objeto es el mantenimiento de dicho orden.

Se refiere al conocimiento de la Ley natural, y nota que ha sido promulgada y concretada de tal modo que nadie puede desconocerla. Su primera promulgación y la más patente—dice—es la que ya señalara San Pablo con estas admirables palabras: "Las gentes que no tienen Ley (positiva o escrita) hacen, *naturalmente*, aquellas cosas que son de Ley". Por este motivo de "interna cognición", nadie desconoce la Ley natural. Ningún hombre, en presencia de una acción o antes de adoptar una actitud *responsable*, ignora cuál sea "el bien que debe hacer y el mal que debe omitir". Y ésta, precisamente, es para el autor, la *segunda promulgación* de la Ley natural, que acontece en el fondo de nuestras conciencias, mediante la "síndéresis", de una manera espontánea y casi instintiva. Pero, además, ha habido una *promulgación externa* y tangible de la Ley natural: como tal pueden y deben entenderse los preceptos del Decálogo. Finalmente, el Evangelio constituye la última y más explícita promulgación de la Ley natural: en la predicación, especialmente en las parábola, y en los ejemplos vivos de la conducta de Jesucristo, se *ratificó* y cumplió la Ley del Decálogo, ilustrando sus normas eternas que gobiernan la vida del hombre.

Examina la noción de "Justicia" y sus distintas clases; y refiriéndose a la llamada justicia "social", entiende que se diferencia de la legal y de la distributiva en que en éstas la autoridad exige a los miembros sociales que le den a él (por ejemplo, al Fisco) lo necesario o conveniente *para la comunidad*, como conjunto, en la prosecución de sus fines; y en la justicia social, la autoridad les exige, no para la sociedad, sino para otros grupos sociales económicamente débiles. Y tampoco les pide como socios (meros miembros sociales), sino como pertenecientes a determinada clase, grupo, gremio o profesión, más directamente relacionados con los pertenecientes a los otros grupos débiles económicos.

Dedica particular atención al "bien común", como el regulador o la pieza central de la máquina jurídica, y advirtiendo la gran dificultad de captar su concepto, tras detenido examen de las opiniones sustentadas, concluye por afirmar que, a su juicio, consiste en el bienestar y la perfección que resulta para cada asociado y para la sociedad misma al *poder cumplir* sin obstáculos derivados de la convivencia, sus respectivos o *privativos fines*.

En la contemplación del funcionamiento de la máquina jurídica, estudia atentamente el papel del legislador, que da vigencia o publicidad a las normas; del *magistrado* que las aplica, adapta e interpreta en los conflictos singulares; y del *titular* del Derecho, que exige también de los demás una conducta ordenada, frente a su *prelatio usus*, a su "uso prelativo" de cosas y de prestaciones personales: todos ellos "conducen",

“dirigen” o promueven la actividad jurídica, debiendo evitar que se rompa o se desborde el cauce del orden social.

Señala la existencia de “coadyuvantes del Derecho” (amistad, *fides*, religión, piedad, veracidad, etc.), cuya función particular detalla resumiéndolos, genéricamente, en la máxima de todas las virtudes: en la Caridad. Y tras examinar la misión de la “*prudentia iuris*” en la dinámica jurídica, y resumir, en sugestiva recapitulación, los pensamientos primordiales del trabajo, concluye: “El mundo de hoy, en trance de muerte, busca con desesperación un remedio que le salve. Y aun cuando todos coinciden en levantar los ojos hacia la Justicia, la Libertad y la Paz, casi nadie acierta acerca del concepto de estos dones o virtudes...” “El camino es el que ya señalaron, con el acierto hoy por todos reconocido, aquellos grandes españoles y juristas eximios que se llamaron Francisco de Vitoria y Francisco Suárez.” Y en lo táctico, el de la angustiosa consigna dada por Pío XII a los hombres de Acción Católica italianos: “Pasó el tiempo de los proyectos por haber llegado el de la acción”. Acción que resumió el Pontífice en cinco puntos, dos de los cuales fueron el de la Justicia y el del Amor. El de la Justicia que, al dar a cada uno lo suyo, como hombres, conduce necesariamente a su abrazo con la Paz. Y el del Amor entre los que tienen un mismo origen y un común destino... “En suma, hacer realidad aquella frase afortunada y para selectos, con la cual Leibnitz definió la Justicia como *charitas sapientis*: Caridad de los que saben. De los que saben templar el rigor del Derecho con la benignidad de la tolerancia o de la renuncia...”

Sólo quien alcanza en la investigación, en el magisterio y práctica del Derecho los más altos grados, puede discurrir sobre los temas jurídicos fundamentales con la *profunda claridad*, lograda por el autor. Nuestro anhelo es: que para él sea realidad el venturoso destino anunciado en las bellas palabras del profeta Daniel, con las que pone fin al trabajo.

Dr. Andrés de la OLIVA DE CASTRO.

Prof. Adjunto de la Facultad de Derecho de Madrid.

DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso y RUBIO Y ARCOS, Carlos.—“Tratado de Arrendamientos Urbanos”, tomo I.—Ediciones Rialgo. Madrid, 1949, 488 págs. más índices.

La ingrata tarea de la crítica de libros, tan llena de sinsabores y disgustos, tiene, de cuando en cuando, su grata compensación, cuando ella nos pone en contacto con un libro digno de ser leído. Pero, aún entonces, la habitual degradación de la reseña en panegírico y el abuso de la adjetivación, nos dejan sin medios verbales para manifestar llana y medidamente un juicio laudatorio. Por eso, ante el Tratado de Arrendamientos Urbanos, de Cossío y Rubio, quizás lo más expresivo y exacto sea decir: ¡he aquí un buen libro!

El Tratado que nos ocupa no es un comentario más sobre la Ley de

Arrendamientos Urbanos; tiene una propia y singular fisonomía que le destaca entre todos los libros hasta ahora aparecidos sobre arrendamientos urbanos. Se ha logrado unir la doble condición de la máxima utilidad práctica y la de la más alta dignidad científica; será así guía segura para jueces y abogados, y nada más útil puede pensarse para resolver consultas y decidir pleitos que la minuciosa casuística del Tratado; pero también los que se preocupen por las cuestiones dogmáticas encontrarán abundantes materiales para aclarar conceptos jurídicos claves, y no sólo sobre el arrendamiento, sino respecto de cuestiones conexas con su estudio, como sobre el concepto de derecho real, la autonomía de la voluntad el concepto de finca, los contratos mixtos, la empresa, el precontrato, Derecho especial y excepcional, la analogía, la nulidad parcial, etc.

Una vez más (1) Cossío ha realizado la hazaña de captar en claros y precisos trazos la fisonomía de una institución jurídica, de modo que cada detalle adquiera el debido relieve. El Tratado de Arrendamientos Urbanos es un ejemplo irrefutable de que la profundidad teórica no sólo no daña sino que es la garantía más segura para hacer un libro útil para la práctica jurídica. Fijadas con exactitud las ideas y los conceptos fundamentales, constituyen la sólida premisa que permite la interpretación correcta y sin contradicciones de los preceptos legales y el que las soluciones de los casos prácticos manen con seguridad lógica tal, que, hasta delante de los más intrincados problemas, el lector tiene la impresión de lo sencillo e indudable. Los árboles no ocultan al bosque y cada disposición legal queda encajada en su lugar y dilucidado su sentido, a causa de haberse señalado y destacado antes el significado de los principios legislativos rectores. Así, se consigue, de modo casi taumatúrgico, que la Ley de Arrendamientos Urbanos, de tan imperfecta redacción técnica, aparezca como un todo, con cohesión y hasta con valor sistemático jurídico.

Como toda obra jurídica de verdadero interés, el Tratado de Arrendamientos Urbanos ha de valorarse no sólo por lo que dice sino también por lo que sugiere y hace meditar. Lo prudente de su doctrina y lo mesurado de sus conclusiones incita, a veces, a colocarle apostillas y hasta a ponerle alguna interrogante marginal. Pero para hacerlo con la debida holgura y no retardar ni alargar más esta reseña, ha parecido mejor dejar la glosa del Tratado a una especial Nota crítica (2). Ahora y como resumen del juicio hecho, interesa destacar la envidiable claridad de la redacción, su dignidad científica y su utilidad para la práctica.

El contenido del tomo I es el siguiente: Primera parte: Evolución del concepto de arrendamiento. 1.º, Derecho greco-romano; 2.º, El Derecho germánico; 3.º, El Derecho histórico español; 4.º, El derecho moderno, y 5.º, Delimitación del concepto del arrendamiento de cosas. Segunda parte: Régimen jurídico del arrendamiento, con especial consideración de las fincas rústicas: Capítulo I, Jerarquía de las normas que regulan la institución arrendaticia y caracteres generales del Derecho especial de

(1) Recuérdense: *Lecciones de Derecho hipotecario* (La Ley de 30 de diciembre de 1944). Barcelona, 1945.

(2) Que esperamos que aparezca en el próximo fascículo del ANUARIO.

arrendamientos urbanos; Capítulo II al VI, La constitución de la relación arrendaticia: 1.º, El planteamiento del problema; 2.º, El contrato de arrendamiento; A) La promesa de arrendamiento; B) Los elementos del contrato: 1. La cosa objeto del contrato; A') El arrendamiento de solares; B') Los arrendamientos de temporada; C') El arrendamiento de empresa; D') El arrendamiento de locales de negocio; E') El arrendamiento de viviendas; F') Arrendamiento de viviendas amuebladas; G') Arrendamiento de local con instalaciones, y H') Arrendamiento de viviendas sometidas a régimen especial. 2. El precio, renta o merced. 3. El consentimiento. 4. La entrega de la cosa arrendada. Capítulos VII y VIII, La relación arrendaticia (Su naturaleza, contenido y duración): 1.º, El uso o goce de la cosa arrendada: A) El concepto del Derecho real; B) Los efectos reales del arrendamiento y sus efectos personales; C) La duración; A') La tácita reconducción y la prórroga del arrendamiento, y B') La prórroga legal. 2.º, El carácter absoluto del arrendamiento: A) La controversia en los Derechos francés e italiano; B) La controversia en el Derecho alemán; C) El problema en el Derecho suizo; D) El problema en el Derecho español. 3.º, Relación directa o inmediata con la cosa: 1. Conservación de la cosa; 2. Garantía por los vicios de la cosa, y 3. Defectos y gravámenes ocultos de la cosa.

La densidad del Tratado haría labor casi interminable el resaltar cada una de sus notas de interés, por ello, se indicarán sólo algunas de las más destacadas para orientación del lector. La exposición preliminar histórica y de Derecho comparado no es una mera acumulación de datos eruditos, pues sirve para mostrar en forma directa que el arrendamiento no puede encerrarse en un concepto abstracto, sino que está en relación inmediata con las variaciones de la realidad social, lo que es el modo mejor de preparar el enfoque debido a la cuestión del significado real de la Ley de arrendamientos urbanos. En este primer capítulo se advertirá el cuidadoso estudio de las legislaciones forales. Al diferenciarse el contrato de arrendamiento de otras figuras afines, se examinan cuidadosamente las uniones de contratos, los contratos mixtos y los contratos típicos con prestaciones subordinadas de otra especie (págs. 87 y sg.).

La segunda parte de la obra comienza con un acierto, a nuestro juicio fundamental, la distinción (3) entre el contrato de arrendamiento (fuente y estatuto de obligaciones y derechos) y la relación arrendaticia en sentido amplio (goce o uso de la cosa o relación arrendaticia en sentido estricto y pago de la renta o merced) (pág. 103). Al tratarse de la naturaleza del arrendamiento de fincas urbanas, se estudia la teoría de la institución (págs. 106 y ss.), la que se acepta, pero con un nuevo y probablemente más fecundo sentido; en vez de oponerse contrato e institución, se considera esta "como complejo de normas orgánicas en un sistema, de cuyo juego en la realidad ha de producirse el logro del bien común" (página 115). Muy matizado es el estudio sobre el alcance de la nueva legis-

(3) Que corresponde—y de la que puede ser una interesante corroboración—a la distinción entre negocio jurídico y relación negocial; más fecunda, a nuestro juicio, que la simple separación de estructura y función del negocio jurídico.

lación sobre arrendamientos urbanos; en especial debe destacarse el que se hace sobre las normas que tienen valor de Derecho especial y las que lo tienen de Derecho excepcional (págs. 132 y sg.); de semejante e incluso mayor interés práctico es el examen realizado respecto al carácter imperativo de sus disposiciones y el análisis cuidadoso hecho sobre la nulidad, fraude de la Ley, renuncia de derechos y transacción (págs. 140-150); al tratarse de los límites de la eficacia de la Ley de arrendamientos urbanos, a pesar del mayor interés práctico de las consideraciones hechas sobre el ámbito temporal y los problemas que plantea la retroactividad (páginas 150 y sg.), atraen especialmente la atención, por su novedad en la literatura jurídica, las páginas dedicadas al Derecho internacional privado o ámbito espacial de la Ley (págs. 157-166). Termina el primer capítulo de esta parte con una referencia a la analogía y a la autonomía de la voluntad y a su juego respecto a la Ley de arrendamientos urbanos.

En los siguientes capítulos debe destacarse, ante todo, la minuciosa y hasta exhaustiva casuística en las materias más discutidas en la práctica judicial; así, sobre las fincas mixtas, arrendamiento de solares, de empresas, de locales con instalaciones independientes, de empresa de espectáculos, local de negocio, vivienda en que se ejerza profesión o pequeña industria, vivienda del arrendatario en el local del negocio, local destinado a enseñanza, entidades bancarias, entidades aseguradoras, oficinas y agencias comerciales, estancos y administraciones de lotería, empresas de economía mixta, laboratorios y farmacias, clínicas de medicina y de veterinaria, cocheras y guardamuebles, fábricas y almacenes al por mayor, dependencias de organismos públicos, locales en que se ejerza una actividad profesional, viviendas amuebladas, local con instalaciones, etc.; también, al considerar los elementos constitutivos del contrato y sus efectos, se plantean y se señala la solución de otra serie de cuestiones de primordial interés práctico, así respecto a la tácita reconducción y la prórroga de arrendamiento, la prórroga legal, la inalterabilidad de la sustancia y forma de la finca, reparaciones de la cosa arrendada (participación del inquilino en el pago de las obras, sustitución de enseres, obras ordenadas por la autoridad, revoco de fachada, mejoras que contribuyan a su higiene, salubridad o comodidad, mejoras hechas por el inquilino, etc.), garantías por vicios, defectos y gravámenes de la cosa.

En el capítulo VII se aborda y se desarrolla en el VIII, el problema dogmático central de la naturaleza abligatoria o real, relativa o absoluta del derecho del arrendatario y después de ser examinados sus diferentes aspectos, en relación con los distintos efectos de la relación arrendaticia, se resume la doctrina aceptada diciendo: "Como vemos, no puede hablarse en términos generales de una relación directa o inmediata del arrendatario con la cosa arrendada, siquiera sus acciones directas contra el tercero perturbador, aunque amparado en la posesión, parecen atribuir al vínculo arrendaticio ciertos efectos reales, aunque todas las constantes intervenciones del arrendador sean más propias de los derechos de crédito" (pág. 489).

Para concluir esta nota, extensa ya en exceso, resta añadir que a esta

excelente monografía cabe hacerle un solo reproche de peso, que habiéndose publicado únicamente su primer tomo, nos impone una dolorosa e impaciente espera del volumen que haya de completarla.

F. de C.

FAIREN GUILLEN, Víctor: "La transformación de la demanda en el proceso civil". 159 págs., en 4.º—Editorial-Librería Porto, S. L. Santiago de Compostela. 1949.

El joven y brillante Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Santiago de Compostela ha aumentado su acervo de publicaciones con esta importante monografía, de la que damos cuenta aquí para la finalidad informativa que es propia de las menciones bibliográficas, pero también para acusar recibo, agradecidamente, de su dedicatoria.

Si Fairén hubiera querido ilustrar simplemente acerca de lo que constituye la transformación de la demanda y su tratamiento *ex lege condenda* y *ex lege ferenda*, le habría bastado con la mitad de la segunda y última parte de su libro. Pero la ambición era mucho mayor. Ha estimado que su deber era situar el problema histórica y doctrinalmente; y ello, con indudable éxito, desde el punto de vista científico. La investigación histórica la ha llevado a cabo el autor con estricta y honda sujeción a la responsabilidad que consigo mismo ha contraído; es decir, sabiendo que la averiguación de la esencia de las instituciones exige mucho tiempo de lecturas y compulsas en libros y en cuerpos legales antiguos, por una parte; y consciente también, por otra, de que lo interesante no era hacer historia por el gusto de hacerla, sino como una necesidad para situar dentro de ella las cuestiones doctrinales que ha tenido que resolver hasta llegar a los resultados. Esta pacientísima labor, plasmada en una rica teoría de citas, es lo que no hace del libro una cosa fácil, pero es precisamente lo que le comunica su carácter de monografía científica a todo lo largo y lo ancho de la palabra.

El libro consta de dos partes: la primera trata de la "Esencia de la transformación de la demanda", y la segunda versa sobre la "Procedencia de la transformación de la demanda".

En calidad de definición provisional y planteamiento del problema, considera que la "transformación de la demanda" supone una transformación en el objeto del litigio y no una de carácter externo del proceso, en cuanto significa una alteración del referido proceso, ya incoado, que viene determinado por una transformación del "petitum" o de la fundamentación contenidos en aquel instrumento, o sea, por el ejercicio de una nueva pretensión independiente al lado o en lugar de la ya ejercitada, que lleva a cabo el actor; y las cuestiones que suscita son agrupadas en dos categorías: las que versan sobre la *esencia* y las que atañen a la *procedencia* (págs. 17-18).

Mas antes de entrar en su análisis, dedica algunas páginas a las precisiones terminológicas, señalando lo que entiende por "transformación" y lo que estima como "demanda". "Transformación es el vocablo cien-

Bibliografía

tífico susceptible de designar el acto procesal unitario que, sobre la base de conservar inmutables alguno o algunos elementos de una demanda anterior—esenciales—, altera otro u otros”; a diferencia del “cambio de demanda” que “supone la sustitución de una demanda por otra totalmente diferente en sus elementos esenciales”. Por lo que hace a la “demanda”, en cuanto objeto de “transformación”, la contempla en tres acepciones: como acto de postulación, como objeto del proceso y como acto de incoación (18-20).

Entendida así, destaca que los elementos a examinar desde el punto de vista que interesa son la “fundamentación” y la “petición o súplica”. El primer elemento es sometido a estudio, tal como lo considera la teoría llamada de la substanciación, y después según lo concibe la conocida como teoría de la individualización, denominaciones usuales en Derecho procesal.

En torno a estas dos formas de concebir la motivación de la demanda, el autor realiza una extensa busca en el Derecho histórico nacional y extranjero, con aportaciones incluso de modelos de escritos que se ajustan a una y otra tendencia, revelando los materiales y citas de que está llena esta parte del libro una pacientísima y cuidada labor investigatoria. Y era natural que Fairén se detuviese en el estudio de ambas teorías, ya que de la adopción de una u otra o, al menos, de un sincretismo entre ambas, dependen en gran medida las posibilidades de cualquier “transformación” de la demanda. El examen de los precedentes y estado actual de la doctrina respecto de ellas (21-69) le lleva a concluir que no es posible entender ninguna en su sentido extraño y riguroso, es decir, ni la primera, en cuanto estima que la fundamentación de la demanda está constituida por la suma de hechos o relación fáctica aportada por el actor, a título de justificación de su afirmación jurídica y base de su pedimento (pág. 21); ni la segunda, si entiende que dicha fundamentación se forma tan sólo por la exposición de la relación jurídica en que se basa lo pedido; esto es: allí *causa agendi remota*; aquí, *causa agendi proxima* (página 22).

Esta dificultad ha sido advertida por la doctrina desde que surgió la controversia acerca del significado que debía darse a los conceptos empleados por la exposición de motivos del Código procesal alemán al referirse a estas cuestiones y que, parecidamente figuran en el párrafo 253 de dicho cuerpo legal: “... *bestimmte Angabe des Grundes des erhobenen Anspruchs*” (= indicación circunstanciada del fundamento de la pretensión ejercitada). Según la teoría de la sustanciación—centra Fairén, página 23—, para efectos de la transformación de la demanda, interesa lo que ocurra en la parte fáctica; y con arreglo a la otra, es relevante lo que suceda en la jurídica; y como resultado del análisis que el autor realiza, estima él que en realidad la doctrina de la sustanciación y la de la individualización no se excluyen...; “ambas tienden a conseguir la necesaria individualización del objeto del proceso, si bien por métodos distintos: la primera lo hace por medio de la diferenciación de los hechos, y la segunda a través de la del derecho”; de suerte que lo único discutible es el momento procesal adecuado para hacerla y el sujeto del proceso a quien esta

labor corresponde, extremos éstos en cuyo estudio muestra Fairén gran agilidad (69-79).

El otro elemento de interés, por lo que se refiere a la transformación de la demanda es el *petitum*, dentro del cual el autor distingue la súplica o petición inmediata de un pronunciamiento jurídico determinado (condena, declaración simple, constitución, etc.), y la mediata de la cosa u objeto material, para examinar cuáles alteraciones del *petitum* así entendido suponen una transformación de la demanda, sobre todo confrontando los supuestos de acumulación de acciones (pretensiones) con la llamada concurrencia de normas (79-88). En este punto quizás hubiese sido conveniente referirse a la significación actual del principio *iura novit Curia*, particularmente en los supuestos en que la parte no puede precisar *ab initio* la situación fáctica, sino que depende de la prueba e incluso de la valoración personal del Juez (por ejemplo, en las demandas resolutorias de contratos de arrendamiento por subarriendo o por traspaso; en las que persiguen la protección posesoria por despojo o por perturbación).

Ultimo elemento que examina Fairén para ir al concepto y desarrollo de la transformación de la demanda es el personal: las partes y su cambio, fenómeno éste que el autor no considera como una transformación de la demanda, según las más recientes direcciones doctrinales (88-98).

Con un camino casi despejado se abre la segunda parte de la monografía, sobre la procedencia de la transformación de la demanda. Pone el autor de manifiesto el veto histórico contra dicha alteración, derivado de la arcaica *litis-contestatio*, ya carente de sentido incluso en las últimas etapas del Derecho romano, pero que en el común operaba como impedimento, pues concluida la misma no cabía la posibilidad de transformación, por "haberse comprometido en ella el actor a aceptar la sentencia que rayera sobre el derecho ejercitado (la "acción" ejercitada)"; la acción estaba consumida.

Hay que arrumbar la *litis-contestatio* y determinar si la transformación es útil en sí y procesalmente económica. El autor llega a un resultado afirmativo, como era de esperar, estimando que su admisibilidad o no se reduce a un problema de estimación de los intereses que entran en juego: si el orden del juicio, su normal desarrollo y la postura del demandado no se perjudican (dificultación de su defensa), es obligado admitirla, incluso dentro del pensamiento de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, muy vinculada a la concepción de la *litis-contestatio* (101-131).

Para confirmar la "bondad de esta doctrina, por primera vez sistematizada y expuesta ahora en España", aduce el autor el ejemplo de las Leyes arrendaticias más recientes (132-139), aunque no se ve claro en ellas si se trata de una exigencia de la retroactividad de sus normas materiales o de una verdadera permisión del fenómeno transformativo. Un caso muy curioso es el de la ampliación de la demanda ejecutiva para nuevos plazos de la obligación (art. 1.456 de la Ley de Enjuiciamiento civil), que también habría sido interesante considerar. Asimismo, como expediente para lograr finalidad análoga a la transformación de la demanda, cuando ésta no sea admisible al efecto de ejercitar nuevas pretensiones (art. 157 de dicha Ley), brindamos a la consideración de Fairén

el ejercicio en demandas separadas que admitan una acumulación (artículo 160 y siguientes de la misma).

El último capítulo del libro está dedicado a plantear y resolver los problemas técnicos que surgen por la transformación: litispendencia anterior y sobrevinida, presupuestos procesales, caso de la rebeldía, admisibilidad en apelación y casación, etc. (139-146).

Concluye el libro con una reseña bibliográfica, sobre la que advierte el autor que no contiene todas las obras consultadas, por lo que es disculpable alguna omisión, a causa de la cual no se llevan a la lista obras reiteradamente citadas en el curso de la monografía.

Y concluye también esta nota con el envío de un caluroso saludo a Víctor Fairén y un aplauso por su meritoria y paciente labor, como cabía esperar de sus dotes singularísimas para la investigación en el campo de una Ciencia a la que está dedicado en cuerpo y alma, dentro de la cátedra y fuera de ella.

L. PRIETO CASTRO

GRAZIANI, Alessandro: "La società per azioni".—Nápoles, ed. Morano, 1948; 262 págs.

El Dr. Gustavo Minervini ha recogido en este volumen un curso de lecciones de Derecho mercantil proferidas en la Universidad de Nápoles por el profesor Graziani, ordinario de la cátedra en el prestigioso Centro docente. La altura científica del libro supera con mucho el nivel simplemente didáctico que acostumbra tener los clásicos "apuntes de clase". En una obra relativamente pequeña se ofrecen al lector, convenientemente discutidos y tratados con bastante profundidad, muchos de los problemas (sin duda alguna, los más interesantes) que surgen como consecuencia de la nueva disciplina dictada por el Código italiano de 1942 en el ámbito de la sociedad por acciones.

Nueve son los capítulos del libro. El primero está dedicado a las nociones generales, y en el mismo se estudian, como punto de partida, las funciones económicas y el concepto jurídico de este tipo de sociedades.

En el segundo ("La constitución de las sociedades por acciones") se analiza agudamente, desde el punto de vista dogmático, su constitución como *fattispecie* de formación sucesiva. La sociedad por acciones presupone para llegar a existir la realización de actividades diversas, distanciadas en el tiempo, por parte de varios sujetos. Sustancialmente, para que dicho tipo de sociedad se constituya como tal, se requiere—según Graziani—la sucesiva concurrencia de los siguientes elementos, que, juntos, integran el supuesto de hecho delineado: a) la formación del contrato de sociedad por acciones (estipulación del llamado acto constitutivo), por parte de los sujetos que se asocian; b) la homologación de dicho acto por parte del tribunal (régimen de sentencia homologadora, parecido al que introdujo en Portugal la Ley número 995, de 17 de mayo de 1943), y d) la inscripción de la sociedad, por orden del tribunal, en el registro de las empresas.

A propósito de cada uno de los elementos integrantes de esa *fattispecie complessiva*, como la denomina Graziani, se examinan pormenorizadamente las diversas teorías propuestas (así, por ejemplo, las que versan sobre la naturaleza jurídica del acto constitutivo), sometiéndolas a una hábil crítica. Son discutidas y resueltas con precisión las difíciles cuestiones que surgen cuando falta la inscripción de la sociedad en el registro, se estudia la eficacia de la declaración de nulidad del acto constitutivo sobre todo el *Tatbestand* dibujado, y se precisa el ámbito de aplicación de los principios elaborados.

El capítulo, verdadero modelo de forma y fondo por la elegancia y riqueza de los conceptos jurídicos empleados, acaba con el fino análisis de la eficacia de la declaración de nulidad y de la anulabilidad de la adhesión aislada (no esencial) al contrato plurilateral de sociedad.

En el tercer capítulo Graziani se ocupa del elemento personal de la sociedad por acciones, centrandose preferentemente su estudio en el *status* de socio (documentación, derechos y deberes, y fin del mismo). Más logrado nos parece el capítulo siguiente, que contiene un claro comentario de las normas dictadas por el nuevo Código en materia de clasificación y valoración de los balances, haciéndose Graziani eco del Decreto-Ley del 27 de mayo de 1946 sobre revaloraciones del activo, como consecuencia de la desvalorización monetaria de la postguerra.

Digno de una mención especial es el complejísimo capítulo V ("La asamblea de los accionistas"), uno de los más densos de la obra. En él Graziani trata de asunto tan controvertido desde el punto de vista dogmático y de tan escasa importancia práctica como es el de la naturaleza jurídica de la deliberación de la Junta general. Con sutiles razonamientos se esfuerza por demostrar la consistencia de su opinión. A su juicio, la deliberación de la asamblea de una sociedad por acciones sería, al menos normalmente, un acto unilateral de un "órgano colegiado": no hay más que una *parte en sentido substancial* (= centro de intereses), una dirección unitaria de las diversas declaraciones que confluyen en el acto.

Aquí se echa un poco de menos la habitual claridad de pensamiento del autor que no alcanza la altura acostumbrada. Por otro lado, falla la eficacia de la demostración, hecha a partir de la hipótesis un tanto anormal de la intervención y participación de un solo accionista en las deliberaciones de la asamblea.

Las funciones, nombramiento, responsabilidad y fin del cargo de los administradores sociales, así como los órganos administrativos con cometidos particulares, son estudiados por Graziani en el sexto capítulo, y los sindicatos y el control judicial, en el séptimo. En el capítulo VIII (emisión de las obligaciones) se encuentra admirablemente resumido el moderno problema de las obligaciones convertibles en acciones y la organización de los obligacionistas. Y en el último ("La extinción de la sociedad por acciones") se configura también la extinción, al igual que la constitución, como *fattispecie a formazione successiva*, cuyos elementos son: a) el verificarse las llamadas causas de disolución; b) el proceso de liquidación, y c) la cancelación en el registro de empresas. Graziani estudia largamente las cuestiones acerca del modo como operan las di-

ferentes causas de disolución y los problemas más recientemente debatidos en materia de liquidación de sociedades.

* * *

Un interesante problema que aborda el autor al estudiar las causas de ineficacia del acto constitutivo es el de la validez de la constitución de una sociedad por acciones, destinada a caer en una sola mano, es decir, *preordenada* al exclusivo beneficio de un accionista único ("società di comodo", sociedad de complacencia o de favor).

La *vezata quaestio*, objeto de tantas disputas entre los juristas italianos, vuelve a ser planteada por Graziani de cara a la nueva legislación hoy en vigor. Su postura a este respecto merece algún comentario.

A su entender, el legislador no ha resuelto directamente el problema en el nuevo Código, pero ahora es ya lícito hacer uso de una norma legal, apta al menos para esclarecer un aspecto del complicado asunto. En efecto, el artículo 2.362 del C. c (1) disciplina, como es evidente, tan sólo la hipótesis de la sucesiva concentración de las acciones en una única mano, en época posterior a la constitución de la sociedad (unipersonalidad subsiguiente), y no prevé el supuesto de la constitución *dirigida* a tal concentración (unipersonalidad preordenada). Sin embargo, puede ser empleada con fruto para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de esta última *fattispecie*.

La referida norma afirma el principio de la persistencia de la sociedad como persona jurídica, aun en la hipótesis de la ulterior reunión de las acciones en una sola mano, fenómeno que es plenamente lícito, importando apenas la eventual responsabilidad del accionista único en caso de insolvencia de la sociedad. Por tanto, puede deducirse que el resultado a que se encamina el acto constitutivo de una sociedad para el provecho exclusivo de una sola persona es también *lícito* y *posible* legalmente.

Queda aún por saber si, a pesar de ello, dicho acto estará afectado de simulación absoluta o relativa. Graziani niega que así suceda.

A su juicio, todos los suscritores de complacencia quieren la constitución de la sociedad y pretenden adquirir seriamente el *status* de socio; pero esto lo quieren en función de un fin ulterior: la concentración de las acciones en mano de un solo sujeto (que tampoco puede dejar de querer el negocio, como único medio posible de alcanzar la finalidad propuesta). Es ésta un simple motivo lícito del acto y, como tal, irrelevante, aunque llegue a ser absorbente. Y, por tanto, el negocio de constitución de la sociedad no es susceptible de ser atacado por ahí.

El acto constitutivo de una sociedad dirigida a constituir un patrimonio separado para el ejercicio personal del comercio en régimen de responsabilidad limitada, configura, según Graziani, un negocio indirecto plenamente válido. La única consecuencia jurídica adversa sería la responsabilidad subsidiaria del titular exclusivo de las acciones, a tenor del

(1) "En caso de insolvencia de la sociedad por las obligaciones sociales nacidas en el período en el cual las acciones resultan pertenecer a una sola persona, ésta responde ilimitadamente."

artículo 2.362 (2). Y no poder reaccionar frente al posible incumplimiento del pacto de devolución de los títulos por parte de los suscriptores de favor más que con una *condictio* de carácter personal por daños y perjuicios.

Añade Graziani que si comparte la opinión de los que defienden la tesis del negocio indirecto, no se adhiere, en cambio, a la ulterior calificación de *negocio fiduciario* atribuida a la *fattispecie* por Greco, Rubino, Oppo y Brunetti. Opinión que compartimos, si bien por razones diferentes y con las debidas precisiones.

Según Graziani, no existe en este caso la característica combinación de un negocio traslativo y de un negocio obligatorio de restitución, que *intercorran entre las mismas partes*, unánimemente admitida como nota distintiva de los negocios fiduciarios: aquí, el *status* de socio se adquiere por cada suscriptor merced a su participación en la constitución de la sociedad y no le es atribuido por el futuro único accionista, con quien, sin embargo, se estipula el negocio obligatorio de transferencia de las acciones

Por nuestra parte, creemos que al negocio, en sí indirecto, no cabe atribuirle además la nota de fiduciario, porque, aparte de no ser correcta esa contradictoria iustaposición de calificaciones (3), la finalidad del mis-

(2) Según GRAZIANI, la responsabilidad del único accionista sancionada por este precepto sólo sobreviene en la hipótesis de una infructuosa excusión del patrimonio social. No basta que la sociedad por cualquier razón incurra en una simple *mora debendi*, ni hace falta que caiga en un estado legal de insolvencia. En todo caso, el artículo 2.362 del Código civil italiano ha obstaculizado la principal finalidad perseguida con la "*società di comodo*". Para conseguir la limitación de responsabilidad del comerciante individual habrá que recurrir ahora a la intervención de socios de complacencia con participaciones irrisorias, destinados a permanecer en su cualidad de socios aun después de la constitución, durante toda la vida de la sociedad; procedimiento afín, cuyo objeto es eludir el mencionado precepto, por hacer prácticamente posible el ejercicio individual de una empresa en régimen de responsabilidad limitada. La *fraus legis* cometida es incuestionable (artículos 1.244 y 1.418, 2 del C. c. italiano), pero no deben ocultarse las graves dificultades probatorias con que tropezarán los terceros que se propongan intentar la acción de nulidad por fraude.

(3) Vid. GRAZIANI, *Negozii indiretti e negozii fiduciari*, en la *Rivista del Diritto commerciale*, 1933, pág. 416. Si la característica esencial del negocio fiduciario es, como pretende CARIOTA FERRARA, que el negocio de transmisión sea abstracto, no puede ser al mismo tiempo indirecto, porque éste implica estructuralmente un negocio causal. Y los negocios causales (por ejemplo, la compraventa) adaptados a otros fines diferentes y menos importantes (garantía, gestión) que su fin típico, que cabe calificar de indirectos, no son técnicamente negocios fiduciarios, porque se basan en una causa (*c. vendendi*) netamente distinta de la *causa fiduciaria*, que queda relegada a la categoría de un simple *scopus* ulterior, como tal irrelevante, a no ser que tenga su reflejo en algún pacto o cláusula accesorio incorporada al negocio, en cuyo caso no es ya indirecto.

Si, siguiendo a GRASSETTI (*Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità del nostro ordinamento giuridico*, en la *Rivista del Diritto commerciale*, 1936, I, págs. 345 y ss.), se configura el negocio fiduciario como negocio atípico con eficacia real *erga omnes*, capaz de provocar el traspaso o de justificar la atribución de un derecho con base en la *causa fiduciaria*, tampoco dentro de esta construcción cabe atribuirle la nota de indirecto, porque entonces o se está frente a un negocio directo (causal o abstracto) o ante un negocio *fiduciaria causa* relativamente simulado.

Así, pues, ya se considere al negocio fiduciario como abstracto, causal con adición de estipulaciones (o incluso mixto), causal atípico o causal disimulado, estaremos siempre fuera del ámbito del negocio indirecto.

mo—obtener el beneficio de la responsabilidad limitada para el comerciante individual—no constituye ninguno de los fines característicos de la categoría. El *scopus fiduciae* o es una gestión (*f. cum amico*) o es la garantía de una deuda (*f. cum creditore*), pero no ese fin atípico, que no tiene más punto de tangencia con la *causa fiduciae* que su “atipicidad” (4).

La razón invocada por Graziani no nos parece convincente. No se puede negar la existencia de una atribución patrimonial—atribución originaria o constitutiva, no transmisión derivativa—a cada uno de los suscriptores de favor (5). El futuro señor exclusivo de la sociedad no transmite, como es evidente, la condición de socio a sus complacientes amigos, pero hace posible que éstos adquieran transitoriamente el *status*: al final cada uno de ellos recibe una atribución o ventaja patrimonial por iniciativa del verdadero interesado en el negocio. Y es en esas particulares atribuciones—y no en el negocio global—donde se puede y debe buscar una causa (no hay atribución patrimonial sin causa), que procederá o no calificar de fiduciaria.

Nos inclinamos a creer que cada convenio de restitución del título de accionista implica un negocio fiduciario bilateral (no plurilateral), cuya causa sí que corresponde a uno de los grupos de la *c. fiduciariae*: *f. cum amico* = gestión, que en este caso tiene por objeto la adquisición plena del *status* de socio, absolutamente necesaria para hacer posible la constitución efectiva (real) de la sociedad, y la ulterior transmisión de esa cualidad, mediante la cesión del documento al cual está incorporada, para acabar de conseguir el último *scopus* visado (limitación de la responsabilidad personal del fiduciante).

Resumiendo nuestras consideraciones, entendemos que el fenómeno de la unipersonalidad preordenada en la constitución de una anónima constituye un supuesto de negocio indirecto, cuyo negocio medio es una sociedad por acciones y cuyo fin ulterior es un *scopus* atípico (creación de un patrimonio afectado al ejercicio del comercio individual), imposible de conseguir directamente. El *pactum fiduciae*, mejor, las diferentes cláusulas fiduciarias pactadas con cada suscriptor de complacencia, no son más que un expediente de segundo grado, escogido para preordenar el negocio medio al fin ulterior; con otras palabras, son instrumento de la realidad del negocio medio.

Creemos, además, que no se puede descartar en absoluto la hipótesis

(4) En efecto, la *causa fiduciae* no se identifica con el mandato, depósito, comodato o con cualquiera de las formas típicas de garantía (prenda o hipoteca), sino que implica una finalidad de gestión o garantía atípicas reforzadas con la plena titularidad de un derecho o cosa, que es imprescindible para el logro del especial *scopus* perseguido por el fiduciante. A este propósito pueden consultarse mis estudios *Origen y vicisitudes de la fiducia romana*, Coimbra, 1948, págs. 38 y ss., y *Sobre el negocio fiduciario*, en este ANUARIO.

(5) El mismo GRAZIANI reconoce que el sujeto (socio o tercero) a cuyo provecho se destina la sociedad anticipa siempre o, cuando menos, reembolsa a los restantes socios de complacencia las cantidades que deben desembolsar.

de la simulación relativa, fácilmente reconocible en algún caso extremo, como cuando por las manos de los socios de favor no llegan a pasar los respectivos títulos de sus acciones. Se impone, por tanto, una interpretación de la voluntad de las partes en cada caso concreto. Por otro lado, la misma tesis de la simulación, últimamente defendida con tanto brillo por Ferrer Correia (6), no excluye en algún supuesto excepcional la hipótesis del negocio real indirecto con pacto fiduciario. Mas, a nuestro juicio, cabe extender su campo de acción a otros muchos supuestos en los que la única prueba de la simulación habida es la falta de una *affectio societatis* en todos y en cada uno de los partícipes de la sociedad de favor; como no existe la intención de ligarse en sociedad de una forma *duradera*, en realidad, se trataría de una sociedad ficticia (7). Ahora bien; la adquisición del *status* de socio no exige una *affectio* tan cualificativa. Está en lo cierto el profesor Garrigues cuando afirma que el espíritu capitalista ha dado un sentido nuevo a la transmisibilidad de las acciones, que se adquieren con un propósito de ganancia en la reventa y no por el deseo de ingresar en la sociedad; *con ello queda barrenado el concepto jurídico de la sociedad basado en una "affectio societatis"* (8). La condición de un suscriptor de complacencia no es peor que la de un especulador que adquiere una acción de una anónima para desprenderse de ella unas horas más tarde, movido por el deseo de obtener un lucro fácil en el azar de las operaciones de bolsa. Y, con todo, a nadie se le ha ocurrido decir que sea un socio ficticio.

* * *

Para terminar esta apreciación crítica del libro de Graziani, diremos, ya alguien lo ha advertido, que está escrito de una forma concisa y clara al mismo tiempo, sabiéndose alterar, según las exigencias de las diferentes materias, la síntesis con el análisis, la exposición crítica con la dogmática. La agudeza, el equilibrio jurídico y la finura con que el autor suele desenvolver la exégesis de los textos legales y la constante atención dirigida a ensayar las consecuencias prácticas de las diversas teorías discutidas, hacen que las soluciones a que llegan persuadan siempre y sean merecedoras de una atenta consideración.

Juan Bautista JORDANO

LASSO DE LA VEGA, Javier: "El contrato de edición. Los derechos y obligaciones de autores y editores".—Editora Internacional.

Tras un jugoso prólogo de D. Francisco Cervera y Jiménez Alfaro y una ficha sobre las Convenciones internacionales y Leyes nacionales para

(6) *Sociedades ficticias e unipessoais*, Coimbra, 1948. Este ANUARIO dió, a su tiempo, noticia de la importante obra en una reseña publicada en el tomo I, fasc. II, págs 607 y ss.

(7) *Op. cit.*, págs. 158 y ss., especialmente págs. 164 y ss.

(8) *Capitalismo y Derecho mercantil*, conferencia proferida por el ilustre maestro en el Colegio de Abogados de Madrid el día 17 de mayo de 1949. Hacemos la cita según el extracto de VERDRA, publicado en este ANUARIO, tomo II, fasc. II, pág. 641.

la protección de los derechos de autor utilizadas en la obra y abreviaturas empleadas para su cita, comienza la monografía que el autor divide en cuatro partes.

En la primera—Generalidades y Doctrinas—trata, ante todo, de establecer los supuestos que le han llevado a emprender el trabajo. En un capítulo ciertamente ameno nos habla de que su fin no es otro que ilustrar a autores y editores acerca de los derechos y obligaciones que en el contrato de edición se establecen recíprocamente, sin realizar, como es lógico, un estudio exhaustivo de la cuestión. Señala las críticas que se han formulado contra autores y editores, sobre todo contra éstos, tachándolas de infundadas en su mayoría, y frente a la figura del editor puramente negociante, sin otras miras que las crematísticas, resalta la del editor idealista, a quien tantos escritores deben su fama y porvenir. Termina el primer capítulo con la indicación de las ventajas que supone el conocimiento de lo legislado y “concordado” sobre el contrato de edición a autores y editores. El segundo capítulo—el más jurídico y también el más flojo de la obra—trata del derecho de autor, examinando en él las teorías sobre el derecho de la propiedad intelectual y rechazando las que le consideran como un derecho real, como un derecho de la personalidad, como derecho doble (moral y pecuniario), etc., etc., concluye que el objeto de la propiedad intelectual es la creación original, en que el hombre combina elementos ya existentes para lograr utilidades nuevas, que el derecho de autor es derecho personal, moral, de la personalidad misma, y, por ello, inalienable, si bien puede el autor “conceder” la explotación de su obra conservando siempre la facultad de vigilar la publicación; el aspecto pecuniario de los derechos de autor no es sino la proyección en el mundo económico del carácter personal del derecho, que es inalienable, perpetuo, imprescriptible, pero que en su proyección económica puede limitarse temporalmente en su disfrute, así como cederse o embargarse. Contenido del derecho de autor es el derecho de explotación, de modificación, de fiscalización y de continuación.

La segunda parte se refiere al Derecho internacional en relación con el derecho de autor; hace referencia a la evolución histórica de la protección internacional de tales derechos, que de simples privilegios en favor del escritor extranjero, han pasado a ser reconocidos en las legislaciones nacionales y en Tratados internacionales primero bilaterales y finalmente normativos, con constitución de Uniones internacionales. Estudia a continuación la Unión Internacional de Berna de 1886 y sus revisiones en Berlín y Roma, y en los últimos capítulos trata de las diferentes Convenciones, Conferencias y Tratados que protegen el derecho de autor en América. Estos capítulos “macizos”, según el prologuista, son quizás los más logrados de la obra.

La tercera parte trata del contrato de edición propiamente dicho, que, como hace observar acertadamente, depende en su contenido de la doctrina jurídica que admitamos respecto al concepto de la propiedad intelectual; desde su punto de vista, no puede ser ni contrato de alquiler, ni de prestación de servicios, ni de sociedad, ni de mandato; para él, se trata de un contrato innominado integrado por dos elementos esenciales: el

moral y el económico, que quedan disociados por el convenio editorial, conservando el personal el escritor y obteniendo el pecuniario el editor, a cambio de una contraprestación. Estudia luego tal contrato en cuanto a su contenido; quizás tal estudio (desde luego, completo y minucioso), no resulta demasiado sistemático. Termina esta parte tratando de la prueba de los contratos de edición, de la defraudación y sus sanciones y de la jurisdicción a que deben someterse los posibles litigios.

La última parte de la obra es una simple exposición de la Ley de Propiedad intelectual vigente, con su Reglamento y disposiciones complementarias, terminando con un índice alfabético de materias, con el Decreto de 13 de octubre de 1938 sobre depósito legal de obras y con un contrato de edición "tipo".

Subjetivamente puede felicitarse Lasso de la Vega de haber colmado sus propósitos; nos da en pocas páginas una recopilación de las normas que en el Derecho nacional e internacional reglan la propiedad intelectual, y en el capítulo correspondiente fija un formulario de contrato de edición que puede servir de pauta para redactarlo. Ha hecho un libro práctico, tal era su fin; puede sentir la satisfacción de verlo realizado.

Quizás por tratarse de una obra destinada a no iniciados, se echa de menos en ella un mayor rigor jurídico, es más un conjunto de leyes, formularios, índices y cuadros sinópticos que una monografía propiamente dicha; la teoría jurídica de la obra no está a la altura de las circunstancias; bien está que, como antecedente del contrato de edición, se estudien las normas de la propiedad intelectual en el campo positivo, pero es excesivo que sólo una tercera parte de la obra se dedique al estudio del contrato de edición propiamente dicho. Respecto a dicho contrato no es, a nuestro juicio, acertada la posición del autor; para nosotros, no cabe hablar de la "edición" como contrato innominado típico y "sui generis"; no creemos que la edición tenga otra sustantividad que la de fin, la de "causa" que puede modalizar una serie de contratos (donación, arrendamiento, de trabajo, sociedad, etc.) de "contenido" (expuesto con detalle, bien que, a nuestro juicio, con poco sistema, por Lasso de la Vega) que puede infundirse en moldes muy diversos. En resumen, estamos ante una obra sumamente práctica que facilita el conocimiento del Derecho positivo vigente; lástima que el autor no se haya propuesto área de mayores vuelos para la que, a lo largo de la realizada, demuestra le sobran erudición y criterio.

Tipográficamente, la edición es discreta, si bien cabe algún reparo en la colocación del índice general de materias.

José María ALVAREZ DE MIRANDA
Juez de Primera Instancia.

MESSINEO, Francesco.—*"Dottrina generale del contratto"*.—3.^a edición, Milán, Giuffrè, 1948, XVI + 560 págs.

La obra, positivamente, comprende el estudio de los artículos 1.231 a 1.469 del C. c. italiano de 1942, y se divide en una introducción y 17 capítulos, en los que, en esencia, se estudian cuidadosamente las fuentes

de regulación del contrato; la autonomía contractual y su alcance; los principios generales del Derecho en materia contractual y la fisonomía del contrato en el Derecho moderno; la función económica del contrato, aspectos varios de su noción jurídica y figuras afines; elementos y presupuestos del contrato: las partes, la capacidad para contratar, consentimiento, causa, motivos, objeto y forma; elementos accidentales: condición, término, modo, cláusula penal y arras; la representación en la conclusión del contrato, el contrato consigo mismo, el contrato por persona a designar y el llamado "per conto di chi spetta" (artículos 1.513 y 1.891, C. c. italiano); la formación del contrato; la registración y la publicidad del contrato; el contrato preliminar; el contrato innominado, mixto y su disciplina; contratos recíprocos y reunidos; agrupación de contratos bajo el aspecto técnico-jurídico; los contratos ilícitos, imposibles y fraudulentos; el contrato simulado; interpretación e integración del contrato; efectos del contrato entre las partes y respecto a terceros; cesión, invalidez (nulidad y anulabilidad), ineficacia y rescindibilidad del contrato, y otras vicisitudes del mismo.

El anterior temario, realmente sugestivo, y la circunstancia de ser ésta la tercera edición que, en espacio de pocos años (desde 1944), alcanza la obra, dicen más acerca de su interés de lo que nosotros pudiéramos expresar. Unicamente queremos dar cuenta algo más al por menor—y como muestra—de dos puntos esenciales, comenzando por el que afecta a la propia consistencia dogmática de la obra: la *razón de ser* de una "doctrina general del contrato".

A) El punto nos parece de importancia nada despreciable: están bien recientes en nuestra doctrina rotundas afirmaciones de que "la esplendorosa Parte general del Derecho civil" pone en trance de desaparición a la "cada día más exigua teoría general del contrato", alegando que ésta queda absorbida en la doctrina del negocio jurídico de que aquélla se ocupa; por lo que—se añade—es "más lógico y está más de acuerdo con los principios" el "hacer un estudio detallado y completo de la doctrina del negocio jurídico en aquella Parte general, y luego, al desarrollar los capítulos contractuales, seguir un sistema de referencias y reenvíos" (1). Frente a este criterio, en el terreno de las realidades, hay obras notables y útiles, cuyo objeto exclusivo es la doctrina general del contrato; sirvan de ejemplo, entre las últimas, Ferrara: *Teoría dei contratti*, Nápoles, 1940; Allara: *La teoria generale del contratto*, Turín, 1945 (forma parte de un *Corso di Dir. civ.* del mismo autor, en el que, por cierto, hay también un vol. dedicado al negocio jurídico), y en Portugal, Galvao Teles: *Dos contratos em geral*, Coimbra, 1947.

Pero, además, los argumentos justificativos de la doctrina general del contrato, expuestos por Messineo, nos parecen de sobrada consistencia. En primer término—dice—existen *principios comunes* a todo contrato, porque cada figura concreta de contrato, aun teniendo un contenido peculiar, participa de una naturaleza y estructura comunes, a la que corres-

(1) PUIG PEÑA, *Tratado de Der. civ. esp.*, t. IV, vol. II, *De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Madrid, 1946, p. 1.

ponden siempre las mismas normas. En este aspecto, cada contrato resulta constituido por elementos formales constantes (*paradigma abstracto y general*), aunque—caso por caso—sea distinto el contenido de las figuras singulares. Por otra parte, existen reglas aplicables exclusivamente a un *determinado* grupo de contratos; por ejemplo, contratos onerosos, contratos de ejecución continua y semejantes. Hay, en fin, normas particulares de *cada* contrato, inspiradas en el *contenido* particular del mismo, las cuales se combinan con las reglas comunes a todos y con las que son privativas de los distintos grupos. Las reglas comunes y las reglas propias de los diferentes grupos de contratos tienen, preferentemente, *carácter formal*, ateniéndose a la *estructura* del contrato y tendiendo hacia la *uniformidad*. En cambio, las reglas específicas de cada contrato presentan decidida tendencia hacia la *diferenciación*. Las primeras establecen las afinidades en razón a las que cada contrato singular puede reconducirse al esquema del contrato en general, o al esquema del grupo de que forma parte; las segundas establecen las filiaciones características por las que el contenido de cada contrato se hace inconfundible con cualquier otro. De tal conjunto resulta la disciplina propia de cada una de las figuras contractuales singulares.

Por tanto, las normas establecidas para un contrato especial deben ser integradas desde un doble punto de vista para que pueda considerarse concluida su disciplina. Así, por ejemplo, quien desee reconstruir el régimen del arrendamiento deberá tener presente, al mismo tiempo, las reglas generales aplicables a todos los contratos, las reglas propias de los grupos de contratos con prestaciones recíprocas, de los contratos onerosos, de los conmutativos, de los de ejecución continuada, y así sucesivamente; y, en fin, las reglas peculiares del contrato de arrendamiento.

Se comprende, pues, que—por economía expositiva—de las reglas comunes y de las propias de los distintos grupos se trate de una vez para siempre; lo que no impide el que, estudiándose un contrato determinado, en particular, aquellas reglas deban siempre tenerse presentes, dándose por presupuestas. He aquí, para Messineo, la utilidad del tema de su obra; que se corrobora en el campo legislativo, porque también el Código civil italiano de 1942 sigue ese sistema, que se remonta al de 1865, por influencia del C. c. francés, donde tiene su origen. El artículo 1.323 del C. c. vigente declara a este propósito que *todos* los contratos están sometidos a las normas generales contenidas en el tít. 2.º de su lib. 4.º Y conforme al inciso primero del artículo 1.º de las disposiciones preliminares del Código italiano de la navegación, la doctrina general del contrato es también utilizable para los contratos del Derecho de la navegación marítima y aérea. Finalmente, el esquema general ofrece asimismo utilidad con respecto a los llamados contratos innominados, esto es, aquellos que no son regulados por una disciplina particular, puesto que a ellos se aplica (artículo 1.323) el citado esquema. Las normas generales del contrato tienen, pues—concluye Messineo—una función normativa, no definitoria o descriptiva.

B) Messineo distingue las nociones de causa del contrato, causa de obligación, motivo e intención. Respecto a la causa del contrato, estima

que el legislador italiano ha adoptado la doctrina *objetiva*; es decir, la causa del contrato equivale a la *función económicasocial* que el mismo cumple, en cuyo sentido no existe ningún contrato sin causa, si bien ésta puede figurar de modo no explícito.

Las nociones de causa del contrato y causa de la obligación son inconfundibles. Causa de la obligación no es el fin económicasocial que persigue el contrato, sino la razón de ser o el *fundamento jurídico* del *deber de cumplimiento* (*causa debendi*). La causa del contrato se refiere directamente a la fuente de la obligación (contrato), mientras que la causa de la obligación se relaciona directamente con la obligación, considerada en sí misma, y concierne al deudor. Ambos conceptos de causa se refieren a *momentos lógica y jurídicamente distintos*; el primero se refiere al *fin* que, en concreto, cada contrato permite conseguir a las partes; el segundo se limita a la *razón del deber de cumplimiento*, surgido por el hecho de existir una fuente de la obligación (ya sea ésta el contrato, o la promesa unilateral o, en sentido amplio, la Ley); deber que no estaría justificado si no hubiera precisamente una causa del mismo. Y esta causa no podría ser la del contrato, porque (aparte del caso en que se trate de obligación no contractual) la causa del contrato aclara no el por qué se debe cumplir, sino, inversamente, el por qué se *ha asumido* la obligación de la que dimana el deber de cumplimiento. Para el acreedor, la causa de la obligación es el *título justificativo* en base al cual tiene *derecho* a la prestación; para el deudor, es la *razón* de su deber de cumplimiento. La causa del contrato actúa necesariamente *antes* de que el contrato se forme o, todo lo más, *mientras* el contrato se forma; la causa de la obligación actúa *después* de haberse formado el contrato, cuando la obligación ha de cumplirse.

El *motivo* es un elemento autónomo del contrato. Propiamente, no debe hablarse de motivos del contrato, sino de motivos de las singulares declaraciones de voluntad que concurren a formar el consentimiento; así, pues, los motivos deben referirse a *cada* uno de los contratantes; sólo excepcionalmente puede haber un motivo *común* a ambos contratantes. De donde resulta que por *motivo* debe entenderse—a diferencia de la causa, que es el elemento *objetivo*—un elemento *subjetivo y personal*, es decir, la representación que opera en el ánimo de un futuro contratante *determinado* y le impulsa a llegar a la estipulación del contrato. Se comprende, pues, que si de ordinario actúa *un* solo motivo, también pueden actuar *simultáneamente varios* motivos (por ejemplo, compro un cierto objeto porque es útil, y porque puedo pagarlo a un precio inferior al corriente, y porque, comprándolo, agrado a un familiar) cuando operen todos en el mismo sentido. Puede ocurrir que varios motivos actúen en sentido contrario, determinando en el sujeto un estado de perplejidad del que podrá librarse cuando uno de esos motivos logre prevalecer sobre los demás. En suma, el motivo funciona como un *impulso para contratar*.

Como hechos esencialmente subjetivos, los motivos son *normalmente irrelevantes* para el Derecho; son *excepcionalmente relevantes* en cuanto se exteriorizan con el comportamiento del contratante, o en cuanto se haga *mención* de ellos por los contratantes, o bien cuando constituyan la

base de una declaración de voluntad en los contratos a título gratuito, donde es mayor que en otros la relevancia atribuida al motivo individual. Se configuran, en definitiva, como motivos relevantes hechos o situaciones subjetivos como: el estado de peligro o el estado de necesidad (conocido por el otro contratante), el temor, el error espontáneo o provocado, la ignorancia, la intención fraudulenta; también, bajo cierto aspecto, la condición y el modo.

Junto a las nociones de causa y motivo, expone Messineo el concepto de *intención* ("intento"), cuyo significado es bastante impreciso. La "intención" difiere de la causa—que es objetiva—y presenta evidente afinidad con el motivo *individual*, porque ambos tienen la impronta subjetiva. Pero, dentro de este aspecto, la "intención" no es un motivo más entre los posibles; es el que destaca por encima de los otros, es el único motivo que anima a un cierto contratante. Por ello, puede también denominarse *causa* (en sentido subjetivo) *eficiente*, o sea la *previsión y el deseo de lograr un efecto determinado*. Ese "motivo", cuya importancia decisiva para ambas partes le transforma en "intención" (verdadera causa subjetiva), alcanza gran relevancia cuando es *ilícita*, llegando a provocar la ilicitud del propio contrato (1).

Esta obra de Messino—lo mismo que su *Manuale*—, por las altas cualidades que ofrece, debe considerarse ya como *clásica* en la materia.

Andrés de la OLIVA DE CASTRO

PÉREZ LEÑERO, José: "Instituciones del Derecho español de Trabajo".
Editorial Espasa-Calpe, S. A.

Al abrir el libro motivo de esta recensión nos encontramos con un anuncio, con la lista de otras publicaciones del autor. Vemos por ella que su actividad como publicista jurídico se polariza en dos direcciones, pues los temas en ellas tratados son tanto de Derecho laboral como de Derecho romano. Ello hace suponer que la obra abierta a nuestra curiosidad va a ser algo nuevo en que con criterio de jurista fino y profundo, con criterio y formación de romanista, se aborden los problemas del Derecho de Trabajo. No nos equivocamos.

El prólogo, del propio autor, nos da una síntesis de sus propósitos. Pretende estudiar el Derecho laboral con rigor jurídico, iusprivatista. Di-

(1) Nuestro Tribunal Supremo no es ajeno a esta tendencia, y ha consagrado en sentencias recientes la relevancia de los motivos ilícitos, que actúan como causa subjetiva. Así, la S. de 2 abril 1941: probado el motivo ilícito, "ese motivo, puesto expresamente como razón de ser de la operación realizada, no puede menos de trascender a la estructura y configuración jurídica de ésta". En sentido análogo, las sentencias de 12 abril y 25 mayo 1944. Pero la S. de 6 diciembre 1947, desviándose de la tendencia iniciada por la de 2 abril 1941—que ya constituía *doctrina legal*—vuelve al antiguo criterio objetivo; buen resumen de la evolución de la jurisprudencia en Bonet, *Revista de Der. Priv.*, 1948, página 242. La S. de 30 junio 1948, sin precedentes, parece acoger la teoría de la *presuposición* (*Voraussetzung*, de Windscheid) al declarar la ineficacia de un contrato "por desaparición de la base en que se asentaba".

vide el Derecho de Trabajo para su estudio en una parte general (objeto de otra excelente obra: *Teoría general del Derecho español de Trabajo*), especial (las *Instituciones* que comentamos) y otra parte: *Política del Trabajo*, que se nos promete para un futuro, que deseamos sea próximo, en que estudiará las normas públicas del Derecho de Trabajo fundadas, no en la "relación" de trabajo como tal, sino en el "hecho" del trabajo, en que el Estado, ante la presencia del trabajo, tiene que abordar una serie de problemas administrativos, fiscales, políticosociales, etc., etc., cuyo encaje sistemático queda fuera de la relación laboral propiamente dicha. Las Instituciones de Derecho de Trabajo son, por tanto, una exposición de lo que pudiéramos llamar parte especial del Derecho positivo de Trabajo; partiendo de las concepciones filosófico-económicas y de las teorías expuestas en la *Teoría general del Derecho español de Trabajo*, aborda Pérez Leñero el estudio del Derecho positivo.

Dos partes y dos apéndices tiene la obra.

En la primera parte estudia el Contrato de Trabajo, tanto en sus elementos personales, reales y formales, como en su contenido (prestaciones y salarios), como el régimen de ingresos y ascensos del trabajador, como los elementos espacial y temporal del trabajo contratado (locales, traslado, permutas, jornada legal, interrupciones, etc.). La vida jurídica del Contrato de Trabajo se desenvuelve en siete capítulos en que se abordan los problemas de la vigencia, suspensión e ineficacia y extinción (término general que comprende inexistencia, anulabilidad, ruptura, rescisión, disolución y resolución del Contrato de Trabajo).

El mero examen del índice de esta parte nos indica ya la profundidad, el método y la elegancia jurídica con que el autor se propone y resuelve los problemas teóricos y prácticos que plantea el Contrato de Trabajo. La terminología es precisa, clara, contundente; pocas veces se ha hablado en Derecho laboral con tal rigor jurídico, quizás se pueda achacar al autor un exceso de tecnicismo en este punto que le ha llevado a adoptar por completo una terminología propia del Derecho privado y a eludir locuciones como despido, abandono de trabajo, etc., etc., que tienen una significación clara dentro del campo del Derecho laboral. No estamos ante una simple exposición del Derecho positivo sobre el contrato de trabajo, el autor tiene la preocupación de fundamentar filosóficamente sus opiniones, de buscar concordancias jurisprudenciales, de "construir", no sólo de "exponer", y lo consigue plenamente. No quiere esto decir que coincidamos con todas y cada una de las opiniones del autor, en muchos puntos discrepa nuestro criterio del suyo (naturaleza del período de prueba, por ejemplo), pero se impone sobre estas diferencias de detalle un reconocimiento pleno y entusiasta del conjunto; fácil es ante una obra, por completa que sea, encontrar puntos más o menos justificados, lo difícil es escribirla.

La segunda parte de la obra trata de los Seguros laborales. Tras un capítulo general sobre la gestión de tales seguros, en los siguientes estudia los seguros de Accidentes de Trabajo, Enfermedades profesionales, Enfermedad, Vejez e invalidez, Subsidio familiar y Seguros complementarios (Mutualidades y Montepíos).

En esta parte, a nuestro modo de ver, baja un poco de tono la obra;

aquel estudio profundo, constructivo, agotador, hecho del Contrato de Trabajo, no se realiza en la misma medida respecto a los Seguros sociales, sigue el estudio del Derecho positivo de manera sistemática y clara, pero quizás se abordan con demasiada brevedad los problemas; más que ante una segunda parte de la obra anterior, nos encontramos ante la de otra distinta; el Contrato de Trabajo se estudia con cierta amplitud, los Seguros sociales con mucha brevedad; ello tiene sus ventajas. Gracián decía: "Lo bueno, si breve, dos veces bueno", pero quiebra la línea general de la obra.

Los apéndices, referentes a los procedimientos judicial y administrativo, exponen brevemente el Derecho adjetivo, tan importante y tan desconocido en el Derecho de Trabajo; sigue Pérez Leñero en líneas generales al excelente Derecho procesal social de D. Juan Menéndez Pidal, pero no se limita a resumir dicho tratado, sino que expone las cuestiones con criterio y sistema propios. En el apéndice referente al proceso administrativo recoge de forma clara y concisa la compleja y variada legislación existente. Termina la obra con los índices alfabético y general.

Tipográficamente, abundan las erratas en la obra.

José María A. DE MIRANDA,
Magistrado de Trabajo.

SANTOS Y PASTOR, Angel.—*"Reformas sobre retracto de colonos y pagos de rentas en los arrendamientos rústicos"*.—Valladolid, septiembre 1949. Tip. Cuesta. 72 págs.

Publica Santos y Pastor con este título un apéndice de su anterior obra "Propietarios, colonos, inquilinos", dedicado a la exposición y comentario de la reciente Ley de 16 de julio último, que modifica en algunos puntos la legislación de arrendamientos rústicos relativa al retracto de colonos, y del Decreto-Ley de 15 del mismo mes y año sobre validez de los arrendamientos rústicos cuya renta se hubiera fijado en numerario o en especie distinta del trigo.

Contiene la obra, junto al texto íntegro de las disposiciones legales, un comentario de su articulado inspirado en una plausible orientación práctica y finalidad divulgadora, advirtiéndose a lo largo del trabajo la preocupación del autor porque aquél resulte pleno de objetividad y perfectamente ceñido al texto de los artículos, sin adentrarse en ulteriores cuestiones que la legislación de arrendamientos rústicos plantea.

Antes de entrar en el estudio de las modificaciones introducidas da Santos y Pastor una sucinta idea de los retractos en toda transmisión onerosa y de las clases de retracto, para continuar con el examen del artículo 1.º de la Ley, que reforma el 16 y 17 de la de 15 de marzo de 1935 en cuanto obligación de notificar, preferencia entre retractos colisión, retracto en caso de finca rústica cedida en parcelas a varios arrendatarios y de fincas arrendadas en parte. Comenta acertadamente la procedencia del retracto en caso de donación, y analizado el artículo 2.º y

disposiciones transitorias se ocupa con cierto detenimiento de la cuestión planteada por el retracto en los contratos de aparcería.

La parte segunda de la obra está dedicada al comentario del mencionado Decreto-Ley, relativo a la validez de ciertos contratos de arrendamientos rústicos, y finaliza con el análisis del problema planteado por la protección debida al pequeño propietario que se ve obligado a dar sus fincas en arrendamiento, reclamando la atención del legislador sobre estas cuestiones.

Dadas las características de la obra, creemos se trata de un meritorio trabajo de interés práctico y doctrinal, ya que el autor cuida de exponer las más autorizadas opiniones de los tratadistas patrios junto a una seleccionada jurisprudencia relativa a cada uno de los puntos analizados.

Javier ALONSO MARTIN
Collegio di Spagna.

VAZ FERREIRA, Eduardo: "Pago de las deudas hereditarias y de los legados".—Montevideo, 1948; 209 págs.

En este libro del profesor de Derecho civil de Montevideo se estudian, preferentemente desde el punto de vista del Derecho positivo, los principales elementos del pasivo hereditario: deudas y legados

El autor no pretende agotar todos los problemas relacionados con la liquidación del pasivo hereditario ni estudiar todas las disposiciones legales directa o indirectamente vinculadas con el tema objeto de su tesis, pues para ello le hubiera sido necesario referirse a muchos capítulos del complejo Derecho sucesorio y aun, a veces, penetrar en otros sectores del Derecho civil.

No obstante, no deja de referirse en esta interesante monografía, que aborda un tema poco atendido por la doctrina, a otros extremos que, aunque no están regulados en la sección del Código civil del Uruguay que trata de las deudas hereditarias—a la que en principio circunscribe su estudio—, son el natural complemento de la misma. El libro desarrolla así orgánicamente el problema con sendas referencias a las disposiciones sobre la responsabilidad del heredero, responsabilidad del cónyuge que percibe su cuota o de quien acepta una donación por causa de matrimonio, hecha para después de la muerte del donante.

Tratando de estudiar ordenadamente los principios fundamentales que rigen en esta materia y los más importantes problemas de carácter práctico relacionados con la liquidación del pasivo hereditario, comienza el profesor Vaz Ferreira por determinar los elementos que integran el pasivo de la herencia, fijando el concepto de las deudas hereditarias, qué obligaciones se transmiten del causante al heredero y cuáles se extinguen por la muerte, qué se debe entender por cargas y legados y en qué sentido, según los casos, el legado integra el pasivo, estudiando también si el *modus* es siempre una carga de la herencia y en qué se distingue del legado.

Una vez terminada la composición del pasivo hereditario, estudia la

responsabilidad de las distintas personas que la soportan, comenzando por la de quien generalmente responde por sí sólo del pasivo (heredero que sucede *ex lege* o por testamento), tratando del sistema aceptado por el Código de su país respecto a la responsabilidad del heredero por las deudas y legados (sistema de la continuación de la persona o de la sucesión en los bienes), haciéndose eco de las críticas doctrinales que ha merecido y de las soluciones adoptadas en otros sistemas jurídicos, con objeto de fijar el alcance de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* en los diferentes supuestos y en aquellas situaciones especiales, como las relacionadas con la aceptación a beneficio de inventario, con el beneficio de separación, con la cesión de los derechos hereditarios y con la sucesión en la nuda propiedad de la herencia, en las que existe una desviación, más o menos acentuada, del sistema general (continuación de la persona del *de cuius*).

En la hipótesis de que varios herederos sean llamados a una misma herencia, estudia la forma en que el pasivo se divide entre los coherederos, los diferentes sistemas posibles, los inconvenientes de la división del pasivo, los medios de evitarlos, la acción contra el caudal hereditario, la oposición a la partición y la llamada hijuela de deudas. Y como el legatario puede responder también en ciertos casos de deudas hereditarias y legados, analiza las condiciones en que surge dicha responsabilidad. Estudia asimismo la responsabilidad del usufructuario de la herencia, aunque es muy discutible su cualidad de legatario.

En capítulos separados se ocupa de la responsabilidad del cónyuge viudo y de la responsabilidad que se origina al aceptar una donación para después de la muerte por razón de matrimonio, haciendo un cuidadoso estudio de la "institución contractual" y el pasivo hereditario, una de las partes mejor logradas del libro, concluyendo por afirmar que dicha responsabilidad es, según los casos, y con algunas modificaciones, la responsabilidad propia del heredero o del legatario. En un último capítulo estudia todo lo relacionado con la forma en que se realiza la liquidación del pasivo, del mayor interés práctico.

En suma, el profesor Vaz consiguió escribir un libro bastante completo que viene a llenar una laguna en la literatura jurídica de su país, si bien para el lector español sea menos provechoso, dada la marcada orientación juspositivista del mismo, que ha impedido al autor una posible visión más universal y generalizadora del problema.

Juan B. JORDANO

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

A. G. R.: "La jurisprudencia no es ciencia". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 107, 1949; págs. 1-5.

Constituye un comentario a la traducción al español de la famosa conferencia de Kirchmann que lleva este título, y que el autor sistematiza con finalidades informativas; señala como sintomático la simultaneidad de su traducción en España y Argentina, aunque por personas distintas.

AZEVEDO MARQUES, H. P.: "Da responsabilidade civil em face dos acidentes de transito". Revista Forense (Brasil), 555, 1949; págs. 27-32.

Ante el caso concreto de los accidentes de tráfico, examina la responsabilidad civil, analizando los conceptos de culpa, caso fortuito, fuerza mayor y culpa exclusiva de la víctima, y conceptúa anticuada la legislación que la regula, señalando el interés de actualizarla, visto el desarrollo alcanzado por los transportes por ferrocarril y automóvil.

BORDA, Guillermo A.: "Intervención del poder ejecutivo en el retiro de la personería jurídica". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 16, 1949; págs. 1173-1186.

Cuestión siempre candente es la de la posibilidad de que por parte del Estado se pueda "retirar" el carácter de persona jurídica, que significa, nada menos que poner fin a la existencia de las personas de existencia ideal, facultad que unos asignan al Poder ejecutivo y otros al Poder judicial. El autor se inclina hacia la facultad del Poder ejecutivo, señalando que la intervención puede tener dos orígenes: en virtud de petición de la propia persona jurídica o en contra de la voluntad de aquélla, supuesto que se da cuando el Poder ejecutivo estima que se ha producido alguna de las circunstancias que para este supuesto previene la ley.

CARNEIRO, Levi: "A moral e o direito contemporâneo". *Revista Forense (Brasil)*, 556, 1949; págs. 337-346.

Inicia su estudio con la cita de los preceptos de Ulpiano, señalando las diferentes conexiones que existen entre los términos "moral" y "derecho", a la luz del Derecho natural y del positivismo jurídico, así como el juego de la moral en orden a la revisión de los contratos, la protección de la buena fe, abuso del derecho, ampliación de las facultades del Juez y en relación con el Derecho internacional.

CICU, Antonio: "El concepto de Status". *Jus (México)*, 126, 1949, páginas 39-58.

A pesar de la vaguedad del término, no ha sido eliminado, y ello significa que se siente la necesidad de conservarlo; hace la obligada alusión a los "status" del Derecho romano, y tras analizar el concepto que del mismo dan Jellinek, Redenti y Arangio Ruiz, termina creyendo que a la expresión "status" corresponde un concepto netamente individual y que no sea sólo accidental y arbitraria la aplicación limitada que siempre le fué hecha refiriéndola principalmente a la posición del individuo en el Estado y en la familia.

D'ORS, Alvaro: "De la "privata lex" al Derecho privado y al Derecho civil". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXV, 1949; págs. 28-46.

En torno a la vieja cuestión diferenciadora del Derecho en público y privado, llama "lex privata" a toda cláusula negocial establecida por la autonomía privada, y su diferencia del "ius publicum" dependía tan sólo del hecho formal de la "publicatio"; cuando toda la normatividad jurídica tendió a convertirse en oficial y la jurisprudencia, en virtud del "ius publice respondendi", se hizo fuente del "ius publicum", la distinción formal se convirtió en una distinción de objetivo; "ius privatum" fué entonces aquel que mira a la actividad de la autonomía privada, no al creado por la autonomía privada misma. Considera que no se puede comparar el concepto de "Derecho privado", que tiene carácter dogmático y apriorístico, con el concepto de "Derecho civil", que tiene un carácter puramente histórico y positivo, siendo el Derecho civil propiamente dicho el Derecho romano común, que históricamente recibió este nombre hasta que el enciclopedismo racionalista tendió a desplazarlo para asignar la denominación de Derecho civil al que era tan sólo Derecho Real.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Registro Civil. Los artículo quinto y sexto del R. D. de 19 de marzo de 1906, como medio de burlar el artículo 18 de la Ley del Registro en cuanto ésta exige, en ciertos casos, sentencia firme para practicar la inscripción o anotación". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 104, 1949; págs. 1-5.

El artículo 32 del Reglamento parte del supuesto de la falta de inscripción, mientras que el artículo 18 de la Ley mira a la rectificación de errores; sin embargo, el rigor de este último precepto queda un tanto debilitado al permitir los artículos quinto y sexto, del R. D. de 19 de marzo de 1906, la "inscripción" o "corrección", provisional que surten los mismos efectos que las definitivas, mientras no sean impugnadas judicialmente, y como basta para la incoación del expediente el acreditar la iniciación del proceso, puede muy bien acreditarse tal incoación y desistirse posteriormente, o no instar su curso dejando que caduque la instancia, obteniendo de este modo la rectificación o inscripción pretendida con violación notoria del artículo 18 de la Ley; para evitarlo debió señalarse un "plazo de caducidad", al igual que se lo señala el artículo 86 de la Ley Hipotecaria a las anotaciones preventivas.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Sobre el concepto y significación del Derecho comparado". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 102, 1949; págs. 1-8.

Apunta el renacer de los estudios sobre Derecho comparado, puesto de manifiesto por el número, cada vez mayor, de Institutos que al mismo se consagran; no considera viable la idea de la uniformidad jurídica mundial, aspiración última del Derecho comparado, que sólo será factible previa una auténtica y espontánea unidad espiritual y cultural, debiendo limitarse, entretanto, a ser un instrumento hábil para la obra de suavizamiento de las relaciones internacionales en lo jurídico.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "El método y el Derecho comparados". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 105, 1949; págs. 1-7.

Examina siguiendo al profesor Naojiro Sugiyama, las discrepancias metodológicas de las diversas escuelas comparatistas que se resuelven en determinadas clasificaciones. La finalidad del Derecho comparado no es la de formular nociones abstractas válidas en cualquier circunstancia de lugar y tiempo sino la de contrastar analogías y diferencias institucionales, históricas o actuales que contribuyan a formar, en definitiva, una tabla de coincidencias mínimas, necesarias para la consistencia en el plano internacional. Lo define, siguiendo al profesor citado, como "una de las disciplinas de la Ciencia del Derecho externo, fundada sobre el natural, y cuyas finalidades son favorecer el perfeccionamiento común de

los diversos Derechos nacionales por medio de una comparación sistemática, hasta formular un Derecho mundial”.

Afirma, por último, que más que de un Derecho Comparado con existencia sustantiva y contenido propio debe hablarse de un método jurídico comparado adscrito como simple instrumento auxiliar a la investigación jurídica histórica, doctrinal o positiva.

LOPEZ ALARCON, Mariano: “El Registro civil en su aspecto orgánico”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 108, 1949; págs. 1-6.

En tanto no sea realidad la unificación de los Registros de la Personalidad, es necesario recurrir al sistema de adscripción para atender al funcionamiento del Registro Civil, acumulando sus servicios a Cuerpos orgánicos que gocen de prestigio, aptitud y dispersión geográfica; la consecuencia de estas tres características ha sido lo que en España ha dado realidad al Registro Civil, si bien no con carácter exclusivo pues la Ley enumera otras personas a quienes corresponden tales funciones: D. G. R. N.; Jueces; Agentes Diplomáticos, etc. si bien en alguno de estos casos, como es el de los Agentes Diplomáticos, la Ley exige la doble inscripción, y en otros como el de Contadores de buques de guerra, Jefes de Lazareto, no son las propiamente dichas funciones del encargado del Registro Civil. Ello es una prueba, dice, de la superfluidad de alguno de ellos que origina una pérdida en técnica y eficacia.

MANTILLA MOLINA, Roberto L.: “Schema del diritto privato mexicano”. Nuova Rivista de Diritto Commerciale Diritto dell'Economia Diritto Sociale, 8-12, 1949; págs. 244-256.

La tarea siempre compleja de ofrecer una panorámica de determinado Derecho, la aborda el autor comenzando por declarar que bajo el epígrafe comprende al Derecho Civil, al Mercantil y del Trabajo. En cuanto al primero, cuyo Código es del año 1926 si bien no entró en vigor hasta el año 1932, ofrece su estudio siguiendo la misma división del Código que consta de una parte preliminar, destacando en ella las disposiciones que se refieren al conflicto de leyes en cuya solución, dice, adopta un criterio exageradamente territorial ya que las leyes mejicanas son aplicables a los extranjeros aun en aquello que se refiere a su estado y capacidad: el libro primero se dedica a las personas; el segundo a los bienes; el tercero al Derecho sucesorio y el cuarto a las obligaciones y contratos, estando dividido en tres partes: en la primera se establecen reglas generales, en la segunda trata de las diversas especies de contratos y en la tercera de la concurrencia y prelación de créditos así como del Registro de la Propiedad.

MARTINEZ ALVAREZ, Rafael: "Los problemas de origen en la relación contractual portorriqueña". *Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 4, 1949; páginas 391-411.

Del estudio de la jurisprudencia portorriqueña, dice, se advierte el valor adquirido por la idea jurídica de la "consideración" y la penuria del concepto "causa", uno y otro han sido objeto de controversias doctrinales y de ambos se ha dicho que se encuentran en crisis; la más dura crítica que se lanza contra la doctrina de la causa, en Puerto Rico, se debe a su dependencia del fenómeno, subjetivo, psicológico o de conciencia del promitente, no obstante, la doctrina del Tribunal Supremo de aquel apís, va dando entrada a la llamada "doctrina de la expectación razonable" que en el fondo tiene los mismos defectos que se imputan al concepto de "causa".

MÜLLER - ERZBACH, Rudolf: "La teoria giuridica della causalita". *Nuova Rivista de Diritto Commerciale Diritto dell'Economia Diritto Sociale*, 8-12, 1949; págs. 221-223.

Advierte que el mayor peligro que amenaza a la Ciencia Jurídica nace de su afán de considerar, de un modo meramente conceptual a los antecedentes, con lo cual la posición adoptada es excesivamente subjetiva: la salvación la ve tan sólo en un procedimiento que una la más alta seguridad jurídica al máximo contacto con la vida.

REINHARDT, Rudolph: "Il diritto e l'educazione Giuridica". *Nuova Rivista de Diritto Commerciale. Diritto dell'Economia. Diritto Sociale*, 8-12, 1949; págs. 223-227.

Ambos términos puede decirse que siguen divorciados; la educación jurídica debería ser el más noble fruto de un estudio del Derecho y ello será así cuando deje de ser considerado el Derecho como asunto propio de los que estudian las leyes y para ello se requiere un conocimiento cierto y verdadero del mismo por parte de todos; sólo de este modo podrá vencerse el sentimiento tan frecuente de desprecio y ausencia de participación, inculcándoles el sentimiento de la responsabilidad personal de cada ciudadano para el Derecho y la Justicia.

SEABRA FAGUNDES, M.: "Contribuição da jurisprudência à evolução do direito brasileiro". *Revista Forense (Brasil)*, 557, 1949; págs. 18-24.

La función de la Ley ante la realidad a disciplinar no lograría sus resultados sin el auxilio de la función judicial de los órganos superiores de justicia que por el equilibrio, intuición y sabiduría que les caracterizan, así

como por sus estudios y conocimiento de los hechos a enjuiciar, dan en cada caso la solución más adecuada al problema planteado.

SOARES, Jefferson: "Noções sôbre o sujeito do direito". Revista Forense (Brasil), 555, 1949; págs. 16-23.

Propugna el autor la vuelta a la filosofía jurídica, cuyo apartamiento ha determinado—en palabras de Triepel—la sumisión a la masa informe de los artículos y párrafos de las leyes. Define a la persona, distinguiéndola en física y jurídica, citando al efecto las opiniones de filósofos y jurisconsultos de la antigüedad y modernos; se ocupa de la familia y del Estado, en los cuales la persona se halla entroncada, analizando los conceptos de derecho y deber que por tal causa nacen, sostiene que derecho y deber son realidades coexistentes que mantienen entre sí constantes vínculos de interdependencia; derecho es, dice, el poder de hacer, poner o exigir un bien; deber, recíprocamente es la obligación de permitir transferir o dar ese mismo bien, cifrándose la vida en común, en esta permanente relación de derechos y deberes.

2. Derechos reales

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

BORREL MACIA, Antonio: "Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo". Revista de Derecho privado, 393, 1949; págs. 1061-1086.

Como indica el autor, se ocupa en primer lugar del usufructo como desintegración de la propiedad corporal, analizando los textos romanos cuyo espíritu ha pasado al Derecho moderno; refiriéndose después al usufructo como desintegración de algunas propiedades no corporales, tales como sobre una empresa mercantil, sobre acciones de sociedad anónima y sobre propiedad intelectual e industrial.

Intenta averiguar el significado de las palabras "sustancia" y "forma", partiendo de la doctrina panteísta, la cual no puede aceptarse por no estar de acuerdo con el Derecho romano, Código civil y Diccionario de la Lengua española, pues se ha de partir del principio de que la primera representa una cosa real y existente, y la segunda es la que hace que la materia prima sea algo determinado en el mundo de los objetos.

BORREL MACIA, A.: "La "rabassa morta" ante la novísima legislación". Revista Jurídica de Cataluña, 6, 1949; págs. 495-517.

Considera la *rabassa morta* como una de las instituciones más arraigadas en Cataluña. nacida para encauzar jurídicamente las relaciones en-

tre propietarios de tierras y sus cultivadores, en forma que no aparezca sombra de subordinación de un hombre a otro hombre.

La define diciendo que "es el contrato por el que el propietario de una pieza de tierra la cede a otro *rabasser* o *rabassaire*, para que la plante de viña y la explote a sus expensas, por mientras duren tales cepas, no se extingan sus dos terceras partes o no transcurra el plazo fijado que se dé de vida a las cepas, mediante percibir una pensión preestablecida en dinero o frutos."

Examina la institución ante las Leyes de 31 de diciembre de 1945 y 15 de marzo de 1935. En la primera afirma que el legislador al promulgarla no tuvo en cuenta la *rabassa morta* para incluirla en el ámbito de ella; y en cuanto a la segunda, cree que no está comprendida, porque en ella no están incluidas las aparcerías consuetudinarias.

CALVO SORIANO, Alvaro: "Situación jurídica de los cauces, arroyos y aguas pluviales". La Notaría, 3 y 4, 1948; págs. 281-297.

Se refiere a la situación que en Derecho corresponde a los cauces en sentido estricto, prescindiendo de la condición jurídica atribuible al agua que por ellos discorra, ya que ambos conceptos pueden ser tratados con absoluta independencia, llegando a las siguientes conclusiones:

1.^a La naturaleza de los cauces, arroyos y aguas pluviales es la propia de los bienes *in commercium*, siendo típicamente susceptibles de relaciones de propiedad privada.

2.^a Sólo en el caso de que el suelo ocupado tenga la consideración propia de los bienes de dominio público, ostentará el cauce el mismo carácter, por razón de accesoriadad.

3.^a Cuando un cauce o sucesión de éste se presente desnudo de vegetación es presumible la atribución de su propiedad privada al Estado, en concepto de bien mostrenco.

4.^a El cauce puede constituir en su integridad parte de una finca, corresponder por mitad longitudinal a los predios contiguos, o bien formar por sí solo finca independiente.

MARIN PEREZ, Pascual: "Conceito de "Gewere". Jornal do Fóro, 88, 1949; págs. 161-171.

Examina el origen remoto de la "Gewere", nacida en los primeros tiempos del Derecho germánico, y a la que reconoce tal importancia que, como afirma el autor, puede decirse que gracias a ella es posible o se desenvuelve todo el tráfico jurídico.

Termina definiendo la "Gewere" como una institución germánica y jurídica nacida de la necesidad de llenar el vacío creado por la falta de un Derecho real, mediante la presunción de una relación entre una cosa y una persona. Atribución que es requisito previo para la existencia de un tráfico jurídico.

REBELLO, Luis Francisco: "Naturaleza jurídica dos direitos de autor". *Jornal do Fóro*, 88, 1949; págs. 172-184.

Examina los dos grandes grupos de teorías que procuran determinar la naturaleza jurídica del derecho de autor; unas, que la consideran como un derecho de propiedad, y otros, como un derecho de la persona. Dentro del grupo de estas últimas, se refiere a la llamada concepción dualista, la que considera dos aspectos en el contenido del derecho de autor: su carácter personal o moral, de un lado, y el patrimonial o económico, de otro.

Termina afirmando que a la teoría dualista corresponde de tal modo la esencia del derecho de autor, que es la que informa todos los sistemas legislativos vigentes.

RODRIGUEZ ARIAS, L.: "Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales". *Revista de Derecho privado* 390 y 391, 1949; págs. 747-762 y 830-844.

Encuentra la justificación de que se haya persistido durante tanto tiempo en la asimilación de los derechos intelectuales a la propiedad común, en su origen que cree encontrar en el "privilegio" y en la urgente necesidad de una protección jurídica eficaz.

Afirma que el derecho de propiedad literaria o intelectual ya no es suficiente, porque el avance de la técnica y el desarrollo de los medios de reproducción intelectual exigen necesariamente dar un nuevo paso para no dejar en la indigencia al autor.

Considera al derecho intelectual como un *derecho real particular*, ya que contiene los caracteres esenciales del derecho real: recae directamente sobre una cosa específica y determinada, *el bien*; ejercitando sobre ella un derecho exclusivo de reproducción y *una acción erga omnes* hacia la colectividad.

TRULLENQUE SANJUAN, José: "Los derechos reales "in faciendo". *Revista general de Derecho*, 57, 58, 59, 60, 61, 62 y 63, 1949; páginas 297-301, 362-366, 434-439, 548-553, 612-616 y 676-684.

Intenta demostrar que en teoría pura abstracta, nada se opone a la existencia de los derechos reales "in faciendo", para lo cual estudia y analiza aquellas doctrinas que se oponen a la admisibilidad de tales derechos, llegando a la conclusión de que es posible la existencia de un derecho real que se actúa mediante la colaboración de terceras personas en calidad de intermediarios.

Afirma que un derecho real es "in faciendo" cuando su titular puede exigir de un tercero—propietario de la cosa sobre la que recae su acción o titular de un "ius in re aliena"—una prestación periódica positiva de la que es posible liberarse abandonando la cosa cuya relación constriñe a ello.

Estudia esta figura jurídica a través de las legislaciones históricas y modernas, refiriéndose concretamente al Derecho español, en el que, dice, es posible su existencia, según se desprende de los artículos 484, 533, 1.606, 1.607 y 1.623 del C. c.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

ASCARELLI, Tullio: "El contrato plurilateral". *Jus* (México), 131, 1949; págs. 463-481.

Constituye un capítulo de la obra del mismo autor que se halla en trance de ser publicada. Examina en él la posible participación de más de dos partes, así como la de sólo dos de ellas, sus derechos y obligaciones, de cada parte frente a las demás, el dolo, fin común, plazo, condominio y derecho de las partes.

AZURZA Y OSCOZ, P. J. de: "Renta vitalicia resoluble". *Revista de Derecho Privado*, 393, 1949; págs. 1029-1061.

A esta posibilidad parece oponerse tajantemente el Código civil en su artículo 1.805; sin embargo, el autor, tras una sutil distinción entre los distintos tipos de normas, termina por concluir que no existe obstáculo de algún relieve que se oponga a que el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el cesionario se sancione con la resolución estipulada de la operación total, máxime cuando en el mismo pacto puede simplificarse la ulterior liquidación de las prestaciones ya efectuadas hasta el momento de resolverse, que pueden quedar íntegramente en beneficio del titular de tal derecho como "pena" o "sanción" al infractor o incumplidor.

BORRACHERO, M.: "Algunos problemas de la compraventa con precio aplazado". *Revista de Derecho Privado*, 392, 1949; págs. 936 a 963.

La compraventa con precio aplazado es un claro ejemplo de que con frecuencia los llamados elementos accidentales del negocio jurídico no siempre tienen el alcance que parece deducirse de su propio concepto. Examina su naturaleza jurídica, el plazo, la transmisión de la propiedad y los supuestos de insolvencia del deudor, fijándose por último en el supuesto del carácter privativo de los bienes adquiridos por compra con precio aplazado, cuando la adquisición se efectúa para el marido o la mujer, carácter que considera indudable, sin perjuicio de los efectos posteriores del pago del precio.

BORREL MACIA, A.: "La rabassa morta ante la novísima legislación". *Revista Jurídica de Cataluña*, 6, 1949; págs. 495-517.

Sobre esta institución, una de las más arraigadas en Cataluña, se han suscitado los máximos elogios y las máximas críticas; la define de modo descriptivo diciendo que es el contrato por el que el propietario de una pieza de tierra la cede a otro "rabasser" o "rabassaire" para que la plante de viña y la explote, a sus expensas, por mientras duren tales cepas, no se extingan sus dos terceras partes o no transcurra el plazo fijado que se dé de vida a las cepas mediante percibir una pensión pre-establecida, en dinero o frutos. Coincide con la mayoría de autores de Derecho catalán y considera la "rabassa morta" como una enfiteusis, pero de carácter temporal y peculiar.

Y entrando de lleno en el tema propuesto, contrasta la institución con la Ley de 31 de diciembre sobre inscripción, división y redención de censos, de cuyo examen cree deducir que el legislador no tuvo la intención de extender sus preceptos a la "rabassa morta".

Y en cuanto a la Ley de 15 de marzo de 1935, sobre arrendamientos rústicos, tampoco la considera aplicable, porque por ella, como por las enfiteusis, la transmisión es de tal tipo que excede del simple aprovechamiento agrícola.

BOUZA-BREY TRILLO, Fermín: "Sobre la facultad novatoria concedida al inquilino en el artículo 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 103, 1949; págs. 1-5.

No considera acertada la conclusión a que llegó en esta misma cuestión otro articulista, en el sentido de que si el propietario se adelanta al inquilino que invoca la novación, en hacer la declaración de renta verdadera, impide la novación, pues al entrar en juego el Decreto de 21 de mayo de 1943 la novación tendrá o no lugar, según que el propietario haya declarado o no la elevación de renta dentro del trimestre natural que allí se indica.

DUQUE PEREZ, Jairo E.: "La delegación como institución autónoma del Derecho civil colombiano". *Estudios de Derecho (Colombia)*, 31, 1949; págs. 119-135.

La define como una convención multilateral, mediante la cual una persona llamada "delegante" pide a otra llamada "delegado" que se obligue para con una tercera persona "delegatario" o "beneficiario", o para con la persona que éste designe mediante su aceptación. Divide la delegación en "perfecta" e "imperfecta"; la primera la considera como una novación subjetiva por cambio de deudor, e "imperfecta", que es aquélla

que implica una yuxtaposición de deudor, y que los romanos llamaron "adpromision", "adpromissio".

GOMES, Orlando: "Contrato de trabalho a relação de emprego". *Revista Forense (Brasil)*, 555, 1949; págs. 24-26.

Considera distintos los conceptos de "contrato de trabajo" y "relación de empleo", señala sus diferencias, así como el papel que juega en uno y otro la voluntad en la formación del vínculo contractual. Se lamenta de que aun estando justificada la distinción no haya expresado el legislador claramente su pensamiento en orden a la misma.

HERRAIZ, José-Leandro: "Los casinos, ante la Ley de Arrendamientos urbanos, ¿deben considerarse como viviendas o como locales de negocio? *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 100, 1949; págs. 1-6.

La pregunta que formula se halla en íntima conexión con la de si los casinos persiguen o no un fin de lucro, no bastando en este punto el solo nombre de casino para determinar su inclusión o exclusión entre los denominados locales de negocio, sino su finalidad objetiva y, en definitiva, el fin primordial perseguido.

IGLESIAS CUBRIA, Manuel: "El precario en el Derecho Español". *Información Jurídica*, 77, 1949; págs. 1405-1440.

En el instituto del precario se ha advertido una evolución desde una regulación jurídica perfecta en el Derecho romano, hasta su decadencia en los tiempos anteriores a la Codificación; hoy día su interés es grandísimo, a pesar de la confusión existente en torno al mismo, debida en buena parte a que en la actualidad el precario rebasa los moldes de la clásica figura del Derecho romano. Nuestro Código civil no dedica un solo artículo al precario; tan sólo en el art. 1.750 podemos hallar una reminiscencia del mismo, e igual afirmación cabe hacer respecto a la L. E. C. en su artículo 1.565, apartado tercero. Ante estas lagunas, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a definir el precario desde dos puntos de vista: como relación contractual y como relación jurídica independiente. Todo ello hace patente la urgencia de una regulación jurídica del precario, no sólo en el aspecto sustantivo sino también en el adjetivo o procesal.

LUQUI, Juan Carlos: "La dación en pago y la reivindicación contra el adquirente de buena fe". *Revista del Notariado, órgano del Colegio de Escribanos (Argentina)*, 574/5, 1949; págs. 209-224.

De acuerdo con los textos legales argentinos, estima que la dación en pago no es una simple fórmula de éste; se trata de un acto complejo que

implica novación y cuyas relaciones futuras deben ser juzgadas por las reglas del contrato de compraventa; para Salvat, el pago por entrega de bienes constituye una "operación" de carácter complejo: por una parte hay pago de la obligación primitiva; por la otra, hay una transmisión de la propiedad de la cosa dada en pago, transmisión que será juzgada por las reglas de la compraventa o de la cesión de derechos, según los casos.

Considera que en los casos de dación en pago procede la acción reivindicatoria: 1) Cuando por error esencial se ha dado una cosa en pago; ese error puede consistir en haber dado una cosa por otra, en haberse dado en pago creyéndose que se debía, o en haberse dado en pago a quien no era acreedor. 2) Cuando el acreedor, que recibió en pago la cosa, es de buena fe, y la transmitió a un tercero, también de buena fe y por título oneroso, el que dió la cosa en pago por error no puede reivindicarla del tercero poseedor de buena fe.

VENTURA-TRAVESET, Antonio: "El requerimiento de pagos, ¿es preciso para entablar el juicio de desahucio? ¿Puede el inquilino pagar de cualquier forma?" *Revista General de Derecho*, 63, 1949; páginas 696-701.

A la luz de la nueva L. A. U. estudia los dos problemas planteados. En cuanto a si es necesario previo requerimiento de pago para ejercitar la acción de desahucio, estima que la nueva Ley no exige previo requerimiento. La segunda cuestión es determinar si en la nueva Ley puede el inquilino pagar en la forma, lugar, tiempo y forma que le plazca, convirtiendo al propietario en una especie de gendarme obligado a perseguir el precio; sobre ello se ha pronunciado la doctrina por boca de García Royo, quien comenta de modo claro que la puesta a disposición de las rentas por el actor ha de realizarse ante el Juzgado, así como la Jurisprudencia, que ha declarado que el pago o consignación, en todo caso, ha de hacerse conforme a los preceptos que regulan una y otra institución.

4. Derecho de familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

BAS Y RIVAS, Federico: "La renuncia a los efectos de la sociedad legal de gananciales, a la propia sociedad y a su subsistencia". *Revista de Derecho privado*, 391, 1949; págs. 844-863.

Afirma que existen diversos casos, regulados en el artículo 1.364, en los que el Código civil permite la renuncia a la sociedad legal de gananciales, que implican siempre inexistencia de la sociedad.

Trata de interpretar el significado de dicho precepto legal, para lo cual distingue las tres clases de renuncia: a los efectos y consecuencias de la

sociedad de gananciales, a la propia sociedad y a la continuación en el régimen económico que supone.

Desde el punto de vista fiscal, se refiere al artículo 22 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, afirmando que éste sólo grava las *adjudicaciones* que se hagan en pago del haber ganancial; pero es necesario que éstas se hagan al *cónyuge sobreviviente*, y que la disolución de la sociedad conyugal que las motiva sea por *fallecimiento* de uno de los cónyuges.

CARDONA GIRAL, Luis: "La adquisición onerosa del usufructo vitalicio y la sociedad de gananciales". La Notaría, 3 y 4, 1948; págs. 325-329.

Examina los problemas que plantea la naturaleza especial que tienen el usufructo vitalicio y la sociedad de gananciales cuando se trata de armonizar su respectivo estatuto jurídico en aquellos casos en que la titularidad usufructuaria se relaciona con la sociedad de gananciales por su adquisición a título oneroso.

Afirma que las normas reguladoras de la sociedad legal de gananciales experimentan una aplicación especial cuando se ponen en contacto con la institución usufructuaria.

HERRERA SOLIS, Rafael: "El concubinato como unión extra-matrimonial, desde el punto de vista jurídico". Revista del Colegio de Abogados (Costa Rica), 42, 1949; págs. 161-176.

Se refiere a las diversas facetas por las que ha atravesado el concubinato desde el Derecho romano, donde, afirma el autor, nació esta institución con caracteres propios debido a las uniones entre ciudadanos e individuos que no lo eran, hasta la moderna tendencia iniciada por la Constitución cubana de 1940.

Considera que las uniones extra-matrimoniales han de reunir diversos requisitos para que el Derecho pueda concederlas ciertos efectos. Estos requisitos son: Elementos de hecho (temporalidad, publicidad, singularidad y fidelidad), elemento legal (capacidad) y elemento moral.

ORTEGA PARDO, Gregorio José: "Incumplimiento de la promesa matrimonial". Revista de Direito e de Estudos Sociais, 3, 4, 5 y 6, 1948 y 1949; págs. 160-193 y 257-284.

Estudia conjuntamente las legislaciones portuguesa y española, en cuanto se relaciona con el incumplimiento de la promesa matrimonial, haciendo resaltar que en ambos sistemas da lugar a una responsabilidad.

Examina las diversas teorías que explican el fundamento de esta responsabilidad, agrupándolas en dos grandes sectores: las que buscan un fundamento extracontractual y las que la basan en la culpa contractual, considerando que esta última es la que verdaderamente se justifica, pues la

responsabilidad deriva del incumplimiento de una promesa bilateral a la que el Derecho concede efectos limitados.

Se refiere, por último, al concepto, régimen y efectos de los esponsales canónicos, los cuales, afirma, no coinciden exactamente con los que el ordenamiento portugués y español establecen.

PIÑOL AGULLO, José: "Asociación de compras y mejoras en el campo de Tarragona". La Notaría, 3 y 4, 1948; págs. 315-323.

Indica el autor que no puede confundirse esta institución con la sociedad de gananciales del Derecho común español, que tiene su origen en la Ley, la cual la establece, regula y señala las causas de extinción, pues aquélla nace de un pacto con modalidades libremente dispuestas; los sujetos de la relación pueden ser dos o más; las participaciones en los aumentos pueden ser por partes iguales entre los asociados o pactarse una participación distinta; son objeto de reparto sólo las compras y mejoras; la muerte de uno o más de los asociados puede no dar lugar a la disolución y practicarse una liquidación parcial, continuando la asociación los sobrevivientes.

Encuentra su origen en la existencia en el campo de Tarragona, de grandes extensiones de regadío destinado a frutales y hortalizas, cuyos productos se exportan o se llevan al próximo mercado, lo cual motiva que la mujer ponga todas sus energías a favor del bienestar económico de la familia.

PUIG PEÑA, Federico: "Las uniones maritales de hecho". Revista de Derecho privado, 393, 1949; págs. 1086-1103.

Parte del supuesto de que sólo la *unión marital de hecho*, en su propio y verdadero sentido es la que está recibiendo el favor de la doctrina y del Derecho en formación; para ello se precisan los elementos característicos siguientes: comunidad de vida, estabilidad y continuidad de esa situación, publicidad de la misma, fidelidad en la mujer y unilateralidad en el varón, y capacidad legal para matrimoniar.

Se refiere a las diferentes expresiones usadas para determinarla, comenzando por el concubinato romano, pasando por la de *barraganía* del árabe, y terminando con la unión marital de hecho o uniones extra-matrimoniales con apariencia de matrimonio, que es la empleada en la actualidad.

Concluye examinando las diferentes posturas que puede adoptar el legislador frente a las uniones maritales de hecho, así como las cuestiones que las mismas plantean. Aboga por la conveniencia de que la doctrina se haga eco de las mismas con objeto de dar protección a situaciones anhelantes de amparo y ayuda.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

ABELAIRA LOPEZ, A.: "La fijación de la legítima en el Derecho español". *Foro Gallego*, 57-58, 1949; págs. 83-103.

Considera que la cuota legitimaria no es un conjunto de bienes concretamente determinados, sino una parte del patrimonio del "de cuius", cuya cuantía no puede fijarse hasta el momento del fallecimiento de éste, porque es sólo cuando puede hacerse el recuento de los bienes que pasaron por sus manos y determinarse la clase de herederos forzosos existentes.

Examina el artículo 818 del C. c., y afirma que la cuota correspondiente al heredero o herederos forzosos se determinará, globalmente, mediante una operación matemática compleja resultante de la reunión de las tres siguientes operaciones simples:

1.^a Determinación del valor del activo del caudal relicto al tiempo de la muerte del causante.

2.^a Dedución, a partir del valor del activo, de las deudas y cargas que no resulten del mismo testamento.

3.^a Agregación al líquido resultante de la práctica de las dos operaciones anteriores, del valor que tenían todas las donaciones colacionables del mismo testador, en el tiempo en que las hubiera hecho.

ANDREOLI, Marcello: "La disposizioni testamentarie a titolo de pena". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 2, 1949; págs. 331-343.

Define la disposición testamentaria a título de pena como aquella disposición por medio de la cual el testador se propone ejercitar una presión psicológica sobre el heredero instituido o legatario, para inducirle al cumplimiento de una particular voluntad expresa del mismo, conminándole con un determinado perjuicio patrimonial o una determinada pena, por la eventualidad de una transgresión a la voluntad mencionada.

Considera que existe una analogía de efectos entre la disposición de que tratamos y la cláusula penal inscrita en los contratos, pero la diferencia de ambas surge porque la disposición testamentaria a título de pena es siempre *unilateral*, y, por el contrario, en el contrato la pena convencional es la *promesa* de uno de los contratantes *aceptada* por el otro.

DIAZ GRANDE, Eladio: "Sobre la reserva del artículo 811 del Código civil". *Nuestra Revista* 780, 1949; págs. 1-2.

Examina uno de los casos que se le han presentado en la práctica notarial, en el que se hacen adjudicaciones de bienes a los ascendientes, con la reserva del artículo 811, en los cuales cree no existía reserva alguna.

Afirma que a los bienes que hereda el padre o madre de un hijo no se les puede, interin haya hijos o descendientes del matrimonio común, asignar prematuramente la cualidad de reivindicables hasta que no hayan transcurrido los hechos que den lugar al nacimiento de la reserva.

GARCIA GRANERO, J.: "Estudio dogmático sobre la mejora y el tercio de mejora". *Revista de Derecho privado*, 391, 1949; págs. 805-830.

Examina la legítima larga y la legítima corta, a las que considera como una expresión acertada aparentemente, pero también como un término acomodaticio por su imprecisión y vaguedad conceptual.

Indica que es un despropósito jurídico decir que la mejora es legítima, pues cree que no sólo no es legítima la mejora, sino que, incluso, tampoco lo es el tercio segundo, o, cuando menos, no es exclusiva ni principalmente legítima.

Después de examinar la distinción entre mejora y tercio destinado a mejora, trata de un nuevo aspecto de la primera, a la que considera ser uno de los elementos o materiales fundamentales que habrán de utilizarse cuando llegue la unificación del Derecho civil español.

GOMEZ MORAN, Luis: "Testamento-Partición". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 257, 1949; págs. 601-631.

Encuentra el fundamento legal del testamento-partición, al que considera de interés notarial, en el artículo 1.056 del C. c., y su origen en la "división inter liberos" del Derecho romano.

Examina el contenido de dicho precepto legal y concordantes, llegando, entre otras, a las siguientes conclusiones:

La partición hecha por el testador sólo puede ser rescindida, en principio, cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1.075, en su relación con el 1.056, ambos del Código civil.

La partición es igualmente rescindible por lesión que no afecte a la legítima, cuando el testador lo dispone así expresa o tácitamente.

La disconformidad o discordancia entre la partición y el testamento no supone necesariamente lesión, y, por consiguiente, no es siempre causa de rescisión de las particiones hechas por el testador.

OCHOTECO, Félix: "La viuda ante la herencia y la herencia ante las capitulaciones matrimoniales". *Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, 2, 1949; págs. 77-89.

Examina el artículo 761 del Código civil portorriqueño, de gran analogía con el artículo 834 del Código civil español; planteándose el problema de averiguar si tiene algún derecho de usufructo de viudedad el con-

yuge supérstite, si el matrimonio fué celebrado bajo capitulaciones matrimoniales.

Afirma que las capitulaciones matrimoniales no operan a manera de renuncia, en lo que a los cónyuges pactantes concierne, de sus derechos sucesorios y de su usufructo de viudedad, renuncia ésta que no puede crearse ni aun por voluntad expresa de las partes.

VASELLI, Mario: "Nota sul retratto successorio". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 3, 1948; págs. 541-546.

El artículo 732 del actual Código italiano ha venido a restablecer el retracto sucesorio que había sido abolido por el de 1865.

Afirma el autor que la naturaleza jurídica de esta institución de origen remoto no ha sido profundamente estudiada, a pesar de la diversidad de pareceres de la doctrina y de la jurisprudencia, los cuales son consecuencia de una inexacta imputación del problema.

Considera que el citado artículo 732 concede un derecho de prelación, y en caso de no haberse notificado la propuesta de enajenación, un derecho de rescate, a los herederos mientras dura la comunidad hereditaria, lo cual significa que la Ley introduce en todas las comunidades hereditarias una restricción al libre ejercicio del derecho de copropiedad, y que, como tal, debe considerarse como una limitación de un derecho real.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ

CIMIANO, Leonardo: "El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto al propietario inscrito". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 258, 1949; páginas 705 a 719.

Trabajo dedicado a centrar las consecuencias y alcance del artículo 41 de la Ley Hipotecaria en el aspecto del robustecimiento del crédito territorial y la seguridad del tráfico jurídico, parangonando nuestro sistema hipotecario con los de características más acusadas en cuanto a su tecnicismo y más radicales en cuanto a los efectos de la inscripción.

FUENTES TORRE-IRUNZA, Juan B.: "El artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1949; páginas 552-553.

Se trata de un análisis más de la doctrina contenida en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que resulta en extremo difícil el entresacar

la posición del autor, que trata de las cuestiones relativas a la naturaleza del procedimiento que establece el citado precepto y a los requisitos para su instación, a las causas de oposición y al valor de las resoluciones que recaigan.

GARCIA ARANGO Y CANGAS, Ladislao: "Elementos de hecho" (boceto).
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 259, 1949, págs. 772 a 786.

Se dedica a recoger una serie de factores de la vida registral, a los que llama "elementos de hecho" (finca y su determinación, requisitos interpretativos de la buena fe, etc.), de indudable trascendencia en el campo de la técnica hipotecaria.

GOMEZ GOMEZ, Manuel: "¿Inscripción declarativa o constitutiva?"
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 259, 1949; págs. 787 a 801.

Se afirma en este artículo, tratando de demostrarlo, que, en nuestro sistema la inscripción es de índole constitutiva en todos los casos de derechos reales, a pesar de las declaraciones que, en sentido contrario, hace la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944.

GOMEZ PAVON, Rafael: "El castillo y el Registro". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 258, 1949; págs. 720 a 725.

Bajo este pintoresco título se estudian algunas de las consecuencias y efectos de la posesión y el Registro y de la buena fe a los efectos registrales, llegando a la consecuencia de que el prescribiente exterior carece de ella cuando está consintiendo una inscripción contraria que, por imperio legal y a todos los efectos, se presume exacta, incluso en la posesión. ¿Cómo habrá de resolverse este conflicto de dos malas fes recíprocas? No nos cabe duda, al inclinarnos por la virtualidad de la inscripción, pues no olvidemos que el propio Código civil respeta el ámbito de la Ley en esta materia y que la posesión que puede entrar en colisión es la gozada a título de dueño.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: "Naturaleza del procedimiento registral".
Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 256, 1949; págs. 575-586.

Se trata de un estudio comparativo entre la función contradictoria registral y la jurisdicciones, centrándolo en el problema de la naturaleza del procedimiento registral, que considera de carácter administrativo, siendo el acto jurídico en que termina un acto administrativo con sus efectos típicos, consistentes en producirlos dentro del Derecho privado.

Se distingue también de los demás actos administrativos, en cuanto a la impugnación, tanto ante el órgano administrativo, por la posición privilegiada que ocupa el registrador, como ante el órgano jurisdiccional.

HOYO, Francisco del: "Otra vez el concepto de tercero". *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 256, 1949; págs. 563-574.

Se trata de una glosa al artículo de Villares Picó: "La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros", del que ya se dió cuenta en esta sección (cfr. t. II, fasc. II, 1949; págs. 721-22).

LACAL, Pascual: "El mito de la accesoriedad de la hipoteca". *Revista de Derecho privado*, 392, 1949; págs. 925-936.

El autor, después de estudiar las diversas posiciones doctrinales en torno a la accesoriedad de la hipoteca, llega a las siguientes conclusiones:

Primera. Necesidad para la subsistencia de la hipoteca de una obligación personal, aunque no se declare en las que llama "de tipo abstracto".

Segunda. Que la obligación personal se transforma en derecho real al constituirse la hipoteca, absorbida por ésta, como elemento integrante de la misma.

Tercera. Que la hipoteca es un derecho real del que deriva la acción de su nombre.

Cuarta. Que la relación personal se extingue mediante la transformación e incorporación a la hipoteca, de una manera total, cuando el valor en venta del inmueble cubre el importe del crédito, y sólo parcialmente en cuanto al exceso, en caso contrario.

Quinta. Que el acreedor hipotecario ha de dirigirse para el cobro de su crédito contra los bienes gravados, sin que pueda prescindir de ellos para hacer efectivo su derecho contra otros bienes del deudor, pues sólo podrá hacerlo en cuanto al déficit no asegurado con la hipoteca cuando ésta haya cumplido su misión y haya desaparecido de la esfera jurídica y del mundo económico.

Sexta. Que la hipoteca, en todos los supuestos, es sustantiva, pues no vive sometida a la obligación personal. Por el contrario, es ésta la que se convierte en elementos accesorio y dependiente de aquélla.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "Defensa de la naturaleza real de la hipoteca". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 258, 1949; págs. 681-704.

Se trata de un artículo, de carácter polémico, contra la tesis mantenida por Cámara en "Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca", de cuyo trabajo ya se dió cuenta en esta sección (t. I, fasc. II, 1949, páginas 1200-1201), y en el que, en contra de la posición obligacionista, sostenida por dicho autor, se demuestra aquí el verdadero carácter de derecho real de la hipoteca.

REYES MONTERREAL, José María: "Los documentos privados y el artículo 313 de la Ley Hipotecaria". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 101, 1949; págs. 3 a 6.

El artículo 313 de la Ley Hipotecaria llega a consecuencias prácticas extraordinariamente, más enérgicas que si el legislador hubiera hecho obligatoria la inscripción, pues en verdad lo que en la práctica sucede es que hoy por hoy nuestro sistema hipotecario deja libres a las partes para inscribir, o no, pero luego desampara al titular no inscrito al privarle de hacer valer sus derechos ante los Tribunales, que, por otro lado, no son los responsables de ello, si tenemos en cuenta la redacción enérgica del artículo 313, imponiendo la prohibición de admitir, en perjuicio de tercero, documentos no inscritos.

REZA, Alfredo: "Aplicación de la técnica hipotecaria a la sentencia que estima la acción pauliana". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 257, 1949; págs. 658-660.

Se trata de un comentario, de tono polémico, a la Resolución de 27 de diciembre de 1945, que define, como finalidad esencial de la acción pauliana, la de colocar los bienes, objeto de la enajenación fraudulenta en situación de que puedan ser perseguidos y ejecutados por el acreedor como masa de embargo, aplicando su valor a la satisfacción del crédito, y, en su virtud, una vez a salvo el interés del acreedor, subsiste en lo posible el contrato celebrado entre el deudor y el tercero, sin que, en ningún caso, el triunfo de la acción pueda convertirse en fuente de derecho para el deudor, ni servirle de fundamento para invocar, en provecho propio, la ineficacia del acto frente al tercero con quien había contratado.

RICA Y ARENAL, Ramón de la: "Meditaciones hipotecarias. La buena fe y la publicidad del Registro". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 256, 1949; págs. 537-562.

Después de estudiar los diferentes sentidos que reviste la *buena fe* en los diferentes sistemas hipotecarios, llega a las siguientes conclusiones:

a) La apreciación de la buena fe respecto al usucapiente, en la usucapición ordinaria, es una cuestión de hecho a apreciar por los Tribunales.

b) No obstante, las Leyes facilitan al Juzgador determinadas pautas para encauzar su criterio, centrándola, en el terreno hipotecario, en el *desconocimiento* de la situación jurídica.

c) Consecuencia obligada es el deber de todo usucapiente de *consultar* la oficina del Estado que hace públicos y legitima el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, incurriendo en culpa lata si omite la referida consulta.

d) Lo contrario equivaldría a hacer de peor condición al titular inscrito que al no inscrito.

III. Derecho mercantil

1. Parte general

A cargo de Evelio VERDERA Y TUELLS

BORRELL MACIA, A.: "Algunas observaciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo". *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1949; págs. 1061 a 1086.

La obligación de realizar los actos necesarios para que la empresa conserve su vida y prosperidad es consecuencia de la de conservar la sustancia de la cosa. Los acuerdos propios de las juntas generales pueden ser tomados por el usufructuario; en las extraordinarias lo lógico sería que se pusieran de acuerdo los interesados. Los dividendos que se reparten a los accionistas pertenecen al usufructuario, así como las acciones distribuidas en pago de beneficios. El derecho de suscripción de nuevas acciones debe concederse al nudo propietario, pero el usufructuario tiene derecho a usufructuarlas; en el caso de que el nudo propietario no quiera hacer uso del derecho de suscripción, parece justo que este pasa al usufructuario.

CASANOVA, Mario: "L'inhabilitatio imprenditore commerciale". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale Diritto dell'Economia Diritto Sociale*, volumen II, fasc. 8-12; págs. 176-180.

Los inhabilitados pueden continuar el ejercicio de una empresa mercantil de acuerdo con el art. 425, pero es dudosa la forma de hacerlo. La solución del Proyecto de 1940 no ha sido acogida por el C. c. de 1942, estimando la doctrina dominante que, concedida la autorización, el curador sólo habrá de intervenir en los actos que no supongan administración ordinaria, ajenos al ejercicio de la empresa. Frente a esta tesis el autor afirma que autorizado el inhabilitado para continuar el comercio ejercerá la empresa asistido del curador, que tendrá un simple poder de veto, quedando, al menos jurídicamente, toda la iniciativa al inhabilitado.

COVIELLO, Leonardo, jr.: "Osservazioni in tema di estinzione delle persone giuridiche". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, diciembre 1949, año III, núm. 4; págs. 803-821.

La declaración de extinción de la autoridad gubernativa tiene naturaleza constitutiva de la eficacia extintiva de la causa ya realizada; ésta es idónea para producir sus efectos, pero los produce solamente con la declaración de extinción. La extinción no es inmediata, subsistiendo el ente durante el período de liquidación. El usufructo a favor de la persona jurí-

dica se extingue, sin más, con la providencia, la herencia todavía no aceptada caduca, de la misma manera que las liberalidades a favor del ente.

La liquidación termina con el paso de los bienes residuales al destinatario, y con él se extingue el ente.

LA LUMIA, Isidoro: "Le "eccezioni cartolari" nel Nuovo Codice civile". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale Diritto dell'Economia Diritto Sociale*, vol. II, fasc. 8-12; págs. 169-176.

Los preceptos contenidos en los arts. 21 y 65 de la Ley cambiaria italiana vigente, con sus caracteres de positivo y completo, suponen el reconocimiento expreso de la "exceptio doli generalis", a la que antes se llegaba por el camino de la construcción jurídica.

Las excepciones cartales establecidas en el art. 1.993 del C. de c. tienen carácter taxativo e incompleto y constituyen en el ordenamiento jurídico italiano una novedad legislativa.

GIRON TENA, José: "Las empresas públicas". "Arbor", noviembre 1949; páginas 193-215.

En la zona límite de varias disciplinas sociales no plantean soamente un problema científico. El término se refiere a una actividad económica cuya impulsión se lleva a cabo por una entidad separada. No entrañan novedad; puede ser nueva la ideología a que respondan. El mercantilismo da sentido a su implantación. Decide su fundación un juicio cuya premisa mayores una "ideología" o un análisis científico. El problema de su oportunidad hay que centrarlo en la zona ideológica del intervencionismo: son oportunas cuando se requiere que una empresa sea conducida para que se comporte en forma esencialmente diferente de la que seguiría de permanecer en manos privadas. En cuanto a su conveniencia todo estriba en saber si existe algún incentivo con fuerza suficiente para servir de fundamento a la confianza en una buena gestión. Las objeciones contra el sistema pueden resumirse en la expresión "falta de agilidad" en el funcionamiento. No debe atribuírseles el "status" de comerciante, y su carácter público suscita buen número de dificultades.

TAULET RODRIGUEZ-LUESO, Enrique: "Algunos aspectos de la intervención estatal". Conf. en el I. C. de Abogados de Valencia, 11 de marzo de 1949.

Apuntadas las instituciones precursoras de la intervención, se estudian los supuestos de mayor interés que repercuten en la órbita del derecho privado. El autor ratifica su conocida postura contraria a la intervención, cuando esta se establece por sistema sin una finalidad concreta o para seguir y copiar tendencias extranjeras, inadecuadas a nuestro ambiente e inadaptables a la especial idiosincrasia española. La intervención, dice,

es un mal necesario, abogando por que sea un hecho y se convierta en realidad el propósito del Ministro de Industria expresada en la reunión de la Cámara de Comercio Americana. El más grave inconveniente, termina, es la distancia entre ella y los intervenidos.

URIA, Rodrigo: "Teoría de la concentración de empresas". Revista de Derecho Mercantil, noviembre-diciembre 1949; págs. 315-348.

Magnífico estudio en el que se ensaya una exposición de esta difícil materia con un criterio original, penetrando la esencia del fenómeno buscando la unidad, y poniendo sistema y armonía en un campo en que impera todavía el desorden.

No sirven los conceptos de contrato, sociedad o asociación como elementos unificadores, por ser meras formas instrumentales incapaces de recoger toda la nueva realidad. La idea de organización es el instrumento adecuado, poniendo de relieve como el perfil jurídico de la concentración es más o menos acusado según sea el grado de organización de los elementos que la integran y el índice de unidad de acción y de decisión que la agrupación de dichos elementos traiga consigo. El índice de organización permite hacer una clasificación sistemática de los tipos de concentración, desde el cartel simple hasta el trust, y ofrece un criterio viable para resolver el problema de la concentración de responsabilidad entre las empresas concentradas.

2. Sociedades

A cargo de Evelio VERDERA Y TUELLS

MARIN-LAZARO ANDREO, Rafael: "La sociedad de un solo socio y el problema de la limitación de la responsabilidad en la empresa". Conferencia en el I. C. de Abogados de Valencia, 14 enero 1949.

Nadie puede celebrar o formar una sociedad consigo mismo, ya que la sociedad de un solo socio se considera un absurdo jurídico. En el caso de concentración de todas las acciones en manos de un solo socio no solamente aquellos preceptos que regulan la constitución y nacimiento de la sociedad exigen pluralidad de personas, sino también todas aquellas normas que regulan el funcionamiento, desarrollo, disolución y liquidación de la compañía, exigen pluralidad de personas. El precepto del art. 1.911 viene a confirmar la imposibilidad de la sociedad de un solo socio, que de permitirse se habría instaurado en nuestro derecho positivo la responsabilidad limitada individual.

MOSSA, Lorenzo: "Società semplice e società commerciale". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto Sociale, Diritto dell'Economia*, volumen II, fasc. 8-12; págs. 203-211.

La sociedad simple se distingue de las sociedades comerciales, pero sería infecundo buscarle un concepto de líneas abstractas desligado de un concreto ordenamiento positivo.

La distinción entre sociedad civil y simple, alcanza su máximo interés cuando nos encontramos en presencia de una empresa mercantil. La sociedad simple, que no se adapta a la empresa mercantil, es la sociedad interna mientras conserva tal carácter, ya que cuando opera con el público es tratada como una sociedad en nombre colectivo.

La sociedad simple, en derecho italiano, está configurada como una forma complementaria de las diversas formas sociales, no se presta al ejercicio en común de la empresa mercantil y puede tener un patrimonio social.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "La fundación de la sociedad anónima".
II. *Sociedades anónimas*. *Revista de Derecho comercial, Montevideo*, 1949, junio; págs. 211-222.

Los requisitos para la fundación, recogidos en los arts. 405, 406 y 407 del C. de c. están inspirados en el C. de c. del Brasil y en el de Wurtemberg. El acto constitutivo debe constar por escrito, aunque no es necesario que la escritura sea pública; lo corriente es que sea privada. Hoy el decreto de 15 de mayo de 1947 exige además del estatuto original dos copias autenticadas por certificación notarial, pero este decreto carece de fundamento jurídico y legal y no responde a ninguna necesidad de orden administrativo.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "La fundación de la sociedad anónima".
III. *Sociedades anónimas*. *Revista de Derecho comercial, Montevideo*, 1949, julio; págs. 259-269.

La mayoría de las legislaciones exigen un número mínimo de personas para la validez del negocio jurídico que es su fundación o constitución, pero no sucede lo mismo en su país. Admite, con la doctrina dominante, la necesidad de una pluralidad de personas para la validez de este negocio de fundación y como la ley no fija número mínimo de directores, ni exige que sean accionistas, la sociedad puede organizarse sobre la base de un solo administrador.

PEREZ FONTANA, Sagunto F.: "La fundación de la sociedad anónima".
IV. *Sociedades anónimas*. *Revista de Derecho comercial, Montevideo*, 1949, agosto; págs. 301-317.

Consagrado el artículo a los requisitos formales necesarios para la constitución de la sociedad y en particular a la autorización para funcio-

nar se apuntan estos trámites en el derecho uruguayo. Cumplidos todos los requisitos formales la S. A. puede funcionar, pero ¿cuándo queda legalmente constituida una S. A.? Para el autor la solución de la ley no puede ser otra que la que resulta del art. 5 de la ley núm. 2.230: la sociedad sólo quedará definitivamente constituida cuando se suscriban e integren los porcentajes mínimos de capital, ya que no es admisible que una sociedad definida por la ley como "una simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera", pueda existir sin capital.

SALANDRA, Vittorio: "Il contratto plurilaterale e la società di due soci". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, diciembre 1949, año III, núm. 4; págs. 835-842.

Los negocios plurilaterales, como nueva categoría dogmática, han sido reconocidos en el C. c. La expresión contrato plurilateral no debe ser interpretada refiriéndola al número de las partes, sino a la dirección de sus prestaciones, que en estos contratos es única y común. La comunidad de fin de los contratantes no es generalmente contradicha, pero si entendida de diversos modos.

Son sus notas características: carácter abierto, eventual diversidad de objeto, asunción de una posición independiente y eventualmente diversa de cada una de las partes, relevancia jurídica del fin contractual, función instrumental del contrato, respecto del fin, carácter perdurable del fin contractual y constitución de un fondo común y de una relación de continuidad.

SUAREZ, Modesto: "En torno a lo bueno y lo malo del Anteproyecto de reforma de la Sociedad anónima". *Información Jurídica*, diciembre 1949; 29 págs.

El autor, después de poner de relieve la postura de la prensa diaria, estima urge venir serenamente a cuentas, y con ayuda de las legislaciones extranjeras y su evolución histórica tratar de poner en claro hasta que punto los autores del Anteproyecto han gestado de sus propias mentes el pretendido monstruo.

La cooperación entre juristas y representantes del mundo de los negocios en el origen de la generalidad de los modernos ordenamientos de la sociedad anónima hace imprescindible el profundo análisis de la legislación comparada. Lo que han querido los autores del Anteproyecto es instaurar el Derecho universal de la sociedad por acciones, adaptándolo a los principios que en el Código y en la realidad de esas sociedades presiden este sector de la realidad económica. Este ha sido también el método seguido siempre por los legisladores conscientes y proclamado por los juristas objetivos. No hay que perder de vista que en este sector todo es "exótico" para nosotros, ni más ni menos que lo es la misma sociedad anónima o el motor de explosión.

VERDERA Y TUELLS, Evelio: "La simulación en la anónima". *Revista de Derecho mercantil*, noviembre-diciembre 1949; págs. 349-411.

Partiendo de un concepto amplio de simulación, apuntamos sus supuestos más típicos y frecuentes.

La simulación es posible en la constitución de las sociedades mercantiles y, una vez probada, desembocará en una declaración de inexistencia, que producirá distintos efectos respecto a los socios y frente a terceros.

Las diversas manifestaciones de la vida de la sociedad pueden ser también simuladas y para su más sistemática exposición las dividimos en dos grupos, según afecten o no a la pervivencia del ente.

VERRUCOLI, Piero: "Osservazioni sul carattere delle società cooperative". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale dell'Economia Diritto Sociale*, vol. II, fasc. 8-12, 1949; págs. 195-202.

La jurisprudencia italiana basándose en erróneas consideraciones sobre la noción de fin mutualista y el carácter de la sociedad cooperativa, ha considerado en todo caso a éstas como comerciales. Ello podía estar justificado en el C. de c., por consideraciones de carácter sistemático, pero el nuevo C. c. ha innovado la materia, sobre todo desde un punto de vista sistemático y formal, y, con la creación de un amplio esquema autónomo, muestra el amplio alcance de la sociedad cooperativa, que queda adecuadamente tanto a las empresas mercantiles como a las no mercantiles. Los elementos distintivos deberán buscarse en la naturaleza de la actividad, en las dimensiones o en la potencia de la empresa que constituye la base de la sociedad cooperativa.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ

ALBIÑANA-GARCIA QUINTANA: "El contrato de reaseguro y la tarifa II de Utilidades". *Revista de Derecho Mercantil*, septiembre-octubre 1949; págs. 253-266.

Se hace eco de un trabajo de Del Valle Yanguas y sostiene que los intereses, provenientes de los depósitos de reservas matemáticas, reconocidos por las Empresas aseguradoras directas a las reaseguradoras como consecuencia de los contratos de reaseguro estipulados, no están sujetos al número 3.º de la tarifa II de Utilidades, ni aun a título analógico, pues no constituyen remuneración del capital invertido, sino exigencia ineludible de los procedimientos técnicos del seguro y, concretamente, del contrato de reaseguro en el ramo de vida.

4. Varia

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ

BOTER, Fernando: "Juicios ejecutivos en las suspensiones de pagos".
Revista de Derecho Mercantil, noviembre-diciembre 1949; págs. 435-442.

El problema que plantea el autor es el siguiente: Después de tenerse por solicitada la suspensión de pagos, ¿pueden despacharse ejecuciones motivadas por letras impagadas de creación anterior a la fecha de la suspensión? El autor responde negativamente, frente a la práctica usual en los Juzgados, y se basa especialmente en el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922, en el 1.467 L. E. C. y en varias sentencias de la Audiencia de Barcelona.

MASCAREÑAS, C. E.: "¿Constituyen marca los títulos de los libros y de las producciones literarias, musicales y cinematográficas? Revista General de Derecho, enero 1949; págs. 18-21.

El autor sostiene que los títulos de obras científicas, literarias, musicales y cinematográficas forman parte de la obra misma, y, por tanto, no constituyen marca, debiendo estar protegidos por la legislación de Propiedad intelectual y no por la de Propiedad industrial.

MZ-RECAMAN: "Condición jurídica de los billetes del Banco de la República". Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, vol. XLIV, núms. 418-420, mayo-junio-julio 1949; págs. 329-331.

Tras aclarar las confusiones legales entre los términos "curso forzoso" y "poder liberatorio", analiza la evolución legislativa colombiana en torno a la condición jurídica de los billetes, en especial en cuanto a su convertibilidad y falsificación.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín: "La separación de bienes en la quiebra, según los ordenamientos concursales hispanoamericanos". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, enero-abril 1949, año II, núm. 4; págs. 26-61.

Este artículo constituye el capítulo final de una obra sobre el Derecho de quiebras, cuya publicación se anuncia. Cree el autor que se pueden hacer dos grupos de ordenamientos hispanoamericanos en relación con el tema estudiado: el de los que siguen al C. de C. español (caracterizados por dar una fórmula general separatoria y enunciar diversos casos complementarios, que el autor sistematiza), y los que siguen al francés, que sólo regulan supuestos aislados de separación. Hay además un grupo intermedio. El autor cree que la separación entre ambos sistemas es más

aparente que real y que no hay obstáculos graves para fijar uniformemente los casos de separación concursal en los países hispanoamericanos.

TALLADA, Manuel: "Cláusulas de exoneración de la responsabilidad". *Información Jurídica*, julio-agosto 1949, núms. 74-75; págs. 1033 ss.

Analiza el autor, siguiendo la exposición de su trabajo (vid. reseña en el tomo II, fascículo II de este ANUARIO, pág. 728), las cláusulas de no responsabilidad por hecho de los auxiliares, sobre todo, el problema de si es aplicable el artículo 1.903 C. c., que aplica la Jurisprudencia; cláusulas de responsabilidad abreviada, cláusulas de no responsabilidad en el contrato de informes, cláusula de no responsabilidad bancaria por pago de cheques falsos, en el transporte (y, en especial, en el aéreo) y en el contrato de hospedaje.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

AZURZA Y OSCOZ, P. J.: "Esquema de la misión notarial". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 y 5, 1949; págs. 438-488 y 513-551.

Constituye el artículo un examen de conceptos básicos para la vida jurídica, en la que está íntimamente entroncado el Notario, que con el cumplimiento de sus tareas, inspiradas por una verdadera vocación, colabora en la actividad creadora del Derecho, hallándose caracterizada su intervención por la nota de juridicidad que da a los actos en que interviene.

BARQUIN SEGUIN, Guillermo: "Guarismos en el protocolo". *Nuestra Revista*, 781, 1949; págs. 1-3.

El precepto del artículo 151, del Reglamento Notarial, consigna la regla general de no poder usar guarismos sin que previamente hubieran sido puestos en letra; sin embargo, tal prohibición viene a ser debilitada, dado el número de excepciones que se admiten; en base de una serie de razonamientos, los más de índole práctica y lógica, se inclina por la aceptación de los guarismos en los instrumentos, propugnando la reforma del precepto reglamentario en el sentido de que el Notario transcribe los guarismos tal como los vea escritos en los documentos de donde los tome, consignando en letra los que recibe de palabra, de los otorgantes, como el precio en las ventas, o sepa de ciencia propia, como la fecha del documento; de ese modo cree se ganaría en tiempo y celeridad.

BOFFI BOGGERO, Luis María: "La argución de falsedad y la plena fe del instrumento público en el art. 993 del Código civil argentino". *Revista Internacional del Notariado*, órgano del Congreso Internacional del Notariado Latino, 1, 1949; págs. 11-42.

La cuestión tratada surge al declarar el artículo 993 que "el instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso—por acción civil o criminal—de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiere anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. El autor, tras plantear el problema, esboza las soluciones legales y jurisprudenciales, sin olvidar las aportaciones de la doctrina.

CURTI PASINI, G. B.: "I principi sistematici del Diritto Notariale nella Dottrina Giuridica Medievale Italiana". *Revista Internacional del Notariado*, órgano del Congreso Internacional del Notariado Latino, 3, 1949; págs. 245-249.

El intento de unificación de las características generales del notariado latino se puede decir ha tenido tres etapas: la obra de los glosadores, la "constitutio de notariis et tabellionibus", de Colonia, y la Ley del Ventoso francés. En la actualidad aquel intento ha de girar en torno al acto notarial, a la responsabilidad notarial y a la fuerza probatoria del acto.

DECHAMPS, René: "Reinseignements divers relatifs au Notariat Belge". *Revista Internacional del Notariado*, órgano del Congreso Internacional del Notariado Latino, 3, 1949; págs. 250-256.

Constituye el artículo una laudable aportación al conocimiento de la situación del Notariado en Bélgica; su número (1.163) tiende a reducirse a medida que quedan vacantes; existe el Notario sustituto, que actúa sólo en tiempo de guerra, para reemplazar a los que sirven en las armas. La jurisdicción disciplinaria sobre los notarios se reparte entre la Cámara de Disciplina de los Notarios y el Tribunal de Primera Instancia.

El autor termina su informativo artículo con una estadística relativa a los actos autorizados por los notarios belgas, así como señalando los Colegios Notariales existentes, las Instituciones y publicaciones de carácter notarial.

GOMEZ DE MERCADO Y DE MIGUEL, Francisco: "El Notario-Escribano". *Revista del Notariado*, órgano del Colegio de Escribanos (Argentina), 578/9, 1949; págs. 401-419.

En un concepto amplia y descriptivo involucra al "fedatario" autorizando contratos, testamentos y actos, y al "profesor de Derecho" ejer-

ciendo un sacerdocio de confianza y un magisterio insustituible, todo ello dentro del ámbito privado, en la paz del Derecho. Cita los distintos términos utilizados para un mismo concepto, que es el de fedatario, al cual acuden las gentes por la confianza que tienen en él, ya que es "maestro" en cuanto les enseña sus derechos y obligaciones; "magistrado", porque con su autoridad pone fin a las querellas o evita que se inicien ante los Tribunales, y es "sacerdote", porque guarda el secreto profesional y pone paz en las almas.

LEFEVRE, Joseph: "Le notariat belge de l'ancien régime", *Revista Internacional del Notariado*, órgano del Congreso Internacional del Notariado Latino, 2, 1949; págs. 156-160.

La historia del notariado la sistematiza en tres períodos: los notarios de la Edad Media, en su mayor parte eclesiásticos; los tiempos modernos, en ellos el notariado se ejerce a nombre del soberano, la característica fundamental es su amplitud, de la que se resiente el prestigio de la profesión, que se hace hereditaria; por último, la reforma francesa limita el número de los notarios, que están en proporción con la población; se demarcan zonas de ejercicio, introduciéndose el principio de que todo notario es nombrado por el Poder central para regir un estudio determinado.

MAIGRET, Henri: "Le reglement des successions dans la pratique notariale française". *Revista Internacional del Notariado*, órgano del Congreso Internacional del Notariado Latino, 1, 1949; págs. 77-84.

Tanto si se trata del régimen fiscal o civil de las sucesiones, de una sucesión "ab intestato" o de una sucesión testamentaria, que permanezca la herencia indivisa o que se practique la partición, la intervención y la acción del notario son constantes, predominantes y casi exclusivas, y ello es así no sólo por determinarlo la Ley, sino sobre todo, por la confianza en sus aptitudes profesionales, su diligencia y devoción a los intereses que le confían los clientes.

MOURA, Roberto A.: "Personalidad moral del inspector de protocolos". *Revista del Notariado*, órgano del Colegio de Escribanos (Argentina), 574/5, 1949; págs. 229-230.

Lo define como el funcionario encargado de vigilar la forma en que se llevan los protocolos de los escribanos de registro, dentro de las normas legales vigentes. Su prestigio radica tanto en su preparación científica y específica como en la austeridad en el desempeño de su cargo, debiendo ser una barrera insalvable contra la cual fracasen todas las argucias y tentaciones.

PEREZ OLIVARES Y GAVIRA, Germán: "Cualidades de los notarios". *Revista Internacional del Notariado, órgano del Congreso Internacional del Notariado Latino*, 3, 1949; págs. 257-261.

Las opiniones generalmente seguidas por los tratadistas condensan en cuatro las cualidades del notario: moralidad, ciencia, veracidad y secreto; la legislación actual no especifica las cualidades del notario, pudiéndose, sin embargo del contexto, tratar de formularlas; de todos modos, en nuestra legislación el notario es un funcionario público y un profesional del Derecho, destacando como cualidad básica la de la integridad.

V. Derecho procesal

A cargo de José ENRIQUE GREÑO VELASCO
y Manuel GONZÁLEZ ENRIQUEZ.

1. Parte orgánica

"Cómo funciona la Corte Suprema de Estados Unidos". *Revista de Derecho y Legislación, Caracas*, año XXXVIII, tomo XXXVIII, enero-junio 1949; págs. 32-34.

La revista nos da somera noticia del funcionamiento de la Corte Suprema en los Estados Unidos. El Poder judicial se compone de la Corte Suprema, creada por la Constitución, y de Tribunales Federales inferiores establecidos por el Congreso. Actualmente la Corte Suprema se halla compuesta de los jueces designados por el Presidente con el asentimiento del Senado. En los períodos de audiencias, que suelen durar generalmente dos semanas, se discute un promedio de 25 a 30 litigios. Los sábados son los días en que se reúnen para discutir y fallar los asuntos, dedicando el lunes a la redacción de esos fallos, siendo publicados con preferencia a cualquier otro asunto. Las audiencias comienzan a las doce en punto del día, terminando a las cuatro y media de la tarde, con un descanso de media hora para comer. La parte actora abre el debate y tiene el derecho de cerrarlo, dándose a cada parte normalmente una hora de tiempo para prestar su informe.

2. Parte general

AYASTA GONZALEZ, Julio: "Algunas consideraciones sobre el Proyecto peruano de Código de Procedimientos civiles". *Revista del Foro, Lima*, año XXXVI, núm. III, julio-septiembre 1949; págs. 304-319.

Después de una parte introductiva en que el autor expone los defectos del sistema procesal vigente en el Perú, pasa a considerar la necesidad de

la reforma y alcance de ésta, criticando a los que se oponen a ella o sólo pretenden determinadas rectificaciones de orden pragmático.

Adentrándose en el Proyecto, trata, en primer lugar, de su extensión comparándolo con la de otros Códigos procesales modernos. A continuación estudia las reformas que este nuevo cuerpo legal introduce. Aparece dividido en tres secciones, abarcando en la primera las disposiciones aplicables a todo procedimiento; en la segunda, "De los juicios", comprensiva de tres categorías, los que califica de ordinarios (versarán sobre las cuestiones litigiosas que no tengan tramitación especial y cuyo valor económico sea inapreciable en dinero o excedan de 1.000 soles), los ejecutivos, y, por último, los de menor cuantía, que siguen un procedimiento oral. En la tercera sección trata de los procedimientos especiales, comprendiendo en ellos una serie variada y numerosa de los mismos, muchos de ellos de los ordinariamente calificados como de jurisdicción voluntaria.

La última parte del trabajo está dedicada a la crítica de la sistemática del Proyecto, propugnando una mayor intervención del juez en el proceso, como director e interesado en el mismo.

DE CASTRO, Amílcar: "Prescrição do direito no curso da lide". *Revista Forense*, Río de Janeiro, julio 1949; págs. 17-25.

La tesis del autor es que, interrumpida la prescripción por la citación inicial al demandado, no comienza de nuevo hasta que se dicta sentencia final estimatoria de la demanda, impugnando la tesis de los que creen que cada acto procesal produce una interrupción y un nuevo comienzo del plazo.

FRANCO NEGRO: "Las recientes modificaciones del proceso civil italiano". *Revista de Derecho Procesal*, año V, núm. 2, abril-mayo-junio 1949; páginas 313-318.

Se trata de una exposición de las causas que motivaron la reforma del Código de Procedimiento civil italiano de 1942, llevada a cabo por el D. L. de 5 de mayo de 1948; estas causas fueron las imputaciones de ser un Código fascista, el presuponer jueces muy preparados y considerables medios y el producir ciertas incomodidades a los abogados. El autor critica la reforma realizada, sobre todo en cuanto a las restricciones impuestas a los principios de oralidad y concentración y en cuanto a la abolición de las preclusiones instructorias.

FUNAIOLI, Carlo Alberto: "Diritto e processo nella separazione dei beni ereditari". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, marzo 1949; págs. 47-79.

A propósito del estudio de la naturaleza jurídica del beneficio de separación hereditaria (que para el autor es una causa legítima de prelación de naturaleza no negocial), analiza un aspecto de las relaciones entre De-

recho material y Derecho procesal: el relativo a la garantía en el sentido de posibilidad, en último término, de una actuación forzosa sobre los bienes del deudor. La atribución de tal garantía, como algo inherente al crédito, es de Derecho material; los medios para hacerla efectiva, de Derecho procesal.

GIANNINI, Amedeo: "Gli studi di Diritto processuale civile in Italia (1860-1948)". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, marzo 1949; págs. 103-119.

Distingue tres períodos: el primero, de 1860 a 1900, de marcada influencia francesa, que se cierra con grandes obras, ya de transición, como las de Mattiolo y Lessona, y, sobre todo, Mortara. El segundo, de 1901 a 1940, se caracteriza por la influencia alemana y su ulterior asimilación para formar una escuela nacional italiana; destaca, sobre todo, la figura de Chioventa y, entre sus seguidores, se estudia en especial la labor de Carnelutti, Calamandrei, Redenti y Zanzucchi. El tercer período se inicia con el Código de 1940, que recoge las enseñanzas de la escuela italiana. El autor se muestra optimista respecto al porvenir, a pesar de la anunciada reforma del Código.

MARISCAL LOPEZ, José: "Providencias para mejor proveer". *Revista de Derecho procesal*, año V, núm. 2, abril-mayo-junio 1949; páginas 329-332.

Propugna que, en caso de reformarse la L. E. C., se modifiquen los artículos 340-342 de la misma, a fin de evitar los abusos que pueden cometer los jueces en el empleo de las providencias para mejor proveer.

POLAINO ORTEGA, Lorenzo: "Significado, técnica y problemas del repartimiento de negocios". *Revista de Derecho Procesal*, año V, número 2, abril-mayo-junio 1949; págs. 287-312.

En cuanto al significado, alude a la importancia limitada del tema, a las fuentes legales del repartimiento, a sus clases, naturaleza, fines e intereses que juegan en él. Sólo trata del repartimiento entre Juzgados de primera instancia. Para el autor, el repartimiento es un acto de iniciación procesal atributivo de competencia. La técnica comprende cuatro fases: presentación e inmatriculación del negocio, clasificación del mismo (dando el autor unas tablas al efecto), reparto propiamente dicho y cubrimiento de turno. Alude también a los libros y ficheros que se deben llevar. Finalmente, trata el autor de varios problemas que suscita el repartimiento.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Claves para la reconstrucción histórica y práctica del Derecho español sobre confesión judicial civil". *Revista de Derecho Procesal*, año V, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1949; páginas 481-510.

Tras un análisis de la evolución histórica española en torno al juramento y a la confesión, evolución que se orienta hacia la unificación de ambas instituciones, unificación que no se produce en los Códigos francés e italiano de 1865, pero sí en las codificaciones españolas del siglo XIX, concluye que bajo residuos históricos e imitaciones de los citados Códigos extranjeros, nuestro sistema vigente sólo conoce una confesión jurada como medio de prueba para la averiguación de la verdad material, por lo que elogia la tendencia del T. S. a estimar que la confesión debe valorarse en relación con las demás pruebas, y critica la subsistencia del juramento decisorio.

RODRIGUEZ VALCARCE, Francisco: "La sentencia de condena a la emisión de la declaración de voluntad". *Revista de Derecho Procesal*, año V, número 2, abril-mayo-junio 1949; págs. 319-328.

Es principio general del Derecho español el de que la condena a emitir una declaración de voluntad es infungible; si no se cumple, sólo cabe el resarcimiento de daños y perjuicios; sólo en excepciones puede la declaración de voluntad del obligado ser sustituida por la del juez. No obstante, en teoría nada serio se opone a esa sustitución, siempre que esté bien delimitada la declaración de voluntad. Finalmente, se hace una delimitación de los casos en que realmente hay una condena de las estudiadas.

TORAL MORENO, Jesús: "Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal. Título preliminar del Anteproyecto". *JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, julio 1949, tomo XXIII, número 132; págs. 3-34.

Es el texto de una conferencia preparada para su lectura en un Curso que, sobre el Anteproyecto de Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal de Méjico, organizó la Escuela Nacional de Jurisprudencia juntamente con el Seminario de Derecho procesal.

El autor comienza con unas sugerencias sobre la necesidad de reformar radicalmente la organización judicial, por entender que aun concediendo que el Anteproyecto sea una obra científicamente perfecta, será estéril su resultado si no se realiza simultáneamente su deseada reforma. Sobre esta base se adentra en la crítica del sistema judicial imperante. A continuación expone los defectos que va encontrando en el Anteproyecto, siendo de destacar, por su interés general, su crítica sobre el principio de igualdad de las partes en el proceso, la de si la Ley procesal debe contener reglas para su propia interpretación y sobre la distinción

verdad material y verdad formal. Es asimismo de interés el examen a que se somete la rúbrica del Anteproyecto, "Derecho procesal civil internacional", tachándola de excesivamente nacionalista.

3. Procesos especiales

CIMIÁNO, Leonardo: "El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto al propietario inscrito". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, núm. 258, Madrid, noviembre 1949; págs. 705-719.

Este trabajo viene a incrementar la rica literatura procesal que ha provocado el artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria. Examina las causas de oposición a las acciones del titular inscrito, excluyendo aquellas que ordinariamente no han de darse en la práctica, y deteniéndose, por el contrario, en aquellas consistentes en la oposición del contradictor, apoyándose su derecho a poseer en un título jurídico procedente del dueño inscrito o su causante, en la oposición del simple precarista, y la oposición del que estima ser dueño y no el que reclama amparándose en el título inscrito. Mientras estima, en el primer caso, que no obra la protección del artículo 41, en los otros dos sí; si bien, en el tercer caso, quedaría libre el acceso al juicio plenario, a fin de que se resolviera en él el derecho definitivo, aunque sin perjuicio de esa medida provisional y rápida que el artículo 41 otorga al titular inscrito, puesto que de no aplicarse dicho precepto la inscripción sería mera declaración sin contenido real ni trascendencia. Estas medidas no son más que consecuencias del objeto fundamental para el que se estableció el Registro de la Propiedad, la seguridad en el tráfico inmobiliario. Se señala el paralelismo existente entre la seguridad de este tráfico y el mercantil, criticándose la excepción basada en la prescripción estimada como anómala y perturbadora del fin inmediato, que se propone la enérgica acción que el artículo 41 establece en favor del titular inscrito.

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan B.: "El artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, noviembre 1949, segunda época, año XVIII (186 de la Colección); páginas 552-571.

En este estudio se expone el procedimiento privilegiado que a favor del titular inscrito establece el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Partiendo de sus precedentes legislativos, se ahonda en la naturaleza jurídica del nuevo procedimiento, con detención en los problemas que las legitimaciones activa y pasiva, respectivamente, plantean.

Con afán de presentar una exposición completa del procedimiento, se lo divide en dos fases: una ejecutiva, que termina con el emplazamiento para comparecer, y otra contenciosa, cuyo fin es la sentencia si ha me-

diado contradicción. A través de las páginas del trabajo, aparecen tratados los problemas relativos a competencia, contenido y pretensiones de la solicitud, facultades del juez, crítica de la exigencia de la caución, determinando los abusos cuya práctica pueden dar lugar, concluyendo con el estudio de la fase contenciosa cuyo comienzo se presenta en el nuevo emplazamiento que al demandado comparecido ha de darse, a fin de que dentro del plazo de diez días formule la demanda de contradicción. Por último, termina con el estudio del contenido del auto o sentencia que ha de poner fin al procedimiento, así como los recursos que caben contra estas resoluciones y los efectos de las mismas.

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos: "Objeto de los interdictos posesorios". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, número 259, Madrid, diciembre 1949; págs. 753-771.

El problema de la amplitud del objeto de los interdictos posesorios aun se encuentra en pleno período de planteamiento, puesto que los Tribunales lo resuelven con criterios distintos. Y esto es un problema, no de ahora ni de un lugar, sino que, como dice el autor, pervive a lo largo de todo el Derecho histórico y en todas las legislaciones. Por ello pasa revista en este artículo al Derecho romano, al germánico y al canónico, adentrándose después en los textos legales franceses, italianos y alemanes, exponiendo también las interpretaciones que acerca de los objetos susceptibles de interdicción posesoria han elaborado los civilistas de dichos países. Termina por plantear la cuestión en España, arrancando de la interpretación de los artículos 430, 431 y 432 del Código civil y el 1.651 de la de Enjuiciamiento de igual carácter, agrupando a nuestros tratadistas en tres grupos, según la amplitud que dan al objeto que los interdictos posesorios protegen. A continuación cita la reducida pero interesante jurisprudencia sobre admisión de interdictos en caso de posesión de derechos, consistente en dos sentencias del Tribunal Supremo y otras resoluciones de Tribunales inferiores. Concluye afirmando el autor que, a su juicio, sólo son objetos susceptibles de protección posesoria aquellos derechos que son susceptibles de apropiación o dominación.

4. Proceso de ejecución

AZZOLINA, Umberto: "L'azione esecutiva nel fallimento". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, diciembre 1949; págs. 881-905.

El autor estudia la acción ejecutiva en la quiebra en comparación con las acciones ejecutivas individuales. Partiendo de la base de que la quiebra es un proceso ejecutivo, llega a la conclusión de que no supone una acción única, sino la reunión, mediante acumulación necesaria, de las acciones ejecutivas ordinarias de los acreedores; éstas nacen de la formación de un título ejecutivo concursal; finalmente, la precedencia de la sanción

ejecutiva respecto de la formación del título no es exclusiva de la quiebra y se da también en la ejecución ordinaria (secuestro, medidas cautelares).

NAVARRO WOOD, Leopoldo: "Embargo de derechos en ejecución de sentencia". *Revista de Derecho Procesal*, año V, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1949; págs. 527-533.

El caso planteado es el de un embargo del derecho de una Sociedad para exigir de unos socios morosos el pago de sus aportaciones, embargo realizado en ejecución de sentencia obtenida contra la Sociedad por sus productores y dictada por la Magistratura del Trabajo. El autor cree que se habrá de ejercitar la acción subrogatoria ante la jurisdicción civil y que no cabe proceder contra los socios en la fase ejecutiva ante el Tribunal laboral. Luego expone los inconvenientes que se plantean y propone las reformas oportunas.

RODRIGUEZ SOLANO, Federico: "El embargo del derecho de traspaso". *Revista de Derecho Procesal*, año V, núm. 3, julio-agosto-septiembre, 1949; págs. 447-479.

Se concluye que el derecho de traspaso no es embargable, sin perjuicio de que sea posible trabar las cantidades que en caso de traspaso puedan corresponder al deudor. Entre los fundamentos de esta opinión destacan: que por su naturaleza, y en especial por su carácter eventual, el derecho de traspaso es una de las excepciones al artículo 1.911 C. c.; que no se podría cumplir el artículo 45 de L. A. U.; que, según esta Ley, sólo el arrendatario puede ejercitar el derecho de traspaso; que no cabría en todo caso lanzar del local al arrendatario deudor, etc.

5. Recursos

D'ONOFRIO, Paolo: "Estinzione del processo di rinvio e restituzioni". *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, marzo 1949; páginas 100-102.

Extinguido el juicio de reenvío, ¿procede la restitución si se ha dado cumplimiento entre las partes a la sentencia anulada? El autor cree que sí, por aplicación de la "condictio indebiti"; luego estudia el problema de qué juez es competente para conocer de la demanda de restitución.

FAIREN GUILLEN, Víctor: "Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho Procesal". *Revista de Derecho Procesal*, año V, núm. 2, abril-mayo-junio 1949, págs. 247-285.

Se trata de un estudio sobre los medios de impugnación en la parte general del Derecho Procesal, tratando especialmente de una comparación e

intento de unificación de la doctrina en Derecho procesal civil y procesal penal. Después de un estudio de los vicios de que son susceptibles las sentencias, de la delimitación del concepto de recurso y de su clasificación, trata de los distintos tipos de recurso admitidos en nuestro ordenamiento procesal (destacando un ensayo de clasificación unitaria de los motivos de casación). Al final contempla los problemas de la naturaleza del derecho de impugnación, de la esencia de la sentencia sujeta a recurso, de la "reformatio in peius" y del requisito del gravamen.

GIMENO GAMARRA, Rafael: "El incidente de nulidad de actuaciones". *Revista de Derecho Procesal*, año V, núm. 3, julio-agosto-septiembre 1949; págs. 511-525.

La deficiente regulación que la L. E. C. da al incidente de nulidad de actuaciones hace preciso acudir para exponer su regulación a la jurisprudencia del T. S. Se estudia la naturaleza del incidente (su carácter de recurso o remedio y su carácter extraordinario), los juicios en que no cabe entablarlo (a las excepciones legales hay que añadir los juicios en que no se admite la apelación aislada de las interlocutorias), la legitimación activa y pasiva, cuestiones que pueden ser objeto del incidente, tiempo en que ha de interponerse, tramitación y efectos.

GONZALEZ ROMERAL, Enrique: "Modalidades del Derecho procesal tangerino. Los recursos judiciales". *Astrea, Tánger*, febrero-marzo 1949, núm. 6, año II; pág. 52.

Con este artículo inicia su autor una serie, que en el mismo anuncia, a fin de orientar al abogado español en el proceso tangerino. Trata de los recursos ordinarios (los de oposición y apelación), señalando sus diferencias con los regulados en nuestras leyes civiles y criminales de enjuiciamiento. Rigiendo en Tánger, en el Código penal, la división tripartita, faltas, delitos y crímenes, tres son también los Tribunales encargados de su represión. Los términos de interposición de los recursos generalmente son más amplios que en España, substanciándose el de oposición ante el mismo Tribunal que dictó la sentencia recurrida. Este recurso es análogo al nuestro de audiencia al rebelde. El de apelación se interpone ante el Tribunal superior, como es de suponer.

ROSA, Eliezer: "Do agravo no auto do processo". *Revista Forense, Río de Janeiro*, agosto 1949; págs. 348-353.

Se trata de un recurso civil autónomo, pero sin efecto devolutivo ni suspensivo. No supone analogía con otros recursos de agravio conocidos por el Código procesal brasileño y, por ello, no puede ser examinado por el juez "a quo"; ha de ser resuelto antes de la apelación. El autor estudia las relaciones de esta figura con el problema de la "reformatio in peius" y concluye afirmando la utilidad de este recurso, si bien propone algunas reformas en su regulación.

6. Jurisdicción voluntaria

BARRIOS, Máximo: "Ni título ni supletorio". *Revista de Derecho y Legislación*. Caracas, año XXXVIII, tomo trigésimo octavo, enero-junio 1949; págs. 3 a 7.

En un corto artículo, el autor se muestra contra una práctica judicial extendida en aquel país, consistente en unas simples declaraciones testificales seguidas por un auto del Juez de primera instancia, en lo civil, con la que se obtiene un título suficiente de propiedad sobre una casa o edificio que ha construido a sus expensas en una parcela de terreno de la que es dueño. Es innecesaria tal práctica, porque el que construye en suelo propio tiene una presunción legal de propiedad sobre lo construido. Tampoco la alegación del artículo 798 del Código de procedimiento civil es útil, puesto que estos actos de jurisdicción voluntaria sirven para asegurar el derecho mientras no hay oposición, igual que la presunción antes aludida.

FERRER MARTIN, Daniel: "Subsanación de errores en los Registros civiles". *Regista general de Derecho*. Valencia, año VI, núm. 61, octubre 1949, págs. 584 a 592.

Después de hacer una exposición de la varia y numerosa legislación que sobre subsanación de errores rige en nuestra patria, señala casuísticamente las diversas faltas previstas y forma de subsanarlas. Las reduce a dos grupos, en los que separadamente las estudia. En el primero comprende las faltas relativas a la llevanza de los libros. En el segundo grupo incluye las faltas relativas a las inscripciones. Así como las del primer grupo son subsanables gubernativamente, las del segundo, si se trata de inscripciones firmadas, cabe distinguir aquellas faltas que sólo serán subsanables por sentencia firme recaída en juicio ordinario de aquellas en las que basta un procedimiento gubernativo.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: "Naturaleza del procedimiento registral". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXV, núm. 256, Madrid, septiembre 1949; págs. 575 a 586.

Refiriéndose a la distinción entre proceso y procedimiento, el autor estudia la naturaleza jurídica del procedimiento registral. Parte de la afirmación de que "definir la naturaleza jurídica de una institución equivale a resolver el problema de su régimen jurídico". Muestra su oposición a los autores que estiman que el procedimiento registral tenga carácter jurisdiccional. Si la función jurisdiccional se diferencia de la administrativa, según Guasp, precisamente en la existencia de una pretensión, cuyo examen y actuación es su objeto, no existe un auténtico proceso dentro de la función registral, en la que aparece el particular solicitante y el órgano estatal en relación típica de procedimiento administrativo. Tampoco se halla

dentro de la jurisdicción voluntaria, ya que esta se refiere a actividad administrativa realizada por órganos jurisdiccionales, y en la registral el órgano es administrativo.

Termina con la afirmación de que la función registral es una auténtica función administrativa, realizando con ella el Estado una finalidad pública, la publicidad. Pertenece el acto administrativo al grupo de los que producen sus efectos dentro del Derecho privado, con especialidades en cuanto a su impugnación.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 19 DE OCTUBRE DE 1949

Acta de notoriedad

Denegada la inscripción de determinado documento, por observarse diferencia en el segundo apellido de una de las partes respecto de otras transmisiones anteriores, a requerimiento de un interesado, autorizó el Notario acta de notoriedad para acreditar que, no obstante la aludida diferencia, se trataba de una misma persona y que aquélla era debida tan sólo a un error en el título. Interviene como testigo en el acta uno de los que fueron instrumentales del documento contradicho.

Interpuesto recurso gubernativo para que se declarase que la referida acta se hallaba extendida con sujeción a las prescripciones legales, alegó en esencia, el funcionario autorizante, que reducido el problema a dilucidar si es o no posible la identificación a través de aquello, de un titular inscrito cuyo segundo apellido ha sido equivocado, diversas resoluciones de la Dirección establecen que ello no impide la inscripción cuando por otras circunstancias o con otros documentos complementarios se identifique cumplidamente al interesado; que el error del nombre o apellido puede ser subsanado por información "ad perpetuam", y que la casi totalidad de las materias que venían siendo objeto de ésta han pasado a nutrir el contenido de las actas de notoriedad; y, finalmente, que el error es del título y no material o de concepto, por lo que resultan inaplicables al mismo las normas que para esto establece la legislación hipotecaria.

El Registrador sostuvo, en defensa de su calificación, que cuando los defectos sean exclusivamente del título carece tal funcionario de competencia para subsanar el error padecido, pero que si toman estado hipotecario no puede cancelarse la inscripción sin el consentimiento del titular inscrito o, en su defecto, mandato judicial, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria y apartado d) del artículo 40 de dicho Cuerpo legal, siendo insuficiente el acta de notoriedad.

El Presidente de la Audiencia confirmó la calificación del Registrador, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado revoca el auto apelado, estableciendo la doctrina siguiente:

A) Que admitidas las actas de notoriedad en la vigente legislación española, las opiniones de autorizados comentaristas coinciden en sostener que pueden ser objeto de tales actas, en otras muchas materias, la demostración de la identidad de personas y todos o casi todos los asuntos que vienen siendo objeto de las informaciones para perpetua memoria, sin perjuicio de que los interesados puedan utilizar el procedimiento de la denominada jurisdicción voluntaria, establecida en la Ley de Enjuiciamiento civil.

B) *Que según reiterada jurisprudencia del Centro directivo, las diferencias y errores en los nombres y apellidos de los interesados, obrantes en los títulos inscritos y debidos a faltas de ortografía, a razones fonéticas o familiares, a la adición de apellidos simples, a la separación de apellidos compuestos, al uso indistinto de los varios nombres que consten en las actas de nacimiento, a meras equivocaciones materiales o a otras causas análogas, no impiden la inscripción de los nuevos documentos, aun sin necesidad de actuaciones judiciales contenciosas ni voluntarias, siempre que de los elementos probatorios aportados al Registro resulte plenamente aclarado que el titular registral y el causante u otorgante del sucesivo título son, sin duda racional alguna, la misma persona; y, como consecuencia de todo lo expuesto, debe estimarse subsanado el defecto, calificado en la nota impugnada de insubsanable por una interpretación literal del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.*

Arturo GALLARDO RUEDA

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Sentencias de la Sala Primera

En esta sección colaboran: Alberto Ballarín, José M.^a Codina, Manuel González, José E. Greño, J. Hernández Canut, Jerónimo López, J. A. Prieto, L. Sancho y Abraham Vázquez.

SENTENCIA 11 JUNIO 1948

Arrendamientos urbanos—acción de retracto.

La acción de retracto que establece la L. A. U. a favor de inquilino o arrendatario del local de negocio no puede comprender más cosas que las incluidas en el contrato de arrendamiento, y a las cuales llega la posesión arrendaticia del inquilino.

Arrendamientos urbanos—unidad del inmueble.

El hecho de que haya sido transmitida la parte de una finca, que da a una de las dos calles por la que está delimitada, no puede oponerse a la unidad del inmueble, que al ser adquirido constituía una finca, con una sola inscripción registral.

ANTECEDENTES.—El actor habitaba como inquilino, desde hacía unos diez años, mediante contrato verbal de arrendamiento, una finca, en cuyo piso bajo tenía establecida su industria de carnicería. Habiendo llegado a oídos del demandante que el demandado había adquirido dicha finca, le demandó de conciliación, cuyo acto se celebró sin avenencia, por lo que suplica se dicte sentencia dando lugar al retracto.

El demandado se opuso, alegando que el actor no habitaba toda la casa, sino parte de ella, según contrato escrito, siendo ocupado el resto de la finca por otros dos inquilinos, lo cual implicaba la no aplicación del retracto establecido en la L. A. U.

El Juez de Primera Instancia de Mula desestimó la demanda de retracto.

Habiendo interpuesto el demandante recurso de injusticia notoria, fundado en los números 3.º y 4.º del artículo 169 de la L. A. U.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción y violación por no aplicación del párrafo segundo del artículo 63, en relación con el 64 de la L. A. U., por cuanto para la procedencia de la acción de retracto no se han cumplido en autos los requisitos que exige este último precepto.

Segundo. Error en la apreciación de la prueba, resultante de la documental que obra en autos, por no haberles dado el Juzgado a dichos documentos el carácter y valor de auténticos que les asigna el artículo 1.216, en relación con el 1.217 y 1.218 del C. c. y 596 de la L. E. C., y el que determina el 1.240 del C. c., en relación con el 604 de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que la Ley de Arrendamientos Urbanos, por sus artículos 63 y 64, estableció el derecho de tanteo y el de retracto en favor de los inquilinos y de los arrendatarios de locales de negocio en los casos de ventas por pisos y en aquellos otros en que se vendiera una finca y sólo existiera en ella una vivienda o local de negocio, y como en el caso presente no se trata de la venta de ningún piso, sino de la de una casa, la acción de retracto ejercitada por el demandante solamente podría prosperar mediante la demostración de que en la casa vendida existía sólo una vivienda o local de negocio.

CONSIDERANDO: Que la finca objeto de retracto sita en la villa de Bullas está delimitada por su frente y por su fondo por las calles de la Tercia y de la Mina y, por sus lados, por otras dos casas, ocupando una superficie de ciento sesenta metros, y las construcciones levantadas dentro de la extensión de dicho perímetro están ocupadas, según declara la sentencia recurrida, por un inquilino que habita en la parte de la finca que da a la calle de la Mina y por el actor, que ocupa la parte de la finca que limita con la calle de la Tercia, pero no en su totalidad, pues en esa misma parte existen algunas piezas que no se entregaron al arrendatario por el contrato de arrendamiento, sino que se las reservó el propietario para sí, encontrándose entre ellas todo el piso superior, constituido por varias cámaras, declarándose asimismo por la sentencia que *las dos partes de la finca limitantes, respectivamente, con las calles mencionadas constituyen un mismo inmueble, sin que pueda obstar a tal evidencia el hecho de que en la actualidad la parte de la calle de la Mina haya sido transmitida por el demandado a otro propietario, ya que al adquirirla el demandado constituía una sola finca, con una sola inscripción registral*, ni tampoco puede oponerse a la unidad del inmueble la separación por medio de un muro de dichas dos partes ni que las mismas, susceptibles de aprovechamiento independiente, tengan entradas igualmente independientes entre sí.

CONSIDERANDO: Que sobre la base de tales declaraciones de hecho, la sentencia recurrida aplica rectamente los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no pueden considerarse infringidos, como pretende el recurrente en el primer motivo del recurso, porque *siendo el fundamento del retracto establecido por la ley citada el carácter de inquilino o arrendatario de local de negocio que el retrayente pueda ostentar sobre el piso o casa objeto de la venta, resulta que su acción no puede comprender más cosas que las incluidas en el contrato de arrendamiento y a las cuales llegue la posesión arrendaticia de inquilino o arrendatario*, pero no a las demás que integren el inmueble, y por eso en el caso presente no puede el actor retraer la totalidad de una casa en la cual solamente le corresponde la posesión arrendaticia de una parte de la misma.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no niega el carácter de auténticos al acto de conciliación, a las escrituras notariales de compra-venta, a los contratos de arrendamiento reconocidos por las partes ni a la inspección personal del Juez, ni infringe, por lo tanto, los artículos citados por el recurrente en el segundo motivo del recurso, ya que lo

único que dicha sentencia hace es deducir de tales documentos, como del resto de la prueba, la conclusión que sirve de base a la desestimación de la acción a saber que en la finca que el actor trata de retraer no existe solamente una vivienda o local de negocio, y como el texto de dichos documentos no está en contradicción con esta afirmación fundamental, sino que la confirma, no cabe estimar ningún error cometido por el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas documental o pericial obrantes en los autos, y por ello no procede tampoco dicho motivo del recurso fundado en la causa cuarta del artículo 169 de la expresada Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 OCTUBRE 1948

Casación—quebrantamiento de forma—desestimación: por ser Tribunal competente.

No puede prosperar el recurso por quebrantamiento de forma fundado en que la Audiencia carece de competencia para decidir como decidió la divergencia surgida entre las partes litigantes en punto a si las normas de la nueva L. A. U. son aplicables a la cuestión debatida, porque la facultad de decidir tales divergencias está atribuida por la Disposición transitoria 17 al Juez o Tribunal ante quien penden los autos.

ANTECEDENTES.—En el juicio de desahucio seguido por el actor contra el demandado se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, no dando lugar al mismo, que fué confirmado por la A. T.

El demandado solicitó la remisión de los autos al Juzgado de su procedencia, a fin de que las partes pudieran instar el recurso que fuera pertinente ante el T. S. con arreglo a la L. A. U., dictando auto la A. T. no dando lugar a dicha remisión, habiendo interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma.

MOTIVO ÚNICO.—Fundado en el número 2.º del artículo 1.691 en relación con el número 6.º del artículo 1.693, ambos de la L. E. C., por no haber sido resuelto el punto sobre incompetencia de jurisdicción por el T. S.

CONSIDERANDO: Que el quebrantamiento de forma previsto en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil contempla situaciones procesales en que el Juez o Tribunal de instancia, siendo competente por razón de la materia para decidir la cuestión controvertida, no puede, sin embargo, conocer de ella porque otro Juez o Tribunal de igual grado jurisdiccional tiene preferencia para tramitarla y resolverla, según repetidas declaraciones de esta Sala; por lo que, *fundado el presente recurso por quebrantamiento de forma en que la Audiencia carece de competencia para decidir, como decidió, la divergencia surgida entre las partes litigantes en punto a si las normas de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos son aplicables a la cuestión debatida, es visto que no puede prosperar, tanto porque la facultad de decidir tales divergencias está atribuida por*

la disposición transitoria 17 al Juez o Tribunal ante quien pendan los autos—la Audiencia de Madrid en el caso litigioso—, con exclusión de todo otro órgano jurisdiccional, como porque el problema distinto que pudiera plantearse por error padecido en la decisión de la divergencia—que es en realidad el que ahora se suscita—implicaría, en su caso, no un vicio in procedendo por quebrantamiento de forma, sino error in iudicando, que habría de acordarse procesalmente al cauce del recurso de casación por infracción de ley al amparo del artículo 1.692 de la citada Ley de Enjuiciamiento, vía que no se utilizó ni se podía seguir, dada la prohibición contenida en el número 2.º del artículo 1.694 de la aludida Ley procesal.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 OCTUBRE 1948

Casación—error de derecho—desestimación: por no citar la regla infringida.

Para demostrar el error de derecho, es preciso la cita clara y expresa de la regla obligatoria, en la valoración de las pruebas infringidas por el juzgador.

Casación—error de derecho—desestimación: por apoyarlo en medios de prueba supletorios.

No puede admitirse el error de derecho en la interpretación de los artículos 53 y 54 del C. c., cuando por entender la Sala que no son aplicables al caso los medios de prueba supletorios traídos al pleito, prescinde de su apreciación.

ANTECEDENTES.—La actora, de naturaleza alemana y que profesa la religión protestante, afirma haber contraído matrimonio con el demandante en 12 de febrero de 1926 ante un Juzgado Municipal de Málaga, de cuyo matrimonio nació un hijo en 1933.

El demandado se opone a la existencia de dicho matrimonio, del que no se puede aportar prueba alguna por la inexistencia y falta de inscripción del mismo en los Registros de los Juzgados Municipales de Málaga.

El Juzgado de Primera Instancia y la A. T. declararon la inexistencia de tal matrimonio, por lo que la demandante ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS.—Primeramente. Infracción del párrafo segundo del artículo 53 del C. c., ya que los matrimonios contraídos después de la promulgación de dicho cuerpo legal se probarán sólo por certificación del Registro civil, a no ser que concurra alguna de las circunstancias siguientes: Que no hayan existido o desaparecido los libros del Registro, o se suscite contienda ante los Tribunales, en cuyo caso será admisible toda especie de prueba.

Segundo. Infracción del artículo 54 del C. c., ya que el Tribunal sentenciador tampoco admite como uno de los medios de prueba la posesión del estado de casados de los padres, unida al acta de nacimiento del hijo en concepto de legítimo.

Tercero Han sido infringidos los artículos 36 de la Ley de Registro civil y 578 de la L. E. C., ya que en autos aparecían varios medios de prueba que no han sido tenidos en cuenta al dictar la sentencia.

CONSIDERANDO: Que para la resolución de este recurso es necesario partir de un hecho fundamental declarado en la sentencia, cual es que, sobre no haber propuesto la actora prueba alguna encaminada a acreditar la desaparición de los libros del Registro en que debiera hallarse inscrito el matrimonio cuya declaración de existencia pretende, acordado por la Sala, para mejor proveer, que se trajeran a la vista el expediente matrimonial y la certificación del acta de inscripción, no fué posible aportarlos por inexistencia de aquél y falta de inscripción del matrimonio en los Registros de los Juzgados Municipales de Málaga números 1 y 2; al primero de los cuales, de haberse celebrado el matrimonio, correspondía autorizar su celebración, por lo que era intrascendente, a los fines perseguidos por la actora, la desaparición del archivo del Juzgado Municipal número 3.

CONSIDERANDO: Que sentado esto, y no impugnadas por el debido cauce legal tan capitales afirmaciones, son insostenibles los motivos en que se apoya el recurso, porque *la Sala no desconoce, ni niega, el principio cardinal establecido en los artículos 53 y 54 del Código civil, en relación con los medios de prueba del referido acto, sino que, interpretándolos acertadamente, estima que el único medio de justificación, en este caso, es el de la prueba normal*, o sea, la certificación del acta del Registro, por no haberse acreditado que los libros hayan desaparecido, *y, en consecuencia, rechaza la supletoria practicada por considerar, también con razón, que sólo en el supuesto contrario tendría ésta validez para demostrar la existencia del matrimonio.*

CONSIDERANDO: Que de lo expuesto se infiere que el juzgador de instancia no ha incidido en el error de derecho que se le atribuye en los cuatro motivos del recurso, en primer lugar, porque no puede admitirse que exista el error de derecho que se hace consistir en la interpretación de los artículos 53 y 54 del Código civil cuando, por entender la Sala que no son aplicables al caso los medios de prueba supletorios traídos al pleito, prescinde de su apreciación; y, en segundo término, porque *si para demostrar el error de derecho se hace preciso, como es notorio, la cita, clara y expresa de la regla obligatoria en la valoración de las pruebas infringidas por el juzgador*, tan primordial requisito no se cumple invocando generalmente los preceptos relativos a los medios de prueba aportados, y limitándose a aducir que debieron tenerse en cuenta por el Tribunal sentenciador al fundamentar su fallo, porque ello equivale a pronunciarse contra el criterio de éste en punto tan esencial como lo es el relativo a la pertinencia y eficacia de la prueba anormal en el supuesto debatido, pero no a señalar, marcadamente, el error padecido en la valoración de aquélla, por cuanto, en definitiva, no llegó a apreciarse.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1948

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—desestimación: por no ser de aplicación la L. A. U.

No son de aplicación los artículos 106 y 113 de la L. A. U., cuando el actor basa su acción en el hecho de haber sido desposeído de los locales que ahora pretende recuperar, en cumplimiento de una sentencia firme ejecutada en el mes de abril de 1945.

Arrendamientos urbanos—Extinción del contrato: por no haber ejercitado el arrendatario el derecho establecido en el Decreto de 21 de enero de 1936.

Al no haber ejercitado el arrendatario el derecho establecido por el Decreto de 21 de enero de 1936, a ocupar unos locales destinados a la industria resultantes de la reconstrucción de una finca, queda extinguida por modo definitivo la relación arrendaticia.

ANTECEDENTES.—El actor era arrendatario de una finca propiedad del demandado, de cuya posesión arrendaticia fué privado por sentencia de 14 de abril de 1945, recaída en juicio de desahucio. Habiéndose demolido las construcciones existentes y edificado una casa de nueva planta, suplica el demandante se ponga a su disposición los pisos bajo y principal de la referida casa, en calidad de arrendatario y por igual merced arrendaticia.

El Juzgado de primera instancia desestimó la demanda, habiéndose interpuesto recurso de injusticia notoria fundado en la causa tercera del artículo 169 de la L. A. U.

MOTIVOS.—El error fundamental de la sentencia recurrida consiste en entender que para estimar el derecho ejercitado por el demandante y recurrente es necesario dar efecto retroactivo a la Ley de 31 de diciembre de 1946, que es retroactivo.

CONSIDERANDO: Que conforme a lo prevenido en la disposición transitoria 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando a la vigencia de esta Ley el inquilino o arrendatario hubiera ya desalojado la vivienda no será de aplicación lo dispuesto en la misma, y como quiera que el actor basó su acción en el hecho de haber sido desposeído de los locales que ahora pretende recuperar en cumplimiento de una sentencia firme ejercitada en el mes de abril de 1945, es notoria la imposibilidad de apoyar su demanda en los artículos 106 y 113 del nuevo arrendamiento legal.

CONSIDERANDO: Que como la pretensión del dueño, en el procedimiento aludido, se fundó en el artículo 5.º, apartado e) del Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1931, por ser la causa que este precepto establece determinante de la improcedencia de la prórroga del arriendo concedida a los inquilinos por el artículo 1.º de tal disposición, es obvio que, conforme a lo estatuido en los artículos 8.º y 1.º del Decreto de 11 de enero de 1936, pudo y debió el arrendatario, en aquel entonces, oponerse a esta acción, por impertinente, y aducir asimismo su deseo y derecho a ocupar los locales del piso bajo dedicados a la industria resultantes de la reconstrucción; pero como no lo hizo así, y el contrato se resolvió de modo incon-

dicional, decretándose que no había lugar a la prórroga contractual, y compeliendo por ello al locatario a dejar la finca a la libre disposición del arrendador, es visto que extinguida, por modo definitivo, la relación arrendaticia entre los justiciables, no es lícito pretender vivificarla tardíamente, con daño notorio e irreparable para el propietario—que por no imponerle el fallo reserva alguna, reconstruyó con plena libertad y estableció otros vínculos arrendaticios al terminar las obras—, a menos de consentir que los litigios puedan reproducirse indefinidamente, al amparo de excepciones no alegadas a su debido tiempo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 NOVIEMBRE 1948

Posesión—derecho a la misma mediante el correspondiente juicio declarativo ordinario.

El procedimiento interdicial es solamente aplicable a la cuestión de hecho, pero al debatirse el derecho efectivo a la posesión, es ineludible que la acción sea ejercitada mediante el correspondiente juicio declarativo ordinario.

Casación—infracción de ley—desestimación por desarticular la prueba.

Según reiterada jurisprudencia, no es lícito al recurrente desarticular la prueba para fundamentar su argumentación sobre uno solo de sus elementos que conviene a su tesis, sin tener en cuenta los demás que pueden contradecirla con igual razón.

ANTECEDENTES.—El actor tenía arrendado un garaje del que ha sido desposeído por los demandados y actuales propietarios del mismo, en base de que aquél lo tenía subarrendado y el contrato de inquilinato lo prohibía. Habiendo sido probado el consentimiento del anterior propietario del garaje para poderlo subarrendar.

Las sentencias del Juzgado de primera instancia y de la A. T. han estimado la demanda, por lo que los demandados han interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, fundado en los números 1.º, 3.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS.—Primero. *a)* Infracción del artículo 1.554 del C. c., al aplicarle indebidamente a esta litis, toda vez que los preceptos aplicables son los artículos 1.651, 1.652 y 1.658 del mismo texto legal. *b)* Infracción del artículo 1.550 del C. c., ya que en la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento taxativamente se prohibió al arrendatario ceder, subarrendar o traspasar el local arrendado. *c)* Infracción del artículo 19 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, ya que si se admite la validez del subarriendo, es al subarrendatario a quien corresponde la indemnización. *d)* Infracción por inobservancia de un principio fundamental de derecho y de jurisprudencia, ya que el demandado procedió a demoler el inmueble objeto de la litis con autorización del Juzgado de primera instancia.

Segundo. Infracción del artículo 359 de la L. E. C., al establecer contra el recurrente una condena superior a la solicitada por la parte actora.

Tercero. Manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, ya que se ha estimado que el demandante y recurrido había sido autorizado para subarrendar el garaje que tenía arrendado, no siendo cierto.

CONSIDERANDO: Que al formular el recurrente el primer motivo de los que fundamentan el recurso y que ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil integra en él cuatro infracciones de diferente sentido e independiente consideración jurídica, las que en correcta técnica procesal hubieran debido constituir motivos separados de casación; mas pasando por alto esta transgresión de las formas procesales que preconiza el artículo 1.720 de la aludida Ley, en su segundo párrafo, el examen de las citadas infracciones que se alegan ofrece el resultado siguiente: Primero. Se argumenta que el actor, para solicitar su restitución en la posesión arrendaticia, debió utilizar la vía interdictal, porque estima el recurrente que el supuesto del artículo 446 del Código civil no tiene otro cauce para su efectividad que el referido procedimiento de sumario, y por ello es inadecuado el juicio ordinario de mayor cuantía que al amparo del artículo 1.554 de la Ley sustantiva civil promovió el demandante más la inconsistencia de esta argumentación se revela de modo palpable al observar que, aparte de la cuestión doctrinal todavía debatida de si la perturbación en el pacífico goce arrendaticio de la cosa arrendada producida por el propio arrendador, es materia interdictal o más bien transgresión de vínculos contractuales con su adecuado remedio por el cauce del juicio declarativo, *la alusión del citado artículo 446 del Código a las leyes de procedimiento no excluye el del juicio ordinario de mayor cuantía, y por ello el reclamante puede escoger el que convenga a su interés como en el caso presente ha ocurrido, haciendo uso de una especie del proceso en la que por su amplitud pueden debatirse todas las cuestiones planteadas, de acuerdo asimismo con el espíritu de la Ley adjetiva, reforzado por la jurisprudencia que establece que el procedimiento interdictal es solamente aplicable a las cuestiones de hecho, pero al debatirse el derecho efectivo a la posesión es ineludible que la acción sea ejercitada mediante el correspondiente juicio declarativo ordinario, que es el caso del litigio presente.* Segundo. Se alega la infracción del artículo 1.500 del Código, por inaplicación, toda vez que por el subarriendo no consentido se incumplió por el demandante el contrato arrendaticio, y tal incumplimiento, en méritos del artículo citado, determina el derecho del arrendador de dar por rescindido el contrato, pero olvida el recurrente al formular esta alegación que está amparado este motivo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, y la Sala ha dado como hecho probado el consentimiento del anterior propietario de la finca para el subarriendo de la misma, declaración de hecho del Tribunal de instancia que sólo puede ser impugnada mediante el número 7.º del artículo citado de la Ley ritual por comisión de error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, y este olvido manifiesta claramente la improcedencia de lo alegado. Tercero. Se estima infringido el artículo 19 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, toda vez que si existe subarriendo, el actor arrendatario señor H. quedó al margen del litigio, puesto que el subarrendatario ha superpuesto su personalidad a la del arrendatario, y las indemnizaciones que ésta dice

corresponderle han de ser debidas a aquél, que no las reclamó; pero aparte de que no es adecuado en el recurso de casación formular proposiciones hipotéticas, esta impugnación no puede prosperar porque el artículo que se cita como infringido es un precepto de mera definición de conceptos para fijar el sentido de las palabras que los representan en la citada disposición normativa, pero sin determinar derechos que autoricen a la sustitución de personalidad que el recurrente afirma y que es opuesta a la tesis del litigio entablado, en el que se discute la vigencia y efectividad de un contrato de arrendamiento otorgado entre el propietario de la finca y el arrendatario, que le esgrime como razón del derecho reclamado y el que realmente se halla al margen de la litis es el subarrendatario que ha de estar a las resultas de lo que se resuelva sobre aquel contrato del que depende la existencia del suyo; y Cuarto. El recurrente sostiene que la Sala de instancia, al condenar al demandado a indemnizar al actor los perjuicios ocasionados por la demolición del inmueble arrendado, ha infringido el precepto de las Partidas—Partida 7.^a, título 34, regla 20—, que considera principio de derecho en virtud del cual *“el que faze alguna cosa por mandato del judgador a quien a de obedescer non semeja que lo faze por mal entendimiento”*; toda vez que si efectuó la demolición aludida fué obedeciendo mandato del Juzgado de primera instancia número 5 de Madrid; pero aparte de ser inexacta la alegación, porque la dicha resolución judicial no contiene la autorización pretendida, la actuación del juzgador que motivó la posesión de la finca en cuestión y subsiguiente comienzo del derribo fué provocada por el demandado, hoy recurrente, a espaldas del actor, no obstante sus protestas, y por ello no tuvieron para él fuerza de obligar ni la avenencia en el acto de conciliación celebrado con el subarrendatario, ni la posesión judicial del inmueble realizado en su consecuencia, y por ello la conducta del demandado respecto del demandante no puede, como pretende, hallarse exculpada por eficaz mandato judicial, debiendo concluirse de todo lo expuesto que demostrada la improcedencia de las cuatro infracciones alegadas en este primer motivo del recurso, es, en su consecuencia, ineludible su desestimación.

CONSIDERANDO: Que al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil se formula el segundo motivo del recurso, en el que se acusa la infracción del artículo 359 de la expresada ordenación adjetiva, por cuanto la sentencia recurrida otorga más de lo que el actor pidió como indemnización de los perjuicios que estima se le han ocasionado, pues sumados los conceptos de la pérdida de rendimiento mensual hasta noviembre de 1950 y el del importe de la venta del negocio para el que tenía opción el subarrendatario, resulta una cantidad concreta de 64.550 pesetas, que era lo reclamado en definitiva, y la sentencia introduce una modificación que puede dar como resultado mayor cantidad, pero este vicio de incongruencia acusado es más aparente que real, porque lo que ha hecho la sentencia recurrida ha sido rechazar, por no ser indemnizable, la partida que el actor fijaba como precio del negocio y, además, las que de modo impreciso se señalaron en la resolución de primera instancia, con lo cual el actor perdió su concreción; pero al resultar

de la prueba que se han cometido actos culposos por parte del propietario en un contrato de arrendamiento urbano en local de negocio, condena, si no fuera posible establecer la situación de hecho anterior a la demanda, al dicho propietario a indemnizar al arrendatario con el importe pedido de las cantidades que debiera percibir durante la vigencia del subarriendo, y además, por imperativo del párrafo último del artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, en relación con el mismo número del Decreto de 29 de diciembre de 1931, al importe del traspaso, si se probare haber sido satisfecho por el arrendatario al ocupar el local, o, en su defecto, el total a que ascienda el alquiler de un año del mismo, toda vez que el vehículo arrendatado quedó roto por pretender ocupar el propietario el local de negocio arrendado para instalar el suyo, y siendo esto así, claramente se advierte que no existe la incongruencia aludida y procede la desestimación de este segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que igual suerte debe correr el motivo tercero, que se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, porque el error de hecho que dice cometido en la sentencia recurrida al no estimar el Tribunal *a quo* el valor de la carta de fecha 14 de junio de 1943, en que los propietarios anteriores del inmueble manifiestan que no se les solicitó autorización para subarrendar el garaje, y no obstante declarar que tal consentimiento fué otorgado, no existe, puesto que si en autos está reconocida la carta aludida, también hay otra igualmente reconocida de fecha 9 de marzo de 1943, en que los mismos propietarios afirman lo contrario que en la posterior, y como la Sala formó su criterio por el conjunto de todas las pruebas, no es lícito al recurrente, según jurisprudencia reiterada, desarticular la prueba para fundar su argumentación sobre uno solo de sus elementos que conviene a su tesis, sin tener en cuenta los demás, que puedan, como en este caso ocurre, contradecirla con igual razón.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1948

Arrendamientos urbanos—resolución de contrato por acuerdo municipal—plazo del recurso.

Mientras el acuerdo municipal no sea notificado a los interesados, no empieza a transcurrir el plazo señalado para interponer el recurso que contra aquél concede la base 59 de la Ley de Reforma del régimen local de 17 de julio de 1945.

ANTECEDENTES.—El actor arrendó al demandado tres habitaciones en las que tiene establecido un pequeño negocio. Debido a deficiencias de índole técnica y a la acción de los agentes naturales, producida por la proximidad de la casa a la playa, se han agrietado los techos de la misma, amenazando ruina. El demandante promovió ante el Ayuntamiento expediente contradictorio, acordándose la declaración de obra ruinoso, decla-

rándose asimismo por el Juzgado comarcal haber lugar al desahucio del demandado.

El demandado alega que no es cierto que el citado inmueble se halle en estado de ruina, por lo que no es necesario desalojar su industria, no habiendo practicado el Ayuntamiento la prueba que correspondía en el expediente instruido.

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda, habiendo interpuesto el demandado recurso de injusticia notoria, basado en la causa tercera del artículo 169 de la L. A. U.

MOTIVO ÚNICO.—Infracción de la causa 9.^a del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que requiere la Ley, para que prospere esta causa, la tramitación de expediente y estar terminado con resolución no susceptible de recurso.

CONSIDERANDO: Que mientras el acuerdo municipal no sea notificado a los interesados que han intervenido en el expediente, no empieza a transcurrir el plazo señalado para interponer el recurso, por lo menos de anulación, que contra aquél se concede a los interesados, tanto en la Ley anterior a la de Reforma del régimen local de 17 de julio de 1945, como en la base 59 de esta última.

CONSIDERANDO: Que, a falta de notificación a don A. G. S. de la declaración de ruina de la casa de doña M. R. H., de la cual aquél es arrendatario, no puede decirse que tal declaración, acordada por el Ayuntamiento de G., no dé lugar a recurso, por lo que carece de una circunstancia imprescindible para constituir la causa de resolución del arrendamiento, novena del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la que se funda la demanda.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, al declarar resuelto el contrato por esa insuficiente causa, infringió, con injusticia notoria, el precepto legal citado, infracción que impone la estimación del recurso por la causa tercera del artículo 169 de la indicada Ley, alegada como fundamento del mismo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1948

Beneficio de pobreza—denegación: omisión del domicilio.

La omisión en que ha incurrido el demandante de no expresar en la demanda de pobreza su domicilio en los últimos cinco años, es causa obligada y suficiente para denegar el beneficio legal de pobreza.

ANTECEDENTES.—El actor, que cuenta cincuenta y cuatro años de edad y hace más de cinco que reside en Madrid, de estado casado y sin ocupación alguna por hallarse imposibilitado de realizar todo trabajo, carece de bienes, atendiendo a su subsistencia y a la de su esposa e hija con el amparo económico que le prestan sus familiares. La parte demandada afirma que en la demanda no se determinan las casas donde vivió el demandante en estos últimos cinco años, y que, asimismo, a pesar de que se halle impedido para moverse normalmente, no obsta a la percepción de rendimientos

económicos con trabajos sedentarios. Finalmente, alega que el demandante satisface 160 pesetas por el alquiler mensual del piso que habita en uno de los barrios más aristocráticos de Madrid, con todas las comodidades, y en el que existen signos exteriores de riqueza.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial denegaron el beneficio de pobreza, por lo que el demandante formuló recurso de casación, fundado en los números 1.º y 7.º del art. 1.692 de la L. E. C., apoyado en los siguientes motivos.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Violación de los arts. 13, 15, núm. 1, y 18 de la L. E. C. e interpretación errónea del art. 28 de la misma Ley, así como numerosos fallos del T. S., por denegar al demandante el beneficio de pobreza fundándolo en que en las demandas incidentales no se ha determinado con puntualidad las casas en que ha residido el actor en Madrid durante los cinco últimos años.

2.º Error de derecho en la interpretación de la prueba practicada, vulnerando lo dispuesto en el art. 17 de la L. E. C., en relación con los 1.249 y 1.253 del C. c. Toda vez que para la apreciación de los signos exteriores de riqueza, en el presente caso, han de inducirse por presunciones, las cuales, para ser tales, han de reunir los requisitos exigidos en los arts. 1.249 y 1.253 del C. c.

CONSIDERANDO: Que la omisión en que ha incurrido el demandante de no expresar en la demanda de pobreza sus domicilios de los últimos cinco años con el detalle que para su completa identificación exigen las sentencias de esta Sala de 15 de enero de 1940 y 10 de mayo de 1941 es causa obligada y suficiente para denegar el beneficio legal de pobreza según la jurisprudencia de este Tribunal, más concretamente expuesta en las sentencias de 15 de noviembre de 1930 y 22 de octubre último, que no dejan al arbitrio de los juzgadores, como dice el primer motivo del recurso, el dar tan decisivo valor a esa omisión, por lo que no es necesario entrar a examinar el segundo motivo del recurso para desestimar éste.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1948

Medios de prueba—documentos públicos—efectos de la declaración de los interesados.

Las declaraciones de los interesados en documento público hacen prueba contra ellos y sus causahabientes, pero no contra tercero.

Arrendamientos urbanos—locales de negocio—actos ineficaces de traspaso.

Al contrato de arrendamiento suscrito entre el arrendador y el único arrendatario no puede afectar los actos ineficaces de traspaso, sin perjuicio de los derechos y acciones que puedan corresponder a un tercero por sus relaciones jurídicas con el arrendatario.

ANTECEDENTES.—El actor tenía arrendada al demandado, desde hacía más de treinta y cuatro años, la planta baja de un inmueble de su propie-

dad para instalar y desenvolver un negocio de construcción y reparación de maquinaria eléctrica.

En 1940, el demandado vendió el mencionado negocio, que fué trasladado por el adquirente a otro lugar, continuando el demandado en el disfrute del local, como arrendatario, hasta el 4 de junio de 1947, en cuya fecha notificó notarialmente al demandante que había decidido traspasar dicho local a un almacenista de chatarra, al amparo del artículo 44 de la L. A. U.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia dictó sentencia estimando la demanda, declarando ineficaz el traspaso y, en su consecuencia, la resolución del contrato de arrendamiento.

Habiendo interpuesto el demandado recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Al amparo del núm. 4.º del artículo 169 de la L. A. U., por incurrir en error la sentencia en cuanto que considera probado en el considerando cuarto que al tiempo de realizarse el traspaso el arrendatario hacía varios años que había cesado en su negocio, cuya apreciación está en contradicción con la prueba documental aportada.

Segundo. Amparado en el causa 3.ª del art. 169 de la L. A. U., por infracción del art. 45 de la misma Ley, ya que el demandado ha venido explotando el local traspasado sin interrupción desde el año 1943 hasta el 1947.

Tercero. Al amparo de la causa 3.ª del art. 169 de la L. A. U., por infracción de doctrina legal, pues la ineficacia de dicho traspaso no lleva implícita la resolución del contrato de locación con el lanzamiento del arrendatario.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no niega que don F. G. T. sea arrendatario del local objeto de la cuestión, sino que, por el contrario, lo afirma como fundamento de su resolución; que *las declaraciones de los interesados en documento público hacen prueba contra ellos mismos y sus causahabientes, pero no contra tercero*, como lo es don A. L. B. respecto a la escritura de 16 de julio de 1947 y al acta de 4 de julio de 1947, y que los certificados de la Administración de Rentas (folio 39 de los autos) y de la Delegación de Industria (folio 40) sólo prueban que don F. G. T. ejerció la industria de broncista hasta el año 1943, pero no que posteriormente ejerciera ninguna otra, que es precisamente lo que dice la sentencia, en la que, por todo ello, no puede apreciarse error alguno en la apreciación de la prueba, causa primera del recurso.

CONSIDERANDO: Que, según la escritura de 16 de julio de 1947, la obligación contraída por el señor V. fué la "a que se refiere el párrafo b) del artículo 45 de la Ley". sin determinar la clase de negocio a que había de destinarse el local que intentaba traspasarle a don F. G., y como quiera que en la misma escritura manifestaron los contratantes que en dicho local el señor G. "tuvo instalado su industria de construcción y reparaciones de transformadores y motores eléctricos y que en los últimos años se hallaba dedicado a almacén del utillaje y residuos industriales procedentes de la liquidación y realización" de aquel negocio, lo que niega la sentencia, ni por medio indirecto de conjugar ambas cláusulas contractuales, puede llegarse a determinar de qué clase fuese el negocio al que el señor V. se obligaba a destinar el repetido local, por lo que falta, para la eficacia del traspaso, frente al arrendador, el requisito b) del artículo 45 de la Ley de Arrenda-

mientos Urbanos, y, por consiguiente, es improcedente el recurso por su segunda causa.

CONSIDERANDO: Que también carece de fundamento la causa tercera, porque en el litigio se ha demandado y debatido solamente la resolución de un contrato de arrendamiento entre el arrendador y el único arrendatario que, según este mismo, había contratado el arrendamiento con aquél, al que no pueden afectar los actos ineficaces de traspaso, sin perjuicio, claro es, de los derechos y acciones que puedan corresponder a un tercero por sus relaciones jurídicas con el arrendatario.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1948

Casación—quebrantamiento de forma—motivos.

El supuesto de existir un error en la apreciación de una prueba no constituye nunca el quebrantamiento de ninguna formalidad esencial del juicio para servir de base al recurso.

Casación—quebrantamiento de forma—desestimación por no haberse pedido la subsanación de faltas.

No habiéndose opuesto a su práctica ni pedido en momento alguno de las instancias la subsanación de faltas, el recurso no puede prosperar.

ANTECEDENTES.—El actor arrendó al demandado un piso en una casa de su propiedad, el cual fué cedido al Sr. A. R.

El demandado alega que no existe tal cesión, pues no arrendó dicho piso para vivienda, sino para oficina auxiliar, al frente de la cual está el otro demandado, Sr. A. R.

Los Juzgados Municipal y de Primera Instancia han estimado la demanda, por lo que ha sido interpuesto recurso de injusticia notoria, fundado en los arts. 170 y 171 de la L. A. U.

MOTIVOS.—1.º Por ser definitiva la sentencia recurrida.
 2.º Por interponerse dentro del plazo legal.
 3.º Por fundarse taxativamente en el art. 172 de la L. A. U.
 4.º Por haber sido protestada y reclamada oportunamente la falta y la omisión integrantes de las causas motivadoras del recurso.

CONSIDERANDO: Que el recurso, en su apartado A, se funda en que los actores presentaron con su demanda dos actas notariales de requerimiento a las que la sentencia otorgaba eficacia probatoria, no obstante que tales documentos solamente podían tenerla en cuanto al hecho que había motivado su otorgamiento, pero no en cuanto a la certeza de las manifestaciones de los testigos en ellas contenidas, y a pesar de que tales actas no eran verdaderas diligencias de prueba por no haberse practicado con los requisitos que para tales diligencias previene el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero la mera exposición de este motivo del recurso demuestra que lo que en él se denuncia es un error en la apreciación de la

prueba, atribuido por la parte recurrente al juzgador de instancia, y este error, en el supuesto de existir, no constituiría nunca el quebrantamiento de ninguna formalidad esencial del juicio productora de la indefensión del recurrente, como tendría que constituir para servir de base al recurso de injusticia por quebrantamiento de forma establecido por el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como es el interpuesto, y únicamente podría dar tal error motivo al recurso por injusticia notoria instituido por el artículo 169 de la propia Ley.

CONSIDERANDO: Que en su apartado b) se funda el recurso en que habiendo sido propuesta por la parte recurrente y admitida por el Juez la prueba de confesión judicial de ambos demandantes, únicamente absolvió las posiciones formuladas don C. M., pero no así don R. M., quien se limitó a manifestar que por no tener intervención directa en la casa, que era administrada por su hermano, pasaba en todo por la confesión prestada por él, y como según el artículo 585 de la Ley de Enjuiciamiento civil el litigante había de responder por sí mismo y solamente en el caso previsto en el artículo 587 de la misma podría admitirse la absolución de posiciones por medio de un tercero, era clara y manifiesta la prohibición de absolverlas en esta forma en ningún otro supuesto, pero si bien es cierto que la absolución de posiciones tuvo lugar en este caso en la forma prevista en el artículo 585, ya citado, sino en la manera denunciada por el recurrente, no es lo menos que *esta parte, presente a la diligencia, ni se opuso a su práctica ni pidió en momento alguno de las instancias la subsanación de la falta, como debió haberlo verificado para que el recurso pudiera prosperar*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicable a este procedimiento por virtud de lo prevenido en el 179 de la de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1948

Subarriendo de locales de negocio y oficinas—competencia: Juzgado de Primera Instancia.

Cuando la acción ejercitada se funda en el subarriendo realizado sin la autorización del arrendador, lo mismo si el local arrendado se considera como local de negocio o como oficinas, en uno u otro caso corresponde conocer de asunto al Juez de Primera Instancia.

Arrendamientos urbanos—personalidad para contratar.

Quien tuvo personalidad para representar a la expresada agencia en el contrato, habrá de tenerla también para cuanto afecta al cumplimiento o resolución del mismo.

ANTECEDENTES.—Se desprenden de los considerandos.

MOTIVOS.—1.º Se infringe y quebranta el art. 10 de la L. A. U. estimando el local arrendado como de negocio siendo su dictado claro y conciso que el mero escritorio u oficina se reputa simplemente vivienda.

2.º Vulnera e infringe los arts. 36 y 39 de la L. A. U., al ser justificado el consentimiento del dueño en la ocupación de los locales.

3.º Aplicación indebida de los arts. 149 en relación con el 175 de la L. A. U., ya que el caso opuesto de vivienda esgrimido en la demanda no se acepta y faltaría el requisito imprescindible de poder justificar el ejercicio de profesión colegiada.

4.º Infracción de los arts. 1.709, 1.725 y 1.727 del C. c., pues quien queda obligado es el demandante principal, no el mandatario.

5.º Quebranta la regla transitoria cuarta de la L. A. U., vinculada al art. 149, ya que se haya indebidamente aplicada la doctrina de diferenciación del subarriendo y cesión.

CONSIDERANDO: Que es un principio de la Ley de Arrendamientos Urbanos, recogido por su artículo 160, que la competencia para conocer en primera instancia de cuantos litigios se promuevan, ejercitando acciones que se funden en derechos reconocidos por dicha ley, corresponde a los Jueces municipales y en su caso a los comarcales, *pero son excepciones a este principio aquellas acciones que refiriéndose a cuestiones propias de la Ley expresada afecten a un local de negocio o a oficinas, que según lo dispuesto en el artículo 10 merecen la conceptualización de viviendas, pues en tales casos el conocimiento de los litigios respectivos corresponde a los Jueces de primera instancia*, como previene el artículo 175 de la repetida ley, a no ser que tales acciones fueran las resolutorias del contrato por falta de pago de la renta o de las cantidades a ella asimiladas, *pero como la acción ejercitada no es de esta última clase, toda vez que se funda en el subarriendo realizado sin la autorización del arrendador*, estimado como causa de resolución del contrato por el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su número segundo, *lo mismo si el local arrendado se considera como local de negocio, como declara la sentencia, que si se considera que la constituían unas oficinas, como pretende el recurrente, habría de llegarse a la misma conclusión en cuanto a la competencia del Tribunal, pues en uno y otro caso correspondería conocer del asunto al Juez de primera instancia*, habiendo aplicado rectamente en la sentencia los artículos citados y careciendo de aplicación así el artículo 172, que se refiere al ejercicio de acciones distintas de la ejercitada en este procedimiento, que el artículo 8.º, que alude a los locales ocupados por dependencias del Estado u otras entidades públicas o que no persiguen el lucro, las cuales tienen la consideración de viviendas, pero dentro de cuya hipótesis no se encuentra el local arrendado, que lo fué a una entidad de carácter privado constituida con una finalidad de lucro como era la agencia arrendataria, por cuyas razones procede desestimar las causas primera y tercera del recurso.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida se hacen las declaraciones siguientes: a) que entre el actor, don B. V., como arrendador, y el demandado, don M. L. L., como arrendatario, se celebró un contrato de arrendamiento de un piso que se destinó a local de negocio; b) que el arrendatario, obrando sin consentimiento del arrendador cedió el disfrute de varias de las habitaciones del piso arrendado al otro demandado, don M. P. D.,

continuando el arrendatario en el uso de las restantes y subsistente el contrato de arrendamiento, y que aunque el recurrente entiende que el consentimiento del arrendador ha sido justificado y que al no estimarlo así la sentencia recurrida comete un error en la apreciación de la prueba, es lo cierto que tal supuesto error no se combate en la única forma que el artículo 169, número cuarto, de la Ley de Arrendamientos Urbanos autoriza a saber acreditándolo mediante la prueba documental o pericial que obra en los autos.

CONSIDERANDO: Que los artículos 36, 37, 39, 41 y disposición transitoria cuarta de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que el recurrente reputa infringidos, no han podido serlo desde el momento en que tales preceptos se refieren a la cesión o traspaso de viviendas, figura jurídica distinta de la del subarriendo que fué la que se constituyó entre ambos demandados y que por haberlo sido sin consentimiento del arrendador debe producir la resolución del contrato de arrendamiento y, consiguientemente, de la del subarriendo, de conformidad con lo dispuesto en la causa segunda del artículo 149 de la expresada ley, procediendo por las razones expuestas en este considerando y en el anterior la desestimación de las causas segunda y quinta del recurso.

CONSIDERANDO: Que el contrato de arrendamiento cuya resolución se pretende se celebró entre el actor, don B. V., como arrendador, y el demandado, don M. L. L., como arrendatario, obrando este último en representación de la "Agencia Mundo", según en dicho contrato se hace constar, y esto establecido, resulta evidente que *quien tuvo personalidad para representar a la expresada agencia en el contrato habría de tenerla también para cuanto afectara al cumplimiento o resolución del mismo y, por lo tanto, para ser demandado con tal carácter por la realización de actos motivadores de tal resolución sin necesidad de que el actor demandara directamente a la entidad mandante, quien por virtud del mandato transmitió su representación al mandatario para el contrato y sus naturales efectos, y al reconocerlo así la sentencia recurrida no infringe los artículos que se citan en la causa cuarta del recurso, que debe ser también desestimada.*

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 20 DICIEMBRE 1948

Recurso de casación: sentencias definitivas.

Los expedientes de posesión judicial no tienen el carácter de declaración definitiva que exigen los números 1.º del artículo 1.689 y 1.º y 4.º del 1.690 de la L. E. C.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1948

Recurso de casación: desestimación por partir de un supuesto equivocado.

El fundamento jurídico de la alegación del recurrente cae por su base al partir de un supuesto de hecho equivocado.

ANTECEDENTES.—El actor, de oficio jornalero, solicitó los beneficios de la declaración de pobreza para litigar contra la demandada, sin precisar el asunto.

El Abogado del Estado se opuso a la concesión de dicho beneficio por no estar probados los hechos, expresando, además, que el mismo demandante había solicitado el beneficio de pobreza ante el Juzgado de Primera Instancia de Arévalo, el cual se lo había negado por sentencia firme.

El Juzgado de Primera Instancia de Avila desestimó la demanda, que fué confirmada por la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandante formuló recurso de casación por infracción de ley, fundándole en el número 1.º del art. 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción por violación e interpretación errónea de los arts. 33 y 34, en relación con el 16 de la L. E. C., ya que el recurrente es pobre legal y efectivamente y el sueldo que percibe es eventual.

Segundo. Interpretación errónea del art. 34 de la L. E. C., pues no se puede apreciar como prueba la sentencia dictada en otro incidente.

CONSIDERANDO: Que en el presente recurso se alega que, si bien el artículo 34 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que no se otorgará la defensa por pobre al litigante a quien hubiese sido denegada si no justifica cumplidamente que ha venido a este estado por causas posteriores a la sentencia que le negó anteriormente aquel beneficio, sin embargo, sólo es aplicable tal artículo cuando la pobreza fué denegada en su fondo, lo que según el recurrente no ocurre en el presente caso, en que se trata, a su juicio, de defectos subsanables que impiden dar carácter definitivo o de cosa juzgada a dicha sentencia anterior dictada por el Juzgado de Arévalo, pero este su puesto de hecho en que el recurso se apoya está contradicho por afirmaciones claras de las dos sentencias de instancia, pues en la del Juzgado se dice que en el cuarto de los considerandos de aquella sentencia se fundamenta la denegación del beneficio de pobreza en el resultado de la prueba, y la de apelación, además de aceptar los considerandos de primera instancia, expresa que el Juzgado de Arévalo denegó al solicitante sus pretensiones no solamente por ciertos defectos procesales de que adolecía su escrito de demanda, sino además por haber probado los hechos que debían servir de fundamento a la concesión de tal beneficio afirmaciones que no han sido debidamente combatidas, por lo que es preciso concluir que cualquiera que sea el fundamento jurídico de la alegación del recurrente *cas por su base al partir de un supuesto de hecho equivocado* y no hay, por tanto, ningún impedimento que excluya la aplicación del mentado artículo 34 en que la sentencia recurrida se funda y según el cual no procede otorgar el beneficio de pobreza negado anteriormente cuando no se aducen y acreditan hechos nuevos demostrativos del empeoramiento de la fortuna del solicitante.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 23 DICIEMBRE 1948

Recurso de casación—desestimación: cuándo, después de terminado el juicio, puede promoverse otro sobre el mismo objeto.

No pueden ser admitidos los recursos interpuestos contra aquellas sentencias en que, después de terminado el juicio, pueda promoverse otro sobre el mismo objeto.

SENTENCIA 29 ENERO 1949

Arrendamientos urbanos—subarriendo no consentido—por ejercicio de acción desestimada.

No puede afirmarse que el arrendador tolerara el subarriendo, a efectos de la disposición transitoria segunda de la L. A. U., si ejerció la acción de desahucio con anterioridad al plazo de seis meses marcado por dicha disposición, aunque el proceso terminara por sentencia firme desestimatoria, dictada con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley.

Recurso de injusticia notoria—orden de examen de las cuestiones en la sentencia.

El artículo 177 de la L. A. U. no se refiere al orden que haya de seguirse por el juzgador en el examen de las cuestiones propuestas al fundamentar su fallo, lo cual no puede ser objeto de recurso, sino al orden en que han de ser resueltos los incidentes, excepciones y reposiciones que pudieran plantearse en los juicios, respecto a las cuales se determina que se hará pronunciamiento previo sobre cada una de las cuestiones incidentales, absteniéndose de entrar en el fondo del asunto cuando la naturaleza de estos pronunciamientos previos lo impidiere.

Cosa juzgada—identidad objetiva.

Para apreciar la existencia de la identidad objetiva—eadem res, eadem causa—en dos pleitos, ha de realizarse la confrontación entre lo resuelto en el primero y lo pedido en el segundo, ya que no cabe referir la cosa juzgada a resoluciones que por cualquier motivo no juzgaron, es decir, no resolvieron nada sobre el punto controvertido en el pleito ulterior.

SENTENCIA 31 ENERO 1949

Doctrina—incumplimiento de la obligación—recurso de casación—error de derecho en la apreciación de la prueba.

Alegar infracción de artículos, violación de principios y sentencias, que en nada se refieren a la valoración de la prueba, no tiene eficacia para sostener la acusación de haberse cometido error de derecho.

Incumplimiento de la obligación—recurso de casación.

La redacción hipotética de un motivo es inaceptable en casación.

Incumplimiento de obligación—recurso de casación—número 4.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Para que sea viable la impugnación autorizada por el número 4.º del artículo 1.692 ha de existir la contradicción denunciada entre los mismos pronunciamientos del fallo.

Procesal—arrendamiento—incumplimiento de la obligación—recurso de casación—impugnación de considerandos.

El Tribunal Supremo estima eficaz para la casación la impugnación de aquellos considerandos que sean tenidos como premisas obligadas de la resolución de que se recurre; pero tal impugnación, como dirigida contra el fundamento lógico que sustenta el fallo, no puede tener su adecuado cauce en el número 4.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Arrendamiento—incumplimiento de la obligación—interpretación de los contratos.

Cuando hay divergencia sobre la interpretación de un contrato, ha de preferirse la del Tribunal si una parte, al combatirla, no demuestra el error de la otra.

ANTECEDENTES.—A. G. L. cedió a B. V. Ll. la piedra que se encontraba en un terreno de su propiedad, mediante el pago de cierta suma de dinero, tanto por la piedra extraída como por el arrendamiento del terreno, quedando obligado a entregar dicho terreno en un plazo determinado completamente libre y nivelado a la altura de la rasante de la carretera. Terminado el contrato resultaron ineficaces las gestiones amistosas hechas por la propietaria para que B. V. Ll. se aviniera a cumplir su obligación.

Opuesta demanda, se dictó sentencia en la que se condena a B. V. Ll. a ejecutar las obras necesarias para nivelar todo el terreno de la finca objeto del litigio a la altura de la carretera. Apelada la sentencia por el demandado, se sustanció el recurso ante la Audiencia Territorial de Burgos, que la confirmó en parte, ya que condena a B. V. Ll. a ejecutar las obras necesarias en la finca a fin de que quede nivelada a la altura de la carretera en la extensión fijada en el plano presentado por el demandado, absolviéndolo del resto del suplico de la demanda. Ambas partes interponen recurso de casación.

MOTIVOS.—Primer. El número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por violar e infringir el fallo el artículo 1.281 del Código civil, sobre la interpretación de los contratos, y el artículo 1.001: los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

Segundo. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba al negar la existencia de linderos que se hallan expresamente reconocidos por las partes.

Tercero. El mismo artículo, en su mismo número, por error de hecho en la apreciación de la prueba relativa al espacio de terreno que explotó el demandado.

Cuarto. El mismo número del mismo artículo, por error de derecho al violar el artículo 1.119 del Código civil.

Quinto. Error de derecho, comprendido en el mismo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley rituaria, por violación de los principios jurídicos fundamentales en materia de prueba.

Sexto. El número 7.º del ya citado artículo de la L. E. C., por error de derecho al dar valor probatorio y efectos legales a un documento que carece de uno y otro.

Séptimo. Error de hecho en la apreciación de la prueba, demostrado por un documento de toda autenticidad.

Octavo. Al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la L. E. C. Motivos alegados por B. V. Ll.: Unico. Infracción de ley y doctrina legal, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

... ..

CONSIDERANDO: Que, además de lo expuesto en el considerando que precede, los referidos cuatro motivos del recurso, aunque fueran útiles en la impugnación del recurso, deberán ser desestimados por razón de orden procesal, pues el error de derecho en que se funda el segundo tiene como base, según el recurrente, la infracción del artículo 1.225 del Código civil, y este precepto, por no referirse a la valorización de la prueba, no puede sustentar la comisión de error de derecho; y el error de hecho, también acusado, no se puede acreditar con la certificación del Registro de la Propiedad referente a la finca "La Roturilla", porque de tal documento sólo resulta la existencia en dicho predio de un lindero con "El Zorro", pero no justifica la determinación topográfica del mismo, que había de establecerse mediante la operación de deslinde, con lo cual no se evidencia la equivocación del juzgador, supuesto necesario para acreditar el error de hecho; e idéntica tacha hay que atribuir al motivo tercero, porque el acto auténtico, a juicio del recurrente, determinante de error de hecho, es la no colocación de mojones por el demandado, y esto le lleva a asegurar que éste no explotó terreno perteneciente a "La Roturilla", pero con tal afirmación lo que hace es supuesto de la cuestión, con olvido de que la finca mencionada no es siquiera nombrada en la sentencia recurrida; en el cuarto motivo, además de su redacción hipotética, inaceptable en casación, incide de nuevo en el defecto procesal de acusar error de derecho alegando la infracción del artículo 1.119 del Código civil, que en nada se refiere a la valorización de la prueba, y la misma razón ha de servir para desestimar el motivo quinto, toda vez que se alega la violación de ciertos principios jurídicos que no constan en la redacción del motivo, sino en las consideraciones que sirven de preámbulo al recurso y que no son otros que el citado artículo 1.119, varias sentencias y el axioma *ubi eadem est ratio eadem iuris dispositio esse debet*, que para nada afecta a la valorización de la prueba efectuada por la Sala y no tienen eficacia para sostener la acusación de haberse cometido error de derecho.

... ..

CONSIDERANDO: Que igualmente procede la desestimación del octavo y último motivo y con él del recurso interpuesto por el actor señor E.,

porque se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley adjetiva civil, acusando contradicción entre lo expresado en los considerandos y lo dispuesto en el fallo, y la jurisprudencia reiterada enseña que para que sea viable la impugnación autorizada por el expresado número 4.º ha de existir la contradicción denunciada entre los mismos pronunciamientos del fallo, y si bien es cierto que en las sentencias que el recurrente cita y otras más esta Sala, haciendo excepción del principio general de que la casación se da contra el fallo y no contra los considerandos de la sentencia recurrida, ha estimado eficaz para la casación la impugnación de aquellos considerandos, tenidos como premisas obligadas de la resolución de que se recurre, no lo es menos que tal impugnación, como dirigida contra el fundamento lógico que sustenta el fallo, no puede tener su adecuado cauce en el número 4.º antes citado, aparte de que en el caso presente es inexistente la contradicción que el recurrente acusa, porque si en el considerando que cita se estima la obligación del demandado de nivelar todo el terreno de "El Zorro", en el fallo confirma tal obligación, con la adición de establecer numéricamente la extensión de dicho terreno conforme a la resultancia de los elementos que respecto a tal extensión le fueren facilitados en el pleito.

CONSIDERANDO: Por lo que afecta al recurso formulado por el demandado en este pleito, señor de V., que los razonamientos que sirven de contenido al único motivo en que funda su recurso se dirigen a impugnar la interpretación que la Sala de instancia ha dado a la cláusula cuarta del contrato privado de 2 de febrero de 1934, celebrado entre los litigantes, y que ha dado origen al presente litigio, y para ello, aun reconociendo que fué lógica la redacción que se le dió, establece distingos de orden gramatical acerca de las palabras "terreno" y "finca" empleadas en diversos lugares del referido contrato, que por sí sólo son insuficientes a su propósito, y formula deducciones que se reducen en síntesis a hacer supuesto de la cuestión, relacionando la extracción o no de la piedra con la nivelación de una u otra porción del terreno, pretendiendo con ello sustituir con el suyo propio el criterio del juzgador, lo que no es lícito en casación, debiendo advertirse que la interpretación dada por éste a la repetida cláusula cuarta del contrato se funda en que apareciendo con claridad los conceptos en que se halla redactada no cabe acudir a otra norma de interpretación que la contenida en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, y ante esta declaración, a ella hay que atenerse, porque es doctrina jurisprudencial que cuando hay divergencia sobre la interpretación de un contrato ha de preferirse la del Tribunal si el recurrente, al combatirla, no demuestra el error cometido por aquél, y aunque en el caso presente así se intenta, porque el motivo del recurso aparece también amparado en el número 7.º, para acusar el error de hecho ha de rechazarse esta pretensión, porque el documento que como auténtico se aduce es el propio contrato privado, que no sirve para esta impugnación por tratarse del mismo documento que es objeto de la interpretación, y, por consiguiente, no probada la infracción del artículo 1.281 y demás del Código civil que se citan ni

demostrado el error de hecho que se acusa, procede desestimar el motivo y recursos formulados por el demandado en este pleito.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 FEBRERO 1949

Contrato—reclamación de cantidad—prescripción de acciones.

La interrupción de la prescripción de acciones no se halla sujeta a las exigencias del artículo 1.946 del Código civil.

Contrato—reclamación de cantidad—recurso de casación

No cabe tomar en cuenta alegaciones hechas por una parte relativas a reconocimiento que la otra hizo, después del acto de conciliación, de deudas, amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., porque habrá de hacerlo por la vía del número 7.º del mismo artículo.

ANTECEDENTES.—El Ayuntamiento de D. encargó a B. G. V., arquitecto, la redacción de un proyecto de aguas de la población y la realización de sus obras. La ejecución de las mismas no fueron llevadas a cabo; pero B. G. V., basándose en haber efectuado el trabajo que se le encomendó, realizó reiteradas gestiones para que le fuesen satisfechos los honorarios devengados en tal concepto, sin conseguirlo. Por lo cual presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, que falló en su contra, igual que la Audiencia Territorial a la que apeló, por lo que interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundándose en el siguiente

MOTIVO.—Unico. Violación, por inaplicación, en el fallo recurrido del artículo 1.973 del Código civil, sobre la interrupción de la prescripción de las acciones.

CONSIDERANDO: Que si bien, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 4 de enero de 1901, 17 de diciembre de 1927 y 8 de noviembre de 1948, entre otras), *la interrupción de la prescripción de acciones no se halla sujeta a la exigencia del artículo 1.946 del Código civil*, que subordina la eficacia de aquélla al seguimiento y resolución favorable del litigio, no es menos cierto, con relación al caso actual, que, aun dando por interrumpida la prescripción en virtud del acto conciliatorio—el cual, según queda dicho, se celebró el 6 de septiembre de 1941—, como habían transcurrido más de tres años desde ese día hasta el de la interposición de la demanda, resulta indudable que al iniciarse el pleito la acción se hallaba extinguida.

CONSIDERANDO: Que amparado solamente en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil el presente recurso, no cabe entrar al examen de las alegaciones del mismo relativas a la supuesta realización por parte de la entidad recurrida de actos de reconocimiento de deudas posteriores a la fecha de la antes aludida concilia-

ción; y no cabe tomar en cuenta tales alegaciones porque para poder hacerlo sería necesario que en el recurso se acusase por la vía del número 7.º del citado precepto procesal la existencia del error de hecho o de derecho en que pudiera haber incidido la Sala sentenciadora al no apreciar la realidad de aquellos actos de interrupción que el recurrente estima demostrados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 FEBRERO 1949

Posesión—buena fe.

Habiendo adquirido el heredero en virtud de títulos defectuosos, pero que han causado sus efectos, determinantes de la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad, no es posible atribuirle el concepto de poseedor de mala fe.

Posesión—del causante—artículo 442 del Código civil.

El artículo 442 del Código civil se refiere a bienes que alguien viene poseyendo por herencia a título personal y no es aplicable a la indivisión.

ANTECEDENTES.—Doña Balbina Olea, esposa de don Domingo Román, murió en 1902 bajo testamento, en el que instituía herederos, por partes iguales, a sus tres hijos Honorata, Balbino y Felisa. En 1908, don Domingo hizo a favor de sus hijos sendas informaciones posesorias, que inscribió en el Registro, de las fincas que provenían de la madre, pero no liquidó la sociedad de gananciales. Murió este mismo año, bajo testamento en el que instituía herederos a sus hijos Balbino y Felisa y a su nieto Eduardo Borro Román (hijo de Honorata, ya fallecida, y de Máximo Borro Bravo), al que mejoraba; sustituía a sus hijos (imbéciles, pero no incapacitados) entre sí y con su nieto y les nombraba tutor y consejo de familia. Balbino y Felisa fueron declarados incapaces en 1915; el primero murió en 1925, y Eduardo Borro, en 1926. Este nombró a su tío Germán Borro Bravo heredero en todos sus bienes, salvo un legado para su otro tío Benito Borro Bravo. En 18 de abril de 1927 se presentó en la oficina liquidadora del impuesto de Derechos reales—Registro de la Propiedad—una aparente partición de las herencias de Balbino y Eduardo, suscrita por el tutor de Felisa (heredera por mitad de Balbino, según la sustitución ordenada por don Domingo y según el orden de llamamientos *ab intestato*) y por el presidente y dos vocales del consejo de familia. En 1935 fallece Felisa; sus parientes más próximos (primos hermanos) promueven juicio de *ab intestato* en 20 de octubre de 1936 y, declarados herederos, demandan a Germán y Benito Borro Bravo en 30 de septiembre de 1937 en juicio declarativo de que: a) las sustituciones ordenadas por don Domingo Román son nulas, pues sus hijos no habían sido declarados incapaces; b) no se han practicado las particiones de las herencias de doña Balbina Olea, don Domingo Román y su hijo Balbino o, en su caso, son rescindible por lesión a ambos imbéciles en las dos primeras y a Felisa en la última; c) deben incluirse en el inventario de los bienes de Felisa los que resulten corres-

ponderle en las hijuelas respectivas; y d) que asimismo se incluyan los frutos de esos bienes (que poseen los demandados como sucesores de Eduardo y tutor uno de ellos de Felisa).

El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia declaró la inexistencia de las particiones y ordenó la ampliación del inventario. Recurren los demandados, y el Tribunal Supremo casa la sentencia, revocando, en segunda sentencia, puntos concretos: reduce los frutos a abonar por Germán—único heredero—a los producidos desde el emplazamiento por los bienes que posea y que no formasen parte de las informaciones posesorias citadas. (La nulidad de las sustituciones, negada en instancia, no fué objeto de recurso.) Por referirse los demás a extremos del caso, interesa únicamente el considerando octavo:

CONSIDERANDO: Que en cuanto al problema de los frutos que sostienen los actores, deben los demandados, a partir de la muerte de esta última, examinado el motivo quinto del recurso, hay que tener presente que *habiendo el heredero demandado adquirido del causante Eduardo Borro, como resulta de la prueba documental aportada, en virtud de títulos todo lo defectuosos que se quiera, pero que han causado sus efectos determinantes de la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad, no es posible atribuirle el concepto de poseedor de mala fe, ello aparte de que, según se deduce del artículo 442 del Código civil, éste se refiere a bienes que alguien viene poseyendo por herencia a título personal, y aquí la Sala aprecia un estado de indivisión que no permite su aplicación, y que conforme al artículo 451, que también se cita como infringido en el recurso, el poseedor de buena fe no puede ser obligado a la entrega de frutos, caso de prosperar la reclamación sobre la cosa poseída, hasta que tiene lugar la interpelación judicial.*

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1949

Arrendamientos urbanos—los recibos como elemento probatorio.

La persona que presente los recibos, las circunstancias del pago y la persona que lo hiciere, si no era la que en los recibos se dice que lo hizo, son, a efectos probatorios, hechos ajenos a esos documentos.

Recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio—facultades discrecionales del Juez.

Ni la facultad concedida al Juez en la norma sexta de la base décima de la Ley de 19 de julio de 1944 para invitar a las partes a concretar hechos o a puntualizar pedimentos, ni la que le concede la séptima de la misma base para mejor proveer otorgan derecho alguno a las partes ni constituyen formalidades esenciales del juicio, siendo su ejercicio meramente discrecional del Juez.

SENTENCIA 11 FEBRERO 1949

Obligaciones—mora.

No incurre en mora el demandado de conciliación cuando en dicho acto no se fundamentó su supuesta obligación.

Casación—motivos: valoración del acto de conciliación.

La valoración jurídica que una sentencia dé a un acto de conciliación, no como prueba, sino como interpelación judicial para originar derechos u obligaciones, no puede discutirse en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

ANTECEDENTES.—Una Sociedad contrató en 9 de diciembre de 1942 con don T. P. P. y don D. A. L. la leña que a su vez tenían éstos contratada con el dueño de un monte. Pagó adelantadas 25.000 pesetas y se comprometió a pagar el resto conforme fuera gavillando y retirando la leña que la otra parte contratante se obligaba a dejar cortada, pero sin gavillar, en el monte en cuestión, sin que el contrato fije plazos para hacerlo. Fueron hechas y retiradas algunas gavillas, pero luego se suspendió el gavillaje mientras seguía la corta. Don T. P. P. y don D. A. L. realizaron en 6 de marzo de 1943 un intento de conciliación, pretendiendo que la Sociedad retirase la leña cortada o rescindiere el contrato, indemnizando, sin que hubiese avenencia. El contrato que éstos tenían con el propietario del monte fué rescindido por falta de pago de un plazo, de tal modo que cuando la Sociedad intentó, en abril, retirar la leña, encontró que el dueño había dispuesto de ella, vendiéndola. En octubre demandó la Sociedad la devolución de las 25.000 pesetas y abono de daños y perjuicios. Los demandados formularon reconvencción, afirmando que la demandante incumplió el contrato al no gavillar y pagar la leña cortada, por lo que solicitan a su vez indemnización. Apelada la sentencia (que estimó la demanda y desestimó la reconvencción), fué revocada en el sentido de restar de las 25.000 pesetas el importe de la leña retirada. Interponen los demandados y apelantes recurso de casación por infracción de ley.

MOTIVOS.—Primero, segundo y tercero. Error en la apreciación de la prueba, ya que había plazo determinado, porque en el contrato celebrado con el dueño del monte, contrato conocido por la Sociedad, se señalaba como término de la corta el 20 de marzo, habiendo necesidad técnica de realizar el gavillaje inmediatamente después de la corta.

Cuarto. Al amparo del artículo 1.692, número 7.º: error de hecho y de derecho al apreciar como fundamento del fallo que la falta de plazo no provocó acción por parte de los demandados, ya que realizaron el intento de conciliación.

Quinto. Al amparo del artículo 1.692, número 7.º: porque los recurrentes no incumplieron su obligación de tener la leña a disposición de la otra parte, como dice la sentencia recurrida.

Sexto. Al amparo del artículo 1.692, número 1.º: infracción por violación de los artículos 1.091, 1.124, 1.100 y 1.101 del Código civil.

Séptimo. Al amparo del artículo 1.692, número 1.º: violación del artículo 1.135 del Código civil.

Octavo. Al amparo del artículo 1.692, número 1.º: violación de los artículos 1.218 y 1.295 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que los motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso se limitan a combatir la apreciación de la prueba que hace la Audiencia, pero para ello examinan por separado las pruebas que la sentencia estima en conjunto, no oponen ningún documento que por sí y sin los comentarios de que revisten a los contratos que citan puedan demostrar el error de hecho evidente del juzgador y dan erróneamente el carácter de auténticos a documentos privados suscritos y reconocidos por personas ajenas al litigio, atribuyen sin expresar fundamento legal alguno a la demandante una obligación de confeccionar las gavillas y pagar a medida que fuera cortándose la leña y, como consecuencia de ello, una negligencia y abandono, que van en contra de lo afirmado por la sentencia, y habla de un error de derecho en la valoración probatoria del contrato de 9 de diciembre de 1942, que ninguna relación tiene con el fundamento de la sentencia recurrida, que es el plazo dentro del cual había de cumplirse ese contrato, porque ese documento no hace alusión a tal plazo, por todo lo cual no es de estimar ninguno de esos cuatro motivos.

CONSIDERANDO: Que la valoración jurídica que la sentencia dé o deje de dar a un acto de conciliación, no como prueba, sino como interpelación judicial para originar derechos u obligaciones, a lo que se contrae el motivo cuarto, no puede discutirse en casación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que sólo comprende el error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, esto aparte de que tal valor jurídico no puede deducirse de tal acto, porque los que lo promovieron no manifestaron su derecho para hacer esa interpelación o requerimiento, ni la Sociedad allí demandada reconoció que lo tuvieran.

CONSIDERANDO: Que el motivo sexto pretende que incurrió en mora la Sociedad demandante porque no retiró la leña y pagó su precio a raíz del acto de conciliación intentado en 6 de marzo de 1943, pero no tiene en cuenta que en esa demanda y acto de conciliación, a juzgar por lo que consta en autos, no se fundamentaron el derecho que pretendían ejercitar los allí demandantes ni la obligación que se suponía en la Sociedad demandada, ni se determinaba plazo, y si por no aparecer este del contrato de 9 de diciembre de 1942 se le quiere relacionar con el celebrado en 5 de noviembre de 1942 entre el propietario del monte y los demandados en este pleito, que la Audiencia reputa conocido por la demandante, no hay razón ninguna para fijarlo en el de 20 de marzo, sino en el de 30 de junio de 1943, fecha que fija la cláusula cuarta de este contrato para retirar fuera del trazón o almacenar en baldíos los productos de la corta, o en 1.º de agosto del mismo, en que dice la misma cláusula han de estar retirados de la finca todos esos productos, antes de cuyas fechas se presentó a recogerlos la Sociedad demandante, según reconoce la sentencia recurrida, cuando ya los había retirado el dueño del monte por haber incumplido los demandados el contrato que con él ajustaron; y no tiene fundamento en esos contratos ni en disposición legal alguna, como gratuitamente afirma el motivo séptimo, que desde el

momento de la corta quedaba la leña de la propiedad y a cargo de la Compañía Industrial Harino Panadera, y sin que hasta la retirada de las gavillas tuviera obligación de pagarlas, según el contrato de 9 de diciembre de 1942, por lo que no lo incumplió, ni incurrió en mora, ni es de estimar ese motivo sexto ni tampoco los séptimo y octavo del recurso, que se refieren a la indemnización de daños y perjuicios derivados únicamente de esos supuestos incumplimiento y mora.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 FEBRERO 1949

Competencia—lugar del cumplimiento de la obligación—valor probatorio del conocimiento de embarque.

Ejercitada por el vendedor, industrial con establecimiento abierto en la demarcación del Juzgado, la acción para el pago de mercancías vendidas y embarcadas en el puerto de su misma residencia por cuenta del comprador, según consta del conocimiento de embarque, que a efectos de la competencia constituye un principio de prueba, y, por tanto, el lugar del cumplimiento de la obligación que se reclama de pago es el lugar donde se entregó la cosa vendida, sin que a ello se oponga el hecho de que siguiendo prácticas anteriores se anunciase el cobro por letra de cambio, pues repetidamente ha declarado la jurisprudencia que ese medio de cobro no constituye más que una facilidad para llevarlo a efecto y no altera la competencia ni la naturaleza de la obligación. ..

SENTENCIA 15 FEBRERO 1949 (1)

Simulación de contratos—recurso de casación—error en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—El padre de la demandada contrajo segundas nupcias con la demandante, a la que había prometido en dote una cantidad que no se hizo efectiva. A fin de pagársela, y previa la renuncia a favor de la demandada, hija de su primer matrimonio, de su parte en la herencia de su primera mujer, permutó con dicha hija la nuda propiedad de una finca por el usufructo vitalicio de otra, procedente de la herencia renunciada; en su testamento, otorgado años más tarde, declaró que la cesión de las fincas a su hija había sido hecha con la condición de que pagase a su segunda mujer el importe de la dote. Como no lo había hecho, ordenaba que se entregase a dicha segunda mujer la primera de las fincas citadas. Muerto el testador, su segunda mujer pidió se declarara la nulidad de la renuncia y de la permuta. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó en parte esta sentencia y declaró nula sólo la permuta. La demandante interpuso recurso de casación.

(1) Los considerandos de esta sentencia no permiten extraer doctrina susceptible de una cierta generalización, manteniéndose sus razonamientos estrechamente ligados a los datos de hecho del caso planteado. No obstante, por el interés de éste, hemos creído conveniente dar un extracto del mismo y de la solución que da el T. S.

El Tribunal Supremo casa la sentencia, declarando nulas la permuta y la renuncia, por ser ambas simuladas, ya que ésta era antecedente necesario de aquélla. Pero en su segunda sentencia, el Tribunal Supremo ordena que la casa pase a la herencia del testador y no, como pretendía la recurrente, que se considere transmitida a ella; el Tribunal Supremo se funda en que no se dan los supuestos del derecho de acrecer ni de la sustitución.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1949

Apelación—amplitud del conocimiento del Tribunal “ad quem”.

Apelada la sentencia de primera instancia, no llega a ser firme, y el Tribunal puede dar a los supuestos de hecho distinta calificación jurídica que la sentencia apelada.

ANTECEDENTES.—En 1944, el dueño de un ladrillar lo arrienda con enseres y utensilios, por dos años, obligándose a “no arrendarlo a otra persona si los arrendatarios quieren seguir”. En abril de 1946 solicita el desahucio por haber pasado los dos años y desear volver él a la explotación. Los demandados afirman que, por tratarse de arrendamiento de industria, no procede el juicio de desahucio, sino un declarativo; formularon también su oposición a la demanda para el caso de que no prosperase la excepción. El Juez declaró que el arrendamiento era de local y que no había lugar al desahucio. Apeló el demandante, y pendientes los autos ante la Audiencia, se suspendió el procedimiento por la disposición transitoria 16 de la Ley de 31 de diciembre de 1946; hecha la acomodación a las nuevas normas, la Audiencia dicta auto de 10 de junio de 1947, declarando que la cuestión no es de las sometidas a la L. A. U., y sigue sometida, por tanto, al procedimiento ordinario. El demandante y apelante recurre en casación por el siguiente

MOTIVO.—Al amparo del artículo 1.692, número 1.º de la L. E. C.: infracción de los artículos 1.º y 4.º de la L. A. U., por no aplicación y aplicación indebida, respectivamente, “porque la única verdad jurídicamente existente” es que se trata de arrendamiento de local.

CONSIDERANDO: Que fundándose el presente recurso de casación en que la única afirmación jurídica que hay en estos autos era la sentada en la sentencia del Juzgado de que el arrendamiento objeto del desahucio era de un local adecuado para hacer ladrillos, con aplicación de la legislación especial, que no admite como causa de desahucio la terminación del plazo concertado, cae por su base con sólo considerar que dicha sentencia no llegó a ser firme por la apelación interpuesta y admitida al actor, que dió lugar a que la Audiencia contradijera dicha afirmación, sentando la suya de que el arrendamiento era de industria en actividad, rigiéndose por la legislación común.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 FEBRERO 1949

Compraventa—arras—facultades de los contratantes.

La intervención de arras en una compraventa no supone necesariamente que los contratantes tengan facultad de desligarse unilateralmente, según reiteradas sentencias.

Compraventa—arras—obligaciones del vendedor.

Cuando el vendedor que optó por desligarse no se allanó a devolver las arras duplicadas antes ni durante el juicio, ni lo solicitó por reconvencción ni de otro modo, es inaplicable el artículo 1.454 del Código civil.

Compraventa—arras y pena convencional.

No puede identificarse con las arras penitenciales, que implican una facultad de separarse del contrato la pena convencional, cuya finalidad es distinta, según los artículos 1.152 y 1.153 del Código civil.

Casación—desestimación—motivos.

Las causas en que puede fundarse la inadmisión son también pertinentes para la desestimación.

Sentencias—congruencia.

La incongruencia ha de apreciarse en relación con los términos de planteamiento de la cuestión litigiosa.

Apelación—amplitud del conocimiento.

Pueden las Audiencias, al conocer de la apelación, resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, en cuanto la sentencia del Tribunal inferior no haya sido consentida por las partes en alguno de los extremos objeto del debate.

Casación—motivos—incongruencia.

Es ajena al problema de la congruencia y no puede plantearse en casación al amparo del artículo 1.692, número 2.º, la cuestión de si es de la competencia del Tribunal de alzada o del de primera instancia apreciar la posibilidad o imposibilidad de cumplir los pronunciamientos del fallo.

ANTECEDENTES.—Los copropietarios de una finca prometieron a don B. A. C. la venta de ésta; en documento privado de 3 de abril de 1940 declaran haber recibido 25.000 pesetas "como señal y a cuenta de la venta", y en 26 de abril se redacta otro documento privado en que ambas partes se comprometen a la venta, en cuanto tengan en regla la titulación de la finca, señalando precio, a cuenta del cual y como arras les ha sido entregada a los propietarios la suma antedicha y aceptando

los efectos del artículo 1.454 del Código civil. Don B. A. C solicita en juicio declarativo el otorgamiento de escritura de compraventa, indemnización de daños ó 50.000 pesetas. (Uno de los demandados compró a los demás sus cuotas, vendió una parte de la finca e hipotecó el resto, durante el proceso.) El Juez estimó la demanda y condenó al otorgamiento de escritura. La Audiencia, "por no ser posible el otorgamiento", condenó a indemnizar. El demandante solicitó que se adicionase la sentencia en el sentido de referirse exclusivamente al trozo segregado y se mantuviese la obligación de vender el resto, petición que declaró improcedente un auto de la Sala. Contra la sentencia se interponen dos recursos de casación por infracción de ley.

MOTIVOS.—A) Recurso de los demandados apelantes:

Primero. Artículo 1.692, número 1.º: violación del artículo 1.454 del Código civil.

Segundo. Artículo 1.692, número 2.º: error de hecho resultante de documentos privados reconocidos.

Tercero. Artículo 1.692, número 1.º: aplicación indebida del artículo 1.451 del Código civil.

Cuarto. Artículo 1.692, número 1.º: violación del artículo 1.152 del Código civil, al desconocerse el carácter penal de las arras penitenciales.

Quinto. Artículo 1.692, número 2.º: infracción del artículo 359 de la L. E. C.; incongruencia, porque la cuestión litigiosa es la de si existe una promesa rescindible o no y porque no se dan las bases de liquidación de la condena.

B) Recurso del demandante y apelado:

Primero. Artículo 1.692, números 1.º y 2.º: infracción del artículo 359 de la L. E. C., en relación con el 926; porque estimada una pretensión alternativa de la demanda y consentido el fallo por el demandante, no puede la Audiencia revocarlo para estimar otra alternativa de la demanda.

Segundo. Artículo 1.692, números 1.º, 2.º y 7.º: infracción del artículo 1.451 del Código civil, en relación con los artículos 17, 38, 41, 23 y 27 de la Ley Hipotecaria, y error de hecho con infracción de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, ya que la venta es posible en relación con la mayor parte de la finca.

CONSIDERANDO: En relación con el recurso interpuesto por don José Díaz Cifuentes y consortes, que *si bien la intervención de arras en el contrato de compraventa puede constituir para cada uno de los contratantes un medio lícito de desligarse del vínculo obligatorio sin auencia del otro, no cabe entender que el objeto de la entrega de aquéllas sea siempre el que acaba de indicarse y así lo ha establecido esta Sala en reiteradas sentencias, tales como las de 11 de octubre de 1927, 8 de julio de 1933 y 5 de junio de 1945*; pero aun llegando a admitir, como el recurrente pretende, que en el caso del litigio hubiese sido tal finalidad la determinante de la entrega de arras, es lo cierto que los demandados no se allanaron a devolverlas duplicadas, según terminantemente declara el Tribunal *a quo*; y ante esta declaración de hecho, no impugnada en el recurso, desaparece la base en que se apoyan los motivos primero, tercero y cuarto del mismo y se impone su desestimación porque, como también estableció esta Sala en sentencia de 6 de julio de 1912, cuando el vendedor que optó por desligarse del contrato no se allanó a devolver las arras duplicadas ni antes de la interpelación judicial ni después de ésta, ni lo solicitó tampoco por vía de reconvencción ni en ninguna otra

forma, es inaplicable el artículo 1.454 del Código civil, siguiéndose en consecuencia que no cabe apreciar en el fallo recurrido la infracción de dicho precepto; como tampoco la de los artículos 1.451 y 1.152 del mismo Código, porque las arras penitenciales, dado su objeto, no pueden estimarse identificadas con la pena convencional, bastando para llegar a esta conclusión tener en cuenta que así como a tenor del repetido artículo 1.454 la intervención de arras penitenciales implica una facultad de separarse del contrato, allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas, la finalidad de la pena convencional es distinta, según claramente aparece del texto de los artículos 1.152 y 1.153 del citado Cuerpo legal e hizo notar ya esta Sala en su sentencia de 28 de diciembre de 1946.

CONSIDERANDO: Que el problema suscitado en el motivo segundo del mismo recurso es el de la fijación del sentido y alcance que las partes quisieron conceder a la intervención de arras al referirse a ellas en los documentos de 3 y 26 de abril de 1940; y como tal problema se concreta pura y simplemente a la interpretación de dichos documentos y no aparece planteado, como sería preciso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, este defecto impone por sí solo la desestimación de dicho motivo, en aplicación de la doctrina según la cual *las causas en que puede fundarse la inadmisión de un recurso son también pertinentes para desestimarlo al decidir en el fondo.*

CONSIDERANDO: En cuanto al motivo quinto de los invocados en el mismo recurso, que como igualmente ha declarado una reiterada jurisprudencia de esta Sala, haciendo aplicación del artículo 359 de la Ley procesal, *la incongruencia ha de apreciarse en relación con los términos de planteamiento de la cuestión litigiosa:* y solicitada por el actor la condena de los demandados a otorgar escritura de venta de la finca y, subsidiariamente para el caso de no ser esto posible, que se les condenase al pago de los daños y perjuicios o, si tampoco hubiese lugar a tal petición, que fuesen condenados aquéllos a entregar la cantidad de 50.000 pesetas, importe duplicado de las arras, más el interés legal de dicha suma a partir de la interposición de la demanda, aparece de los autos que en su escrito de contestación los demandados se limitaron a solicitar la desestimación de las tres indicadas pretensiones, sin que en el suplico del escrito de réplica ni en el de dúplica se modificasen en lo más mínimo por los litigantes los términos de la contienda planteada en los anteriores; de donde se sigue con toda evidencia que al condenar el Tribunal de instancia a los demandados a indemnizar daños y perjuicios, fundándose en los hechos alegados y acogiendo una de las peticiones subsidiariamente formuladas por el actor, no cabe tachar de incongruente el fallo ni puede prevalecer, por tanto, el motivo de que se trata; y no solicitada en instancia por los litigantes la fijación de bases para practicar la liquidación de los daños ni el señalamiento del importe del terreno ni el de la cantidad a pagar por cada uno de los demandados, es manifiesto que el defecto que pueda significar la omisión en el fallo de pronunciamientos concernientes a tales extremos no cons-

tituye en el presente caso un vicio denunciado al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la antes citada Ley procesal.

CONSIDERANDO: Respecto al primer motivo del recurso interpuesto por don Benigno Alonso, que, *como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, pueden las Audiencias, al conocer de la apelación, resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, en cuanto la sentencia del Tribunal inferior no haya sido consentida por las partes en alguno de los extremos objeto de debate*; y al no darse este supuesto en el caso del presente litigio, es evidente que acogida en el fallo de apelación una de las peticiones formuladas en la demanda con carácter subsidiario—la de indemnización de daños y perjuicios—no cabe admitir que por ser ésta diferente de la aceptada por el Juzgado, incide el fallo recurrido en incongruencia; debiendo tenerse en cuenta además, y bajo otro aspecto, que *sobre la base del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil no puede plantearse la cuestión de si es de la competencia del Tribunal de alzada o del de primera instancia apreciar la posibilidad o imposibilidad de cumplir los pronunciamientos del fallo, ya que tal cuestión es ajena al problema de congruencia.*

CONSIDERANDO: Con relación al segundo motivo del mismo recurso, que si bien al evacuar el traslado de réplica alegó el actor, ahora recurrente, la existencia de las escrituras de compraventa e hipoteca otorgadas en 30 de marzo de 1943, es lo cierto que en el correspondiente escrito no adicionó ni modificó—como pudo hacerlo con arreglo al artículo 548 de la Ley procesal—las peticiones deducidas en su demanda, en la que se había concretado a solicitar la condena al otorgamiento de escritura de venta de una finca señalada con determinación de sus linderos, subsidiariamente al pago de los daños y perjuicios y, en último término, al abono del importe duplicado de las arras con sus intereses; y al sostener ahora el citado motivo segundo que la Sala sentenciadora debió condenar a los demandados a otorgar escritura de venta de parte de dicha finca por haber sido enajenada la otra parte a favor de un tercero, viene a plantear así una cuestión no debatida en el pleito y que, dado el texto del tantas veces citado artículo 359 de la repetida Ley, no podía decidir el fallo de instancia por no haber sido suscitada en el debido momento procesal; de donde claramente aparece que faltan términos hábiles para apreciar que la sentencia recurrida, al condenar al pago de una indemnización de daños y perjuicios, incide en error de hecho y de derecho e infringe los preceptos legales cuya vulneración acusa el citado motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 FEBRERO 1949

Arrendamiento urbano—local de negocio—obra ruinosa—negación de prórroga—demolición del inmueble.

Para que prospere la acción ejercitada al amparo de la causa segunda de excepción a la prórroga del artículo 76 es preciso que el gobernador civil de la provincia autorice la demolición del inmueble.

Arrendamientos urbanos—local de negocio—obra ruinosa—negación de prórroga—prueba documental.

Si no existe prueba documental no hay motivo suficiente para demostrar el manifiesto error en la apreciación de la prueba cometida por el juez, como decía la causa cuarta del artículo 169 de la L. A. U.

ANTECEDENTES.—E. C. T. arrendó, para instalación de industria y vivienda, la planta baja de un edificio propiedad de doña A. M. M., y que por estar en estado ruinoso pensaba proceder al derribo para levantar una casa nueva. E. C. T. se negó a desalojar el cuarto, deseando le fuese concedida una prórroga. Presentada demanda, el Juez de Primera Instancia declaró que doña A. M. M. tenía derecho a denegar la prórroga. En contra de dicha sentencia E. C. T. interpuso recurso de injusticia notoria, que se basa en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de los artículos 60, 61 y 62 del Código civil, así como indebida apreciación de la prueba practicada. Segundo. Amparo en los números 2.º y 3.º del artículo 169 de la L. A. U., por infracción del artículo 151 y disposición transitoria 18.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que en el acta notarial de requerimiento, otorgada en Valencia el 7 de octubre de 1947, se hace constar que doña Amelia Marzal Martí comparece asistida de su esposo, don Eduardo Llorca Puchón y con licencia del mismo, firmando ambos dicho documento, también lo es que el juzgador de instancia, teniendo en cuenta diversos elementos de prueba que el juicio ofrece, llega a la conclusión de que dicha señora es soltera, y contra esta manifestación no puede oponerse la afirmación de los comparecientes en el acta expresada de ser esposos, porque su estado de matrimonio sólo hubiera quedado debidamente justificado, conforme a los artículos 53, 54, 55 y 327 del Código civil por el acta correspondiente del Registro civil o, en su defecto, por los medios de prueba establecidos en dichos preceptos; pero no existiendo en los autos prueba documental alguna suficiente para demostrar el matrimonio de la recurrente y consiguientemente el manifiesto error en la apreciación de la prueba cometida por el Juez *a quo*, como exige la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es vista la improcedencia del recurso por dicha causa y como consecuencia de ello también resulta improcedente por la causa tercera del mismo artículo, porque desde el momento en que se declara que la citada demandante no tiene la condición de casada no le pueden ser aplicables los artículos 60, 61 y 62 del Código civil, que el recurrente cita como infringidos y que se refieren a la capacidad de la mujer casada, ni el 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil en sus números 2.º y 3.º, ya que la demandante, por su carácter de soltera, ni carece de las calidades necesarias para comparecer en juicio ni, por lo mismo, es insuficiente

o ilegal el poder dado por ella a su procurador, por todo lo cual debe de ser desestimado el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el artículo 115 de la Ley de Arrendamientos urbanos dispone que no prosperará la acción ejercida al amparo de la causa segunda de excepción a la prórroga del artículo 76 si el Gobernador civil de la provincia no autoriza la demolición del inmueble, sin que esta autorización, cuando la conceda, prejuzgue la procedencia de aquélla, y en el caso presente tal autorización fué concedida, si bien subordinándola a la condición de que el propietario ofreciera a los inquilinos del inmueble objeto del derribo las viviendas que había indicado y que se citaban en la expresada autorización, la cual exigía también que si alguno de dichos inquilinos rehusara, se justificara mediante requerimiento notarial que habría de practicarse al efecto, y en relación con el cumplimiento de dicha condición, la sentencia recurrida declara: a) que se ha acreditado debidamente que tales ofrecimientos fueron hechos; b) que las viviendas ofrecidas estaban desocupadas; c) que reunían las debidas condiciones, afirmaciones de hecho que únicamente cabría impugnar demostrando mediante prueba documental o pericial obrante en autos el manifiesto error cometido por el Juez sentenciador al establecer aquellas afirmaciones, demostración que no se ha realizado, porque si bien en la certificación del Secretario del Ayuntamiento de Valencia, que el recurrente invoca, se afirma que en el fichero de traslados de domicilio existente en el negociado de estadística no consta que desde principios del año 1947 hasta la fecha de la certificación—18 de diciembre del mismo año—se hayan desocupado los pisos bajos a que dicha certificación se refiere y que fueron los ofrecidos por el propietario al arrendatario recurrente, esto no es bastante para desvirtuar la declaración de la sentencia de que tales pisos estaban desocupados, ya que, no obstante estarlo, puede no haber la debida constancia de ello en las oficinas municipales por no haber dado el propietario cuenta de tal circunstancia, o por otra causa, y por esta razón no puede deducirse de tal documento el manifiesto error en la apreciación de la prueba a que alude la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos urbanos, y en cuanto a no reunir dichos pisos condiciones de viviendas, esta afirmación del recurrente no resulta de ninguna prueba documental o pericial demostrativa del manifiesto error de lo declarado en la sentencia sobre este extremo, y esto establecido, resulta justificado que la condición exigida por la autorización dada por el Gobernador civil de la provincia fué cumplida y otorgada, por lo tanto, tal autorización en la forma prevenida en el artículo 115 de la Ley de Arrendamientos urbanos, que no resulta infringido por la sentencia, así como tampoco la disposición transitoria 18, que no es aplicable al caso por referirse a la facultad circunstancialmente atribuida a los Gobernadores civiles para autorizar aquellas obras que, aunque no impliquen la demolición de la finca y se encaminen a aumentar el número de viviendas con que la misma cuenta, sean de tal entidad que obliguen a desalojarla a los inquilinos que la

habiten, procediendo por todo lo expuesto la desestimación del segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 FEBRERO 1949

Arrendamiento urbano—local dedicado a ejercicio de profesión colegiada—desahucio—incompetencia del Juez Municipal.

La Ley de Arrendamientos urbanos no ha negado validez a los juicios tramitados por los Tribunales competentes conforme a la legislación anterior.

Arrendamiento urbano—local dedicado a ejercicio de profesión colegiada—desahucio—disposición transitoria 16.

La Ley de Arrendamientos urbanos ha dictado suspensión de los respectivos procedimientos, otorgando a las partes un plazo para acomodar sus pretensiones a las normas procesales en dicha Ley establecidas.

Arrendamientos urbanos—local dedicado a ejercicio de profesión colegiada—desahucio—quebrantamiento de forma.

Ni la falta de bastanteo en el poder presentado por un procurador, ni la falta de firma del letrado en el escrito en que el procurador evacua el trámite que se le confiere para acomodar sus pretensiones a las normas procesales de la nueva Ley constituyen quebrantamiento de formas esenciales del juicio que pongan al recurrente en estado de indefensión.

Arrendamientos urbanos—local dedicado a ejercicio de profesión colegiada—desahucio—quebrantamiento de forma.

Sólo los juzgadores que han intervenido en la vista son los que pueden hacerlo en la sentencia.

ANTECEDENTES.—Ante el Juzgado Municipal, doña C. M. M. interpuso denuncia de desahucio contra L. M. S., para que dejara libre y a su disposición, y para ocuparlo por carecer de vivienda, un piso que le tenía arrendado y en el que tenía instalada una agencia de seguros. Dicho Juzgado condenó a la demandada a que abandonase el piso, sentencia que confirmó el Juzgado de Primera Instancia. Contra esta resolución interpuso recurso de injusticia notoria, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de lo preceptuado en el artículo 163 de la L. A. U., en relación con el párrafo segundo del artículo 1.585 de la L. E. C.

Segundo. Infracción del artículo 3.º de la L. E. C. y del artículo 162 de la L. A. U.

Tercero. Incumplimiento de la disposición transitoria 17.

Cuarto. Infracción de lo preceptuado en el apartado a) del artículo 160 de la L. A. U., que excepciona de la competencia de los Juzgados Municipales las cuestiones que afectan a viviendas dedicadas, entre otras finalidades, a oficinas.

CONSIDERANDO: Que uno de los fundamentos del recurso es la incompetencia del Juez Municipal para conocer del juicio, por entender el recurrente que teniendo establecida en la vivienda objeto del desahucio una agencia de seguros, no corresponde a dicho Juez la competencia, con arreglo a lo preceptuado en el apartado a) del artículo 160 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que excluye del conocimiento de los Jueces Municipales las cuestiones que afecten a vivienda en la cual el inquilino o el subarrendatario que deba ser parte de la litis ejerza profesión colegiada por la que se satisfaga contribución o a locales destinados a los escritorios u oficinas y almacenes, que, según lo dispuesto en el artículo 10, merecen la conceptualización de viviendas; pero aunque en la ley expresada se contenga tal disposición, hay que tener en cuenta que el juicio origen de este recurso se inició por demanda presentada el 7 de junio de 1943, y la celebración de la vista de la apelación tuvo efecto el 28 de octubre del mismo año, en cuya fecha quedó en suspenso, es decir, que la tramitación del juicio se realizó bajo el imperio del Decreto de 29 de diciembre de 1931, cuyo artículo 14 atribuye la competencia para conocer de los juicios de desahucio a los Jueces Municipales, *y como la Ley de Arrendamientos urbanos no ha negado validez a los juicios tramitados por los Tribunales competentes conforme a la legislación anterior, y únicamente ha decretado por la décimasexta de sus disposiciones transitorias la suspensión de los respectivos procedimientos, otorgando a las partes un plazo para acomodar sus pretensiones a las normas procesales en dicha Ley establecidas*, es visto que no procede la aplicación al caso del artículo 160, apartado a) de la repetida Ley, que el recurrente reputa infringido, y procede desestimar el motivo del recurso señalado en el número cuarto.

CONSIDERANDO: *Que también procede desestimar el segundo motivo, porque ni la falta de firma de bastanteo en el poder presentado por el procurador don J. L., ni la falta de firma del letrado en el escrito que dicho procurador evacuó el trámite que se le confirmó para acomodar sus pretensiones a las normas procesales de la nueva Ley, constituyen quebrantamientos de formas esenciales del juicio que pongan al recurrente en estado de indefensión, como el artículo 172 de la expresada Ley exige para la estimación del recurso; pero aun en el supuesto de que lo constituyeran, hubiera sido necesario para tal estimación que se hubiera pedido la subsanación de la falta en la segunda instancia, como pudo hacerse, y donde, caso de existir, hubiera sido cometida, por exigirlo así el artículo 1.752, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicable como subsidiaria en materia de procedimiento, por lo dispuesto en el artículo 179 de la de Arrendamientos urbanos.*

CONSIDERANDO: Que iniciado el juicio por la demanda presentada ante el Juez Municipal y tramitada la segunda instancia del mismo conforme

al artículo 28 de la Ley de 5 de agosto de 1907, se señaló día para la vista, cuya celebración tuvo efecto el 28 de octubre de 1943 ante el Juez que en esta fecha regentaba el Juzgado; pero habiéndose suspendido en la propia fecha y antes de dictarse sentencia el juicio, en cumplimiento de una carta-orden de la superioridad, y habiendo continuado tal suspensión por virtud de las disposiciones que así lo establecieron respecto a los juicios de desahucio hasta la publicación de la Ley de Arrendamientos urbanos, cuando tal suspensión se alzó, el Juez que desempeñaba el Juzgado y, por lo tanto, el que había de dictar sentencia era distinto del que intervino en la vista, por lo que se imponía la celebración de nueva vista, para que en ella el Juez, oyendo a las partes, hubiera reunido los elementos de información a que dicha diligencia responde antes de dictar sentencia, cuya resolución exige la instrucción completa de los autos, y por eso sólo los juzgadores que han intervenido en la vista son los que pueden hacerlo en la sentencia, pero no otros distintos, a cuyo principio responden los artículos 329, 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero como en el caso presente el Juez dictó la sentencia sin haber estado presente en la vista, es evidente que al hacerlo incurrió en el quebrantamiento de una formalidad esencial del juicio que produjo la indefensión del recurrente, por lo que deba ser estimado el primer motivo del recurso de conformidad con lo prevenido en el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos urbanos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 28 FEBRERO 1949

Apelación—amplitud del conocimiento del Tribunal “ad quem”.

La conformidad con la sentencia de la parte perjudicada con la desestimación de una reconvencción excluye a ésta de su conocimiento en segunda instancia.

Sentencias—absolución tácita.

El fallo absuelve de todas las peticiones para las que no hace pronunciamiento condenatorio.

Casación por infracción de Ley—motivos.

No puede basarse un recurso en la inexactitud de las apreciaciones del Tribunal inferior, ya que el recurso no se da contra los Considerandos, a menos que, al destruirse, no pueda ser mantenido el fallo.

Casación por infracción de Ley: cuestiones nuevas.

Las cuestiones no propuestas en los escritos fundamentales del juicio no tienen acceso en casación, según constante jurisprudencia.

CONSIDERANDO: Que al revocar la Sala de instancia el fallo de la sentencia apelada en lo que del de aquélla difería, confirmándole en lo con él coincidente, sin hacer, en cuanto al fondo del asunto, otro pronunciamiento que el absolutorio de la demanda para todos los demandados, bien se ha de entender que aunque de manera expresa nada se pronunciasse respecto a la reconvencción deducida por alguno de aquéllos y desestimada en la sentencia del Juez, consentida por los reconvinientes, quedó de la misma absuelto el actor, tanto porque la conformidad de la parte a quien su desestimación perjudicaba la dejó excluida de los extremos sobre los que había de versar la apelación interpuesta por la contraria, como porque, según tiene ya declarado esta Sala, ha de entenderse que el fallo absuelve de todas las peticiones para las que no hace pronunciamiento condenatorio; y si a lo que antecede se agrega que las infracciones legales que en los recursos de casación se aleguen han de tender a demostrar que al incidirse en ellas quedó resuelto en perjuicio del propio recurrente un punto litigioso, lo que no acontece, cuanto no es estimada la reconvencción que se haya formulado contra él, ha de concluirse que carece de viabilidad el primero de los motivos que comprende el recurso presente, en el que al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se acusa al fallo recurrido de incongruente, con cita del artículo 359 de aquella Ley, por no haber absuelto o condenado al actor de la reconvencción, que afirma, con manifiesta inexactitud, que fué mantenida por el demandado que la produjo, en la segunda instancia del juicio, siendo lo cierto que si aquél se adhirió a la apelación de la sentencia recaído en la primera instancia lo hizo concreta y limitadamente en lo relativo a las costas.

CONSIDERANDO: Que concertado en 1.º de junio de 1935 por don R. T. B. con don J., doña F. y don J. P. H., como herederos de don J. P. F., el arrendamiento a aquél de unas naves de la casa número 21 de la calle de Nicolás Pastor, de Valencia, pertenecientes a la herencia, a la sazón indivisa, del causante, con estipulación de que en el caso de vender la finca habían de avisar los propietarios de ella al arrendatario dicho por medio de carta para que por el mismo precio de las ofertas en firme pudiera ser comprador, en cuyo caso lo habría de manifestar en el término de quince días, formalizando el correspondiente compromiso de compraventa, fué el inmueble vendido a don M. G. R. en escritura pública que otorgaron el 21 de febrero de 1941, además de los arrendadores que antes se nombran, doña A. y don J. P. A. y don J. y doña P. M. P., nietos estos cuatro de don J. P. F., a quienes con aquéllos, y como también herederos de este causante había sido adjudicada en proindiviso en la escritura particional de los bienes de la herencia, protocolizada el 13 de noviembre de 1935.

CONSIDERANDO: Que con alegación de este hecho de la venta del inmueble sin que los herederos arrendadores le hubiesen dado el aviso estipulado en el contrato de arrendamiento, e invocando lo en éste convenido y su incumplimiento, como causa de pedir, dirigió don R. T. B. la demanda inicial del pleito contra todos los herederos del don J. P. F. y

otorgantes de la escritura de venta de la finca y contra el comprador de la misma, con la expresa finalidad de obtener que se les condenase a ponerle de manifiesto todos los documentos y pactos de la enajenación, para que él pudiera manifestar dentro del plazo de quince días si se constituía o no en comprador, formalizándose, en caso afirmativo, la compraventa, quedando nulas y sin efecto legal alguno las escrituras que hubiesen mediado, peticiones que han quedado desestimadas por la Sala de instancia al absolver de la demanda a todos los demandados, con el sustancial fundamento de estimar la invalidez e ineficacia de la cláusula contractual discutida por haber contraído la obligación concertada en ella sólo algunos de los propietarios del inmueble, del que aparecía probado que eran también condueños los demandados nietos del causante.

CONSIDERANDO: Que lo que se acaba de concretar hace desestimable el segundo de los motivos del recurso, en el que, acogiéndose al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa a la sentencia recurrida de infractora por inaplicación de los artículos 1.091 y 1.278 del Código civil, porque al no conceder la Sala de instancia a la cláusula invocada por el actor eficacia amparadora de lo pretendido en la demanda no desconoció la fuerza de Ley que tienen los contratos entre las partes contratantes ni que los mismos son obligatorios para ellas, sino que a tales preceptos se ajustó al resolver como lo hizo, no reconociendo al contrato fuerza y obligatoriedad para quienes siendo condueños de la finca objeto del mismo no fueron parte en él; y *nada pueden significar en sentido útil para sustentar el motivo, ni el grado de acierto o de inexactitud que quepa advertir en los términos con que la Sala razona sus apreciaciones, ya que el recurso de casación no se da contra los Considerandos, a menos de que al destruirse el fallo no pueda ser mantenido*, ni que el recurrente, abandonando la amplitud de lo pretendido en la demanda, reduzca su impugnación al solo extremo de no haberse hecho el pronunciamiento relativo a la obligación personal de quienes suscribieron el contrato de darle el aviso de las ofertas de compra que se les hicieron, porque tan unida se advierte esta petición con la del derecho a optar por constituirse en comprador, que la inexistencia de este derecho tenía que hacer innecesario y desprovisto de finalidad el expresado aviso.

CONSIDERANDO: Que de igual modo es desestimable el tercer motivo, en el que, amparado en el mismo número y artículo de la Ley procesal que el anterior, se citan como infringidos los artículos 155, 164 y 165 del Código civil, por falta de aplicación, porque si conforme a ellos, y como expresamente lo reconoce el motivo, la representación de los hijos menores que el primero de aquellos preceptos confiere a los padres, no sólo en juicio, sino fuera de él, exige la autoridad judicial para que tengan validez los actos de enajenación y gravamen de sus bienes inmuebles, y que se les nombre a los no emancipados un defensor que los represente para los asuntos en que los padres tengan interés opuesto a sus hijos, no existe posibilidad de entender que haya incurrido en in-

fracción de los artículos citados la sentencia recurrida ante la apreciación que en ella se hace fundamentalmente de que en el contrato de 1.º de junio de 1935 sus otorgantes actuaron en nombre propio y no en representación de los menores después demandados.

CONSIDERANDO: Que no es tampoco atendible el cuarto motivo, comprendido por el recurrente en el número 7.º del propio artículo 1.692 de la Ley rituarial y en el que se denuncia un error de hecho en la apreciación de la prueba: haciéndolo consistir, con cita en calidad de documentos auténticos del testamento de don J. P. F. y de la escritura particional de sus bienes, en que, según éstos, los únicos interesados en la herencia y propietarios del inmueble eran don J., doña F. y don J. P. H., don J. y doña A. P. A. y don J. y doña P. M. P., todos los cuales intervinieron, personalmente o en virtud de la representación ostentada por sus padres, en la prestación del consentimiento y formalización del contrato generador de las obligaciones discutidas, según lo demostraba este contrato, lo que hacía evidente, a su entender, el aludido error del juzgador de instancia, al estimar que las obligaciones sólo fueron contraídas por algunos de los interesados; pero basta tener en cuenta que conforme a lo ya considerado los condueños del inmueble menores de edad no estuvieron representados por sus padres en el contrato referido, sino que éstos lo suscribieron en su exclusivo nombre, para que lo que en el motivo se aduce quede desprovisto de la base de que sustituyendo por la suya la apreciación de la Sala de instancia pretende derivar el recurrente el error que alega.

CONSIDERANDO: Que, de igual modo, no es posible admitir, para la casación que el recurrente pretende, que la Sala sentenciadora ha infringido por interpretación errónea y aplicación indebida los artículos 660, 661, 861, 885 del Código civil y la doctrina que cita en los que se fijan los conceptos de heredero y legatario, según se sustenta en el quinto y último de los motivos, formulado para el caso de que no se entendiera que los menores intervinieron representados por sus padres en el contrato de 1.º de junio de 1935, con alegación de que teniendo aquéllos el carácter de legatarios de parte alicuota sólo los instituidos herederos representaban a la herencia indivisa, sin que necesitaran contar con el asentimiento expreso de los cuatro nietos del testador para realizar actos y contratos relacionados con la herencia, porque manifiesta la improcedencia del motivo, y obliga a prescindir de cuanto pudiera razonarse en orden a la semejanza que jurídicamente cabría señalar en no pocos aspectos entre los derechos de los instituidos herederos y los legatarios designados para suceder en porción alicuota de los bienes del causante sin determinar en cuáles de éstos, la consideración de que *el problema que en él plantea el recurrente no ha sido propuesto en los escritos fundamentales del juicio, siendo, por ello, cuestión nueva que, como no debatida oportunamente, carece de acceso para ser resuelta en casación, conforme tiene declarado la constante jurisprudencia de esta Sala.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 MARZO 1949

Arrendamientos urbanos—modificación de destino—subarriendo—interpretación errónea de la disposición transitoria 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

La irretroactividad establecida en la disposición transitoria 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no se refiere a hechos jurídicos, determinantes de las causas de resolución, ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor.

ANTECEDENTES.—A. M. G., propietario de una casa, arrendó un piso de la misma vivienda de E. C. M., que estaba autorizado a subarrendarlo.

Por escritura pública adquirió la casa J. D. I. El arrendatario autoriza y consiente que D. G. G. establezca, anuncie y verifique en el piso operaciones de venta, cambiando el destino para que fué arrendado el piso.

J. D. I. demanda y el Juez municipal dicta sentencia estimando y declarando resuelto el contrato de arrendamiento. Apelada dicha sentencia, el Juez de primera instancia la confirma, por lo que los demandados interponen recurso por injusticia notoria, basándose en los siguientes

MOTIVOS.—Primer. Número 3.º del artículo 169 de la L. A. U.; infracción de la disposición transitoria 13, que dispone no son de efecto retroactivo los capítulos X y XI de dicha Ley, y por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 5.º, apartado b) del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Segundo. Causa 3.ª del artículo 169 de la L. A. U., en relación con los artículos 1.203 y 1.204 del C. c., sobre novación.

Tercero Causa número 4 del mismo artículo de la L. A. U., por error en la apreciación en la prueba documental.

CONSIDERANDO: Que la irretroactividad establecida por la disposición transitoria 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, respecto a las causas de resolución, significa que cuando los hechos determinantes de dichas causas se hayan realizado bajo el régimen de la legislación anterior se regirán por ella los derechos del que invoque la resolución por algunas de dichas causas, que, por ende, para ser eficaces al efecto en tal caso tendrían que tener el mismo carácter de causas de resolución en la anterior legislación.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 21 MARZO 1949

Arrendamientos urbanos—traspaso—local de negocio.

La legislación especial—Decreto de 21 de enero de 1936 y Decreto de 29 de diciembre de 1931—prohíbe el traspaso y el subarriendo de un local sin consentimiento del propietario.

Arrendamientos urbanos—disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—acomodación al nuevo procedimiento—nulidad de lo actuado.

La acomodación no determina la nulidad de lo actuado hasta haberla llevado a cabo.

Arrendamientos urbanos disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—competencia de la Audiencia.

Dictada la sentencia recurrida antes de haberse hecho, ni aun solicitado por las partes, la acomodación al nuevo procedimiento ordenado por la disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no hay razón alguna de incompetencia de la Audiencia que la dictó.

ANTECEDENTES.—J. F. M. tenía en arrendamiento un local perteneciente a los señores C. T. G. y E. S. R., habiéndolo alquilado aquél para el establecimiento de una carbonería. J. F. M. había traspasado su negocio de carbonería y subarrendado, en consecuencia, el local, sin permiso de los propietarios, que presentaron demanda de desahucio. El Juzgado declaró ser procedente el desahucio del local de autos. Contra dicha sentencia apeló el demandado ante la Audiencia Territorial, que falló a su favor. La representación de los apelados interpuso contra esta sentencia recurso de casación por infracción de Ley ante el Tribunal Supremo. El Ministerio Fiscal dictamina que dicho recurso no era admisible, toda vez que el que procedía era el de injusticia notoria, de acuerdo con las normas procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Acomodaron los demandantes sus pretensiones a la nueva Ley, transformando el recurso interpuesto en recurso por injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primer. Artículo 169 de la L. A. U.; incompetencia de jurisdicción por exceso en su ejercicio de la Audiencia Territorial, en virtud de lo que dispone el artículo 178 de la misma Ley.

Segundo. Número 3.º del artículo 169 de la L. A. U., por aplicación indebida del artículo 1.º de la Ley de Alquileres de 29 de diciembre de 1931 y del artículo 4.º del Decreto de 21 de enero de 1936, que establecen la prórroga obligatoria para los inquilinos o arrendatarios, pero no para los que han dejado de serlo.

Tercero. Número 3.º del artículo 169 de la L. A. U.; infracción por violación del artículo 1.257 del C. c.

Cuarto. Número 3.º del artículo 169 de la L. A. U.; infracción por violación del artículo 1.205 del C. c.

Quinto. Número 3.º del artículo 169 de la L. A. U., infracción por violación del artículo 1.124 del C. c.

Sexto. Al amparo del mismo número y artículo que los cuatro motivos anteriores; infracción por interpretación errónea del apartado d) del artículo 5.º del Decreto de Alquileres de 29 de diciembre de 1931 y del artículo 2.º, apartado c) del Decreto de 24 de enero de 1944.

CONSIDERANDO: Que la acomodación al nuevo procedimiento ordenado por la disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos requiere la actuación al efecto de las partes del pleito, por lo menos de una de ellas, sin que la acomodación determine la nulidad de lo actuado hasta haberla llevado a cabo, por lo que dictada la sentencia recurrida antes de haberse hecho, ni aun solicitado por las partes la aco-

modación, no hay razón alguna de incompetencia de la Audiencia que lo dictó, y así es improcedente el recurso por su primera causa.

CONSIDERANDO: Que establecido en la sentencia recurrida el traspaso del negocio explotado por el arrendatario en el local arrendado, traspaso efectuado sin derecho al mismo por otro anterior retribuido, ni consentimiento del arrendador, y que implica la sustitución del arrendatario en el goce o uso de dicho local por el cesionario, bien a título de subarriendo o de cesión, e invocado en la demanda como causas de resolución del arrendamiento, tanto la comprendida en el artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936—traspaso no consentido por el dueño del local—como en el apartado d) del 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931—subarriendo sin permiso del arrendador—, la sentencia recurrida, al estimar la existencia del traspaso no consentido y desestimar la demanda, infringe el precepto legal últimamente citado, causa del recurso, alegada como tal, en su número 4.º, que hace innecesario el examen de las alegadas en sus números 2.º y 3.º

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 28 MARZO 1949

Obligaciones a plazo: vencimiento y realización.

De acuerdo con la sección 2.ª del capítulo III del título I del L. IV del Código civil, deben distinguirse en el cumplimiento de las obligaciones, en el tiempo: el momento del "vencimiento", en que el acreedor puede exigir la prestación y el momento en que el crédito es "realizable", en que el deudor puede hacer efectiva la prestación (1.126 y 1.127).

Puede ocurrir que ambos momentos coincidan o que cualquiera de ellos sea anterior al otro, o porque vencida la obligación no sea realizable (caso excepcional), o porque sea realizable sin haber vencido.

Obligaciones a plazo: pérdida del derecho a utilizarlo el deudor.

La voluntad manifestada del deudor de reembolsar el capital de un préstamo antes del vencimiento contractual, hace surgir su exigibilidad por el acreedor.

Recurso de casación—admisión—requisitos: depósito.

Al computar la sentencia de apelación una cantidad en favor del demandado, que no lo había sido en primera instancia, no son conformes de toda conformidad.

ANTECEDENTES.—Se trata de la revisión del pago hecho en abril de 1938 por un prestatario al Banco Hipotecario, reembolsando por anticipado el capital de dos préstamos. El demandado aducía que se vió obligado a hacerlo porque al haberse quedado sin sus medios normales de vida por la situación, no podía atender al pago de los semestres; en vista de lo

cual se vió obligado a vender una casa y reembolsó el capital. El Juzgado especial de desbloqueo declaró el pago revisable. En apelación se confirmó la sentencia, agregando una partida de poca importancia. El demandado apelante recurre en casación.

MOTIVOS.—Todos al amparo del art. 1.692, 1.º, L. E. C.

Primero. Violación del artículo 1.090 del C. c., en relación con la Ley de creación del Banco Hipotecario; y 1.091, en relación con la cláusula 5.ª de las escrituras de préstamo hipotecario, que al permitir el reembolso anticipado anticipan el vencimiento de la obligación.

Segundo Interpretación errónea del artículo 1.115 del C. c., pues el reembolso no dependió de la exclusiva voluntad del deudor, sino de la necesidad.

Tercero. Violación de los artículos 1.131, 1.132, y 1.133 del C. c.: se trata de una obligación alternativa; al elegir el deudor la forma de reembolso anticipado y notificarlo, queda vencida.

Cuarto. Interpretación errónea del artículo 1.127 del C. c., al no admitir para la facultad de reembolsar la eficacia que el recurrente sostiene.

CONSIDERANDO: Que todos los motivos del recurso se argumentan sobre la confusión de dos momentos que, según se deduce de las disposiciones contenidas en la sección 1.ª, capítulo III, título I del libro IV del Código civil, deben distinguirse en el cumplimiento de una obligación, con relación al tiempo, que son: el de "vencimiento", o sea aquel en que el acreedor puede exigir la prestación o demandar su cumplimiento (artículo 1.125) y el momento en que el crédito es "realizable", es decir, aquel en que el deudor puede hacer efectiva la prestación (arts. 1.126 y 1.127).

CONSIDERANDO: Que en la relación de sucesión de esos momentos puede ocurrir: que coincidan en uno mismo, o que cualquiera de ellos sea anterior al otro, porque estando vencida la obligación, no sea realizable (caso excepcional) o porque sea realizable sin haber vencido, caso del pleito, según lo que se estima probado en la sentencia, conforme al contrato entre demandante y demandado, sin impugnación en el recurso.

CONSIDERANDO: Que las consecuencias convenidas de la manifestación del deudor de querer anticipar el pago, en uso de facultad otorgada en el contrato, no hacen variar la tesis expuesta, porque la exigibilidad del pago, a favor del acreedor, en tal supuesto, no nacería del vencimiento del plazo convenido para el cumplimiento de la obligación, sino de la propia y exclusiva voluntad de pagar, manifestada por el deudor y de su conducta posterior al no hacerlo, caso en el cual surgiría esa exigibilidad, como sanción del deudor y derecho contractual del acreedor, correspondiente al de aquél para anticipar el pago.

CONSIDERANDO: Que si, pues, el pago se realizó en período marxista, y, para enervar la acción de revisión, exige el artículo 40 de la Ley de 7 de diciembre de 1939 que el pagador contra el que se ejercite pruebe que el pago venció durante ese dominio, y no lo ha probado, sino que, por el contrario, según el contrato se ha probado que vencía posteriormente, es evidente que la sentencia que da lugar a la revisión no ha cometido ninguna de las infracciones legales alegadas como motivos del recurso, que no procede por ninguno de ellos.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida, con revocación en parte

de la de primera instancia, se computa a favor del demandado una cantidad, que no lo había sido en ésta, con lo que no resultan conformes de toda conformidad, y, por ende, era innecesario, según el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para intentar el recurso, el depósito de 1.000 pesetas hecho por el recurrente, e improcedente la condena a la pérdida del mismo, que, por el contrario, debe devolverse al depositante.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1949

Arrendamientos urbanos—subarriendo—profesión colegiada—competencia Jueces de primera instancia.

Corresponde a los Jueces de primera instancia el conocimiento de las cuestiones que afecten a una vivienda en la cual el inquilino o el subarrendatario que deba ser parte en la litis ejerza profesión colegiada, pero sólo cuando pagare la contribución correspondiente.

Arrendamientos urbanos—recurso injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba.

La causa 4.ª del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solamente se da cuando haya habido manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental o pericial que obra en los autos y no por la confesión judicial del actor.

AN ECEDENTES.—R. L. R. concertó con el administrador del inmueble propiedad de A. A. P. el arriendo de un piso para laboratorio de análisis. R. L. R. marchó a Méjico, dejando en subarriendo el piso, objeto del litigio, a favor de J. L. C., sin notificación alguna a la propiedad del inmueble.

Interpuesta demanda, el Juez municipal dictó sentencia dejando resuelto en contrato de arrendamiento. Admitida la apelación que contra la anterior sentencia interpusieron los demandados, fueron remitidos los autos al Juzgado de primera instancia, que confirmó la sentencia dictada por el Juez municipal. Preparado por la representación del apelante el recurso por injusticia notoria, fueron elevadas las actuaciones al Tribunal Supremo.

MOTIVOS.—Primeramente. Apartado a) del artículo 160 de la L. A. U., en relación con el 175 de la misma Ley.

Segundo. Número 3.º del artículo 169 de la L. A. U., por infracción de los artículos 160 y 175 de la misma Ley.

Tercero. Causa 4.ª del artículo 169 de la L. A. U., por error en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que por virtud de lo prevenido en los artículos 160 y 175 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, corresponde a los Jueces de primera instancia el conocimiento de las cuestiones que afecten a una vivienda en la cual el inquilino o subarrendatario que deba ser parte

en la litis ejerza profesión colegiada por la que satisfaga contribución, y como en el caso presente D. R. y D. J. L., demandados, el primero como arrendatario y el segundo como subarrendatario o cesionario del cuarto arrendado, si bien ejercían una profesión colegiada, ninguno de ellos satisfacía la contribución correspondiente ni se había dado de alta para el pago de la misma cuando la demanda se promovió, resulta evidente que no se habían cumplido los requisitos que el texto literal del citado artículo 160 exige para que el conocimiento del asunto quedara atribuído a los Jueces de primera instancia, y si bien es cierto que en 23 de junio de 1948 la Inspección de Hacienda de la provincia se constituyó en el cuarto arrendado, al objeto de girar inspección e hizo constar por medio de acta la existencia en dicho cuarto de un laboratorio de análisis, propiedad de D. R. L., quien venía trabajando desde primeros de noviembre de 1947 y no figuraba en matrícula, por lo que procedía darlo de alta a partir del cuarto trimestre de 1947, no es menos cierto que tal acto administrativo se realizó veintidós días después de haber sido presentada la demanda y carecía de virtualidad para alterar la situación jurídica en que las partes se encontraban en el momento de iniciarse el juicio, al cual hay que atender para apreciar si concurrían los requisitos exigidos por la Ley para que el asunto fuera de la competencia del Juez de primera instancia, y en dicho momento tales requisitos no se daban, por lo que procede la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se funda en la infracción del artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque deduciéndose de la confesión judicial del demandante, su consentimiento tácito a la cesión de la vivienda arrendada, no ha podido estimarse la acción fundada en dicha falta de consentimiento sin desconocer el valor probatorio que a la confesión debe atribuirse, pero prescindiendo de que de las contestaciones dadas por el demandante no cabe deducir tal consentimiento tácito, la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en que el recurrente ampara este motivo del recurso solamente se da cuando haya habido manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la documental o pericial que obra en los autos, y el recurrente no señala ningún documento ni dictamen pericial demostrativo del error que denuncia, sino la confesión judicial del actor, que no puede servir de base por lo expuesto a la estimación del error invocado, y por ello debe también ser desestimado el tercer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1949

Arrendamientos urbanos—local de negocios—calificación de subarriendo—
aplicación del Decreto de 21 de enero de 1936.

El Decreto de 21 de enero de 1936 es de aplicación a los litigios iniciados con anterioridad a la plena vigencia de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos.

Arrendamientos urbanos—local de negocio—calificación de subarriendo.

Los contratos son los que son, pese al nombre que le asignen las partes, y es a los Tribunales a quienes les incumbe calificarlos y determinar su naturaleza, conforme a la realidad de los hechos, los términos de lo estipulado y las pruebas practicadas.

Arrendamientos urbanos—local de negocio—calificación de subarriendo—incongruencia en el fallo.

En los recursos de injusticia notoria no son de estimar cuestiones no planteadas ni resueltas en la litis, porque tal estimación afecta a la incongruencia del fallo con lo solicitado.

ANTECEDENTES.—D. V. cedió en arrendamiento a J. M. J. una casa de su propiedad para explotar un restaurante por término de seis años, estableciendo en el contrato que si al arrendatario conviniera traspasar el negocio la propietaria aceptará y reconocerá como inquilino al comprador del negocio por el tiempo que resta a J. M. J. para el cumplimiento del contrato. Pasados los seis años, D. V. notificó por medio de un notario a J. M. J. que estando vencido el contrato de inquilinato, la casa objeto del mismo era necesaria a la propietaria, contestando al requerimiento del arrendatario que, en efecto, el contrato venció, pero que lo estimaba prorrogado por falta de manifestación contraria de voluntad por parte de la arrendadora. Poco tiempo después dicho arrendatario hizo saber a la propietaria que haciendo uso del derecho que se le concedió en el contrato de inquilinato había subarrendado a A. E. D., por lo cual aquélla le demanda.

El Juzgado declaró ser procedente el desahucio, siempre que por la propietaria sea indemnizado el J. M. J. o, en su caso, opte por reconocer el contrato hecho con A. E. C. El representante de D. V. apeló al Tribunal Supremo exponiendo como motivos del recurso los siguientes:

MOTIVOS.—Primer. Número 3.º del artículo 169, en relación con el artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Segundo. El mismo artículo de la L. A. U., con el artículo 9.º del Decreto de 21 de diciembre de 1936, cuyo texto no menciona el subarriendo, y por no ser legislación aplicable.

Tercero. Números 3.º y 4.º del mismo artículo 169 de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que esto sentado, es llano que lejos de infringir el juzgado el antedicho precepto, lo aplicó con justeza y eficacia legal, por cuanto esta Sala tiene declarado reiteradamente que tal Decreto es de aplicación a los litigios iniciados con anterioridad a la plena vigencia de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que tampoco se puede estimar la infracción de dicho artículo impugnando los razonamientos del fallo, y pretendiendo que las aparentes contradicciones que en ellos se observan, sean resueltas, conforme al particular criterio del recurrente, en el sentido de que la base fundamental de aquél es la declaración de subarriendo, porque sobre no proceder el recurso por motivos que no se refieran a la parte dispositiva del exa-

men de los fundamentos básicos de ésta se llega a la conclusión—pese a la falta de claridad con que el juzgador se explica—que lo que éste afirma es la realidad del traspaso, siquiera, como él mismo advierte, las partes litigantes dieran el nombre de subarriendo impropriamente al contrato, calificación ésta intrascendente a los fines perseguidos, ya que es notorio que los contratos son lo que son, pese al nombre que le asignen las partes, y es a los Tribunales a quienes incumbe calificarlos y determinar su naturaleza, conforme a la realidad de los hechos, los términos de lo estipulado y la prueba practicada.

CONSIDERANDO: Que si bien es verdad que en esta clase de recursos, al igual que en los de casación, no son de estimar cuestiones no planteadas ni resueltas en la litis, porque tal estimación conduciría a la incongruencia del fallo con lo solicitado, no es menos cierto que tal alegación está desprovista, en este caso, del necesario fundamento, ya que es inexacto que, en el momento de trabarse la litis pendencia estuvieran conformes las partes en la existencia del subarriendo, bastando a encontrarlo la simple lectura de la contestación a la demanda, referente a la opción que al dueño de la finca concede el apartado C) del artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936, ni cabe sostener que se trata de una cuestión nueva ni, por tanto, atribuir al fallo recurrido el vicio de incongruencia que se dice.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 MAYO 1949

Requisitos para la competencia inhibitoria.

Para que se pueda suscitar cuestión de competencia será necesario que se ejerza una acción que determine un juicio; pero el solicitar ante el Juez el reconocimiento de una mercadería en acto de jurisdicción voluntaria, no es suficiente para promover dicha cuestión.

SENTENCIA 3 MAYO 1949

Indemnización de daños y perjuicios—requisitos: existencia efectiva de un daño.

El incumplimiento de una obligación no implica ni supone la existencia de los perjuicios a efecto de relevar de la prueba de su existencia, que incumbe al que los reclama, de conformidad con el artículo 1.101 del Código civil.

Indemnización de daños y perjuicios—requisitos: determinación de la cuantía del daño.

No basta con que se demuestre la realidad de los perjuicios causados para que la indemnización por los mismos pueda hacerse efectiva, sino que se precisa además que quede determinada su cuantía.

Casación—infracción de Ley: desestimación.

No cabe estimar el recurso si la sentencia impugnada no hace las declaraciones que se le atribuyen por el recurrente.

Casación—infracción de Ley—error de hecho en la apreciación de la prueba: requisito del recurso.

Para que sea estimable el recurso, es preciso expresar qué documento o acto auténtico demuestra la equivocación evidente del juzgador.

Casación—infracción de Ley—error de hecho: su impugnación.

Solamente cabe al amparo del número 7.º, y no del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C.

SENTENCIA 3 MAYO 1949**Principio de prueba para determinar la competencia—sumisión expresa a medio de contrato que no llegó a ser perfecto.**

De acuerdo con el artículo 56 de la L. E. C., siendo la acción que se ejercita personal, derivada de un contrato de compraventa, en el que se someten las partes a determinado Tribunal, aun no habiendo aquél llegado a ser perfecto, estando suscrito por ambas partes constituye un principio de prueba bastante para determinar la sumisión expresa.

SENTENCIA 4 MAYO 1949**Arrendamientos urbanos—elevación de la renta: por aumentos en la contribución.**

El artículo 126 de la L. A. U. estableció un nuevo régimen para la repercusión sobre los inquilinos de los aumentos de las contribuciones, borrando las diferencias que resultaban de las disposiciones anteriores, tanto entre viviendas y locales de negocios como en la medida para alterar las rentas por razón del motivo de la elevación de las contribuciones.

El concepto de continuidad que implica el citado artículo al decir que las diferencias por esas elevaciones "podrán seguir siendo derramadas por el arrendador" sobre las rentas, se refiere al concepto general de la derrama que, ya sin distinción de casos, autoriza; pero de ninguna manera puede interpretarse como negación de la distinción de casos, innegable en la legislación anterior.

Arrendamientos urbanos—elevación de la renta: formas de impugnación.

Los aumentos de renta a que se refiere el capítulo IX de la L. A. U. pueden impugnarse en el juicio de resolución del contrato que se siga por

falta de pago de tales cantidades, conforme al artículo 161, apartado b) de la L. A. U.

La aplicación del citado artículo 161 no deja sin efecto la acción revisoria concedida por el artículo 130.

Arrendamientos urbanos—elevación de la renta—impugnación: acción revisoria.

Impugnadas las elevaciones de renta en un juicio de resolución del contrato por falta de pago de las mismas, la acción revisoria reconocida, en el artículo 130 de la L. A. U. no procede mientras se siga dicho juicio, pues de otro modo se duplicaría la petición formulada en él.

Por lo tanto, el plazo de tres meses para la caducidad de la acción revisoria sólo empezará a contarse desde el momento en que quedó firme la sentencia dictada en el juicio sobre resolución del contrato.

ANTECEDENTES.—El arrendador de un local de negocio—un hotel—intentó el lanzamiento del arrendatario mediante un juicio de resolución de contrato por falta de pago de la renta y de las repercusiones de aumentos contributivos (mayo 1947). El arrendatario, después de consignar las cantidades reclamadas, se opuso al pago de parte de las repercusiones, por estimarlas sin fundamento legal. (Concretamente: los recargos en la contribución territorial correspondientes a 1945 y 1946 y el impuesto municipal de miradores y saneamiento.) El Juzgado municipal le condenó al pago de la cantidad total. La sentencia tiene fecha de 24 de septiembre de 1947.

El 22 de diciembre de 1947 el arrendatario ejerció ante el Juzgado de primera instancia competente la acción revisoria de la renta establecida en el artículo 130 de la L. A. U., reclamando la deducción de la misma de los recargos antes citados y la devolución de las cantidades pagadas en exceso. El Juzgado estimó la demanda. El arrendador recurrió por injusticia notoria.

El problema fundamental está planteado en el motivo primero del recurso. Según el artículo 130, párrafo 2.º de la L. A. U., la acción revisoria caduca a "los tres meses de la fecha en que [se] hubiere realizado el primer pago". La tesis del recurrente es la de que tal plazo ha de empezar a computarse a partir de mayo de 1947 (fecha en que se consignaron las rentas); por lo tanto, al intentarse el ejercicio de la acción, ésta había muerto ya. Si, por el contrario, el plazo empieza a contarse desde el 24 de septiembre (fecha de la sentencia), se reconocerá—como lo hace el Tribunal Supremo—la posibilidad para el arrendatario de impugnar en dos formas y ocasiones diferentes las elevaciones de renta.

MOTIVOS.—Primero. Interpretación errónea del artículo 130, párrafo 2.º de la L. A. U.

CONSIDERANDO: *Que según el apartado b) del artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el demandado, para resolución del contrato por falta de pago de las diferencias a que se refiere el capítulo IX, hayan mediado o no el pago o la consignación, puede impugnar la legitimidad de dichas diferencias en el mismo juicio, para lo cual debe éste continuar en la forma prevenida por el citado precepto legal.*

CONSIDERANDO: *Que instada por don P. M. F., al efecto indicado, la continuación del juicio sustanciado ante el Juzgado municipal número 1 de*

Valladolid, y pese a la negativa de dicho Juzgado a la continuación pedida, don P. M. F. pudo legalmente esperar la rectificación de la negativa en la segunda instancia, y así, hasta dictada en apelación por el Juzgado de primera instancia la sentencia de 24 de septiembre de 1947, *no era procedente promover un nuevo pleito ejercitando acción revisoria, para no duplicar la petición que había formulado en el juicio que, a la sazón se estaba tramitando y en el que estaba pendiente de resolución dicha petición.*

CONSIDERANDO: En conclusión, que consignadas las rentas reclamadas, en 20 de junio de 1947, e impugnada la legitimidad de las diferencias discutidas, en el siguiente día, en tiempo oportuno y en el procedimiento adecuado, según la Ley, siquiera por causas independientes de don P. M. F. no tuviese éxito la impugnación, por haberse negado la consignación, *ha de estimarse planteada dentro del término legal de tres meses, a contar de la fecha de la sentencia de 24 de septiembre de 1947, la demanda origen del pleito actual* presentada el día 23 de diciembre del mismo año, y la sentencia recurrida que así lo estima no infringe ninguno de los preceptos legales que se suponen infringidos como base de la primera causa del recurso, improcedente, por lo tanto, por dicha causa.

CONSIDERANDO: Que *la aplicación del citado artículo 161, según su sentido literal, cuya inteligencia no ofrece dudas, no deja sin efecto la acción revisoria concedida por el 130, que podrá ejercitarse siempre que el inquilino, sin prestar expresamente su conformidad, pague, sin dar lugar a la demanda de resolución por falta de pago, las diferencias que el arrendador le haya notificado son, a su juicio, las que debe pagar y su causa.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 MAYO 1949

Competencia—declaración de incapacidad para la administración de bienes—domicilio: irrelevancia para su determinación de circunstancias como inscripción en determinado padrón municipal u obtención de cartilla de racionamiento en lugar distinto cuando aquél consta claramente.

CONSIDERANDO: Que la llamada jurisdicción voluntaria no extiende su esfera de acción a los procedimientos en que se solicita la declaración de incapacidad de una persona para administrar sus bienes, porque tal pretensión no se traduce en mera constatación de actos *inter volentes*, sino que implica ejercicio en su resolución del *jus dicere* como controversia judicial entre partes conocidas y determinadas que entra de lleno en el ámbito del procedimiento civil contencioso o jurisdiccional *strictu sensu*, según se infiere de los términos en que están concebidos los artículos 481, 483, número 3.º; 1.811 y 1.873 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que las normas de esta Ley sobre nombramiento de curador ejemplar, encuadradas en su libro tercero que gobierna los actos de jurisdicción voluntaria, han sido modificadas por los artículos 213 y 218

del Código civil, carentes aún del adecuado trámite, pero aunque mantuvieran pleno vigor aquellas normas claramente se apreciaría que las contenidas en los artículos 1.847 y 1.848 regulan el procedimiento para nombrar curador—hoy tutor—sólo aplicable si existe una previa declaración de incapacidad por sentencia firme y para el caso de que aún no esté declarada en tal forma la incapacidad, será preciso obtenerla sumariamente en un antejuicio, que habrá de ser de naturaleza contenciosa por la índole de la resolución que requiere, definidora de la situación de capacidad o incapacidad sometida a decisión judicial, máxima en casos como el de autos en que, anunciada la oposición a la solicitud de incapacidad, se esfuma el contenido propio de la jurisdicción voluntaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que no es dudosa, por lo tanto, la posibilidad de promover la presente cuestión de competencia, la cual habrá de ser decidida en favor del Juez de primera instancia de Madrid por aplicación de la regla primera del artículo 63 de la Ley procesal, ya que la mujer que se pretende incapacitar para administrar sus bienes tiene actualmente su residencia habitual en Madrid, donde ha debido tenerla también en vida de su marido—Secretario judicial de esta población—, careciendo de relevancia el hecho de que en fechas posteriores aparezca inscrito en el padrón municipal de Almería y allí haya obtenido tarjeta de racionamiento en el año 1945.

SENTENCIA 5 MAYO 1949

Arrendamientos urbanos—indefensión—injusticia notoria—reconocimiento judicial.

No hay posibilidad de establecer indefensión como productora de injusticia notoria cuando el reconocimiento judicial fué negado al ser propuesto por una parte y después se realizó sólo para corroborar la convicción que el Juez se formó por el resultado de las demás pruebas.

Arrendamientos urbanos—local de negocio—resolución del contrato amparándose en la causa sexta del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Bastará que una industria resulte desagradable para cualquiera que habite o haya de permanecer en algún local de la finca donde esté instalada dicha industria, aunque sea soportable y posible la permanencia en ella, para que pueda resolverse el contrato de arrendamiento, basándose el arrendador en la causa 6.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

ANTECEDENTES.—Una corporación representada por su secretario inscribió un contrato de arrendamiento con una Sociedad que se obliga a no ceder, subarrendar o traspasar el local. En el contrato se hace constar la instalación de dos máquinas de imprenta accionadas por un motor de medio caballo de fuerza, sin que el arrendatario pueda hacer ampliación de la instalación. No obstante la anterior estipulación, dicho arrendatario

instaló otros motores de mayor fuerza, desfigurando el contrato y originando reclamaciones de los inquilinos del inmueble por los ruidos que tales motores ocasionan, con graves molestias de aquéllos. Formulada demanda, contestó el demandado reconociendo el ruido ocasionado por los motores, y aun cuando se ofreció a corregirlos, no lo hizo.

El Juez de primera instancia declaró resuelto el contrato de arrendamiento. La representación del demandado prepara el recurso de injusticia notoria por los siguientes

MOTIVOS.—Primer. El fallo recurrido quebranta las formalidades esenciales del juicio, produciendo la indefensión del recurrente, por lo que es recurrible por injusticia notoria, a tenor de lo prevenido en el artículo 169, número 2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 1.693, número 5.º de la de Enjuiciamiento civil.

Segundo. Interpretación errónea del artículo 149, número 6.º de la Ley de Arrendamientos, por lo que es recurrible por infracción notoria, a tenor del artículo 169, número 3.º de dicha Ley y artículo 1.692, número 1.º de la de Enjuiciamiento civil.

Tercero. Artículo 169, número 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida se funda en un conjunto de pruebas, en el que la de reconocimiento judicial practicada para mejor proveer sólo la tiene en cuenta el Juez para corroborar la convicción formada por el resultado de las demás, y como en tal supuesto la anterior negativa de dicha prueba cuando fué propuesta por la parte demandada, actualmente recurrente, no puede estimarse de trascendencia notoria a la justicia de la resolución no hay posibilidad de establecer la indefensión alegada como productora de injusticia notoria, en la primera causa de recurso, resulta éste improcedente por la misma.

CONSIDERANDO: Que la apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, aun siendo tachables, sólo puede impugnarse en este recurso por manifiesto error de su apreciación acreditada por la documental o pericial que obre en autos—causa 4.ª del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—, que la fuerza total de los motores autorizados por el Ayuntamiento según los documentos invocados en la causa 3.ª del recurso eran de dos HP, y la total de los que funcionan actualmente es, según hecho declarado probado en la sentencia, de cuatro HP, con lo que, claro es, pueden producirse molestias que no causaran los autorizados, y que para que no prospere la resolución del contrato formulada en la causa 6.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es preciso que la industria denunciada no resulte notoriamente incómoda, es decir, que basta para estimar la causa que resulte desagradable para cualquiera que habite o haya de permanecer en algún local de la finca, aunque sea posible y soportable la permanencia en ella, y como quiera que el informe pericial y la sentencia recurrida coinciden en apreciar la incomodidad producida con el funcionamiento de los motores, ningún error de la sentencia pone de manifiesto dicho informe, y así resulta también improcedente el recurso por su causa tercera.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 MAYO 1949

**Reposición de cuentas corrientes bancarias expoliadas por los marxistas—
Ratificación tácita.**

Es imposible dar a los actos del expoliado, posteriores a la Liberación y dirigidos a recuperar su negocio y bienes, alcance aprobatorio de la gestión expoliadora de que fué víctima.

**Reposición de cuentas corrientes bancarias expoliadas por los marxistas.—
Fijación del desbloqueo de corrección.**

No está obligado el reclamante, al fijar el desbloqueo de corrección de las cantidades extraídas de los Bancos, a precisar el porcentaje que el mismo representara en relación con sus cuentas en el Banco demandado.

**Reposición de cuentas corrientes bancarias expoliadas por los marxistas.—
Abono de intereses.**

No se infringe el articulado de la Ley de 12 de diciembre de 1942 al condenar al Banco, no al pago del interés del saldo a reponer, sino al de los intereses devengados en función de los saldos contables.

ANTECEDENTES.—Por orden de una cooperativa marxista, la U. V. E. C., se transfirieron a las cuentas de ésta los fondos que L. M. P. tenía en varios Bancos. Después de la Liberación, L. M. P. intervino en ciertas gestiones para recuperar los elementos de su negocio, incautados por dicha cooperativa, que quedaran en poder de ésta. En 1940, por acuerdo de la Sección Provincial de Banca, se procedió al desbloqueo de corrección respecto de las cuentas de todas las personas expoliadas por la citada cooperativa, entregando los distintos Bancos cantidades proporcionales. En 1943, por acuerdo entre L. M. P. y el Banco H. A., éste repuso cierta cantidad en la cuenta de aquél. Más tarde, L. M. P. demandó al Banco para que repusiera el resto de la cuenta. El Banco alegó que entre lo entregado a la Sección Provincial de Banca, en la parte correspondiente a L. M. P., y lo repuesto en la cuenta de éste, excedía de la cantidad expoliada al demandante; y reconvino por dicha diferencia. La Comisión Central de Reclamaciones Bancarias estimó la reclamación. El Banco interpuso recurso de revisión.

MOTIVOS.—Primero. Infracción del apartado b) del artículo 3.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942: por las gestiones citadas, el actor realizó la ratificación a que se refiere dicho apartado.

Segundo. Infracción del apartado c) del mismo artículo: las cantidades expoliadas han sido útiles al negocio del actor.

Tercero. Infracción del artículo 10 de la citada Ley: la declaración jurada que exige dicho artículo fué formulada con inexactitud conocida.

Cuarto. Infracción de la Ley citada al condenarse al Banco al pago de intereses.

Quinto. Infracción del principio de Derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de revisión, amparado en el apartado A) del artículo 21 de la Ley de 12 de diciembre de 1942, y en el que se alega en primer término la infracción de los apartados B) y C)

del artículo 3.º de la expresada Ley debe ser desestimado por lo que a la citada infracción se refiere, ya que el recurrente supone que por haber intentado el demandante recuperar a la liberación de Valencia un negocio y el saldo de su cuenta corriente en 18 de julio de 1936 en el Banco H. A. y que fué transmitido por el Banco a principios de 1937 a los elementos marxistas de las diversas Empresas exportadoras de frutas agrupados en la empresa colectivizada U. V. E. C., y por haber solicitado la Comisión Liquidadora de esta entidad que se formó a la liberación de Valencia por los diversos industriales perjudicados el desbloqueo de corrección de la cuenta corriente que existía a nombre de dicha entidad, nutrida con las cuentas de los industriales citados, entre ellos el demandante, venía a ratificar tácitamente la actuación de los expresados elementos, que es una de las excepciones al principio general de la responsabilidad de los establecimientos de crédito en orden a la reposición de las sacas de cuentas corrientes efectuadas, como la de autos, en virtud de documentos no firmados por el titular de la cuenta, carecía dicho demandante del aludido derecho; pero la simple lectura del precepto que se alega como infringido por la Comisión Central de Reclamaciones Bancarias, al dar lugar a la reposición de dicha cuenta, basta para evidenciar lo endeble del argumento, pues lo que expresa el apartado b) del citado artículo es que los Bancos no serán responsables cuando los mandatos u órdenes de los Consejos o Comités de empresa hubiesen sido ratificados o aceptados por actos posteriores del titular de la cuenta, y *es imposible dar a los que en tal sentido se alegan, y que sólo revelan el natural deseo de recuperar el negocio y bienes de que el demandante fué indebidamente privado, el alcance aprobatorio de la gestión expoliadora de que fuera víctima*, y en cuanto al apartado C) tampoco puede invocarse porque no se ha acreditado en modo alguno que las cantidades objeto de la extracción sirvieron para satisfacer gastos legítimos, cubrir responsabilidades de cuentacorrentistas o adquirir bienes que hubiesen ingresado en su activo.

CONSIDERANDO: Que respecto del artículo 10 de la expresada Ley, que asimismo se alega como infringido por entender que la declaración jurada a que se refiere tal precepto como necesaria para iniciar el expediente y que motivó por parte del Banco demandado la devolución de 111.000 pesetas, partes de la saca indebida de la cuenta corriente del actor, es igualmente desestimable el recurso, porque, si bien en aquélla se manifestó por el interesado que ignoraba el destino de los fondos sustraídos, ello no puede tener otra significación que el de desconocer la aplicación que le diera la U. V. E. C., ya que a demandante y demandado constaba que la cantidad expoliada ingresó en la cuenta corriente de esta entidad, porque, aun cuando en la mencionada declaración se consigna que no existía reclamación pendiente de sentencia o resolución firme sobre los extremos indicados en dicho artículo y se manifieste por el recurrente que el demandante tenía pendiente otra reclamación de desbloqueo en los Bancos C. y V., no se evidencia que este hecho, si se dió, desconocido por el Banco demandado, ni haya ocasionado perjuicio a éste, ni en suma los defectos procesales aludidos, ni constituían bases bastantes a impedir el recono-

cimiento del derecho, porque, finalmente, *no estaba tampoco obligado el reclamante al cifrar en un 26,289 por 100 el desbloqueo de corrección de las cantidades extraídas de los Bancos, a precisar el porcentaje que tal suma representara en relación con sus cuentas en el Banco H. A.*

CONSIDERANDO: Que en lo tocante al motivo del recurso en que se alega la infracción del principio de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro, por sostener el recurrente que se otorga al actor mayor cantidad que la que el 18 de julio de 1936 tenía en su cuenta corriente, es indudable, en primer lugar, que se trata de una cuestión de hecho con respecto a la cual la valoración verificada por la Comisión ha debido ser combatida no por infracción de precepto o doctrina legal, sino como previene el artículo 21 en su apartado b) de la Ley especial citada, por evidente error en la apreciación de la prueba acreditado por la resultancia de cualquiera de las pruebas de confesión, documental o pericial, y no atacándose por este camino, es evidente que el recurso no puede prosperar; pero es que, además, el examen de los autos, si en él cupiera entrar, no evidencia que el demandante haya recibido exceso alguno sobre la cantidad que le fué expoliada, y a lo sumo cabría admitir la posibilidad de que el Banco demandado hubiera sido perjudicado, en relación con los otros Bancos por virtud de prorrateo verificado por el Liquidador; pero esta cuestión es manifiesto que no podría ser nunca resuelta en este procedimiento y trámite ni sin audiencia de todos los que en dicha liquidación intervinieron o por la misma fueron afectados, por cuyas razones procede también desestimar dicho motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que *no es cierto que se infringió el articulado de la Ley de 12 de diciembre de 1942 al condenar al Banco, no al pago del interés del saldo a reponer, sino al de los intereses devengados en función de los saldos contables, como se dice en la parte dispositiva de la sentencia, pues devengando interés los saldos citados en los períodos previstos en el contrato de cuenta corriente, no sería completa la reposición de la cantidad expoliada si no se reconociera al cuentacorrentista el derecho al referido interés.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 MAYO 1949

Principio de legitimación registral—a efectos del desahucio por precario.

La inscripción de un título de dominio en el Registro de la Propiedad confiere a su titular, por presunción del artículo 38 L. H., la posesión real de los inmuebles, y, por tanto, ha de ser estimada parte legítima para promover el juicio de desahucio.

Juicio de desahucio—su carácter.

Dado el carácter sumario del juicio de desahucio, las cuestiones que en él han de ser debatidas sólo habrán de referirse al título invocado por el

actor y las que atañen al demandado como incurso en la causa de lanzamiento alegada, quedando excluidas de la esfera de acción de este juicio aquellas relaciones jurídicas que por su complejidad o inactualidad no permitan discernir claramente la influencia de su estimación en el juicio de desahucio formulado, las cuales podrán ser planteadas en el correspondiente juicio declarativo.

ANTECEDENTES.—La institución A. A. D., dueña, en virtud de fideicomiso de residuo, de unos inmuebles, que tenía inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad, demandó de desahucio por precario al poseedor de los mismos, P. S. P., que a su vez era heredero de la fiduciaria y contendía judicialmente con la institución citada acerca de la herencia de aquélla. El Juzgado y la Audiencia estimaron el desahucio.

MOTIVOS.—Primeramente. Aplicación indebida del artículo 1.563 L. E. C.; interpretación errónea del artículo 38 L. H., e inaplicación de doctrina legal: mientras esté pendiente el juicio de testamentaria, no se sabe si la entidad actora será dueña de las fincas poseídas por el demandado.

Segundo. Aplicación indebida del artículo 1.565, número 3.º, L. E. C.; inaplicación de doctrina legal y del artículo 445 C. c. El demandado tenía título y estaba en virtud del litigio antes citado, en la misma posición que el actor.

CONSIDERANDO: Que la parte actora esgrime en el ejercicio de su derecho un título de dominio sobre las fincas objeto de este pleito, fundado en sucesión testamentaria indiscutida y garantizado con la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad que confiere a aquélla, por presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria vigente la posesión real de los aludidos inmuebles, y, dadas estas circunstancias, no cabe duda de que ha de ser estimada parte legítima para promover el juicio de desahucio por cumplirse de modo preciso los requisitos que el artículo 1.564 de la Ley procesal civil exige para el ejercicio de tal acción recuperatoria de la posesión, precepto que ha sido, por tanto, debidamente aplicado, y frente a esta posición definida del demandante el demandado que hoy ocupa los tales bienes no puede tener otro carácter que el de precarista, conforme al concepto expuesto reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala, porque los derechos que alega para oponerse a la demanda ni son concretos, ni definidos, ni actuales, sino que habrían de deducirse del resultado favorable de las acciones que como heredero de la viuda del causante pretende ejercitar, y en tales condiciones es evidente que las alegaciones expuestas carecen de virtualidad en el litigio presente, porque dado el carácter sumario del juicio de desahucio, que no tiene otra finalidad que recuperar la posesión de hecho, las cuestiones que en él han de ser debatidas sólo habrán de referirse al título invocado por el actor para obtener la tutela jurídica resuperatoria pretendida y las que atañen al demandado como incurso en la causa de lanzamiento alegada, quedando excluidas de la esfera de acción de este juicio aquellas relaciones jurídicas que por su complejidad o por su inactualidad no permitan discernir claramente la influencia de su estimación en el juicio de desahucio formulado, las cuales podrán ser planteadas en el correspondiente juicio declarativo.

CONSIDERANDO: Que, aun siendo cierta la alegación del recurrente de que la presunción de posesión real que establece el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria, concuerda con el 41 de la anterior, es sólo según indica la jurisprudencia, una presunción *juris tantum* que pueda destruirse por prueba en contrario, es indiscutible que en el presente litigio no se ha presentado prueba capaz de enervar aquella presunción, porque la posesión de hecho que el demandado aduce no se halla respaldada por título alguno dominical ni contractual que, por lo menos aparentemente, le autorice para ocupar y disfrutar las consabidas fincas, y tampoco se está, según quiere el recurrente, en el caso de la doble posesión a que alude el artículo 445 del Código civil, porque la posesión de los dichos inmuebles fué ostentada por la viuda de don S. I. hasta su muerte, en virtud de su título hereditario, y al fallecer dicha señora pasó en el acto al A. de A. D. de P., en virtud de su condición de heredero de residuo del referido don S., por lo que en ningún momento pudo, con eficacia jurídica, atribuírsela el demandado, aun siendo heredero de su tía, puesto que las repetidas fincas salieron de su patrimonio a su muerte en virtud de la disposición testamentaria, en ningún momento controvertida, de su difunto esposo, y de todo lo que queda expuesto claramente se deduce que no se han cometido por el Tribunal las infracciones que el recurrente acusa en los dos motivos de su recurso, y que procede desestimarlos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 MAYO 1949

Arrendamientos urbanos—terminación del contrato—justificación de la necesidad invocada por el propietario—plazo dentro del cual debe el inquilino abandonar el local.

Es necesario justificar la necesidad del local arrendado, sin que sirvan meras comunicaciones a estos efectos. Hasta que termine el plazo de un año señalado por el artículo 90, no tiene el inquilino la obligación de abandonar el inmueble.

CONSIDERANDO: Que no ha incurrido el Juez sentenciador en la infracción del artículo 90 al estimar que el arrendador debió notificar al demandado con un año de antelación su deseo de disponer del local arrendado, puesto que es evidente que hasta que no transcurra dicho año no tiene el inquilino la obligación de abandonar el inmueble y, por lo tanto, no puede ésta ser exigible en juicio hasta que transcurra dicho período de tiempo.

CONSIDERANDO: Que, por último, procede la desestimación del motivo fundado en error de hecho en la apreciación de la prueba, porque el Juez por el conjunto de ésta estima que no está justificada la necesidad invocada por el propietario y el principal documento probatorio que se alega para demostrar dicho error, es una certificación del Sindicato de la Pie! en

que se hace constar que uno de los demandantes había solicitado de dicho Sindicato le indicase locales que pudiera adquirir en traspaso para establecerse, hecho que por sí sólo no es en modo alguno demostrativo de la necesidad alegada, procediendo por todo ello la desestimación del recurso con las costas al recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 MAYO 1949

Nulidad absoluta—devolución de las prestaciones.

La falta de todo efecto del contrato nulo impone la devolución de lo entregado en su cumplimiento, pues lo contrario supondría concederle algún efecto.

Apreciación de oficio de la nulidad absoluta por cualquier jurisdicción.

La ausencia de efectos de un contrato, pues su nulidad absoluta, dispuesta por el artículo 4.º C. c., a falta de Ley que ordene su validez, debe ser apreciada, aun de oficio, por todas las jurisdicciones en sus respectivos órdenes tan pronto se conozca oficialmente el fundamento a que responde.

Cosa juzgada—en cuanto a las resoluciones de la Fiscalía de Tasas.

Las resoluciones de la Fiscalía de Tasas no tienen autoridad de cosa juzgada, en el orden civil, fuera de la materia propia de su jurisdicción.

Congruencia—fundamentos legales distintos de los alegados.

La sentencia que condena al pago de lo reclamado, y fundada en la misma razón de pedir alegada, siquiera lo sea por fundamentos legales distintos de los alegados, no es incongruente con la demanda.

ANTECEDENTES.—La demandante prestó a un hijo suyo una cantidad para que comprase dos camiones, que éste adquirió del demandado por precio superior al de tasa, matriculándolos a nombre de su madre. A consecuencia de tal operación, la Fiscalía de Tasas impuso ciertas sanciones a las tres personas citadas, incautando los camiones como de propiedad del vendedor. La madre del comprador interpuso demanda contra el vendedor, solicitando la devolución del precio. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

MOTIVOS.—Primeramente. Incongruencia: la petición se fundaba sólo en la resolución de la Fiscalía, y la sentencia estima ejercitada la acción que emana del artículo 1.303 C. c.

Segundo. Infracción de los artículos 51 L. E. C. y 1.275, 1.300, 1.303 y 1.306, párrafo 1.º C. c.: la Fiscalía no es competente para anular un contrato, ni el litigioso podía serlo, ya que era radicalmente nulo; y, en todo caso, había culpa por ambas partes.

Tercero. Infracción de los artículos 1.254, 1.258, 1.261, 1.445 y 1.450 del C. c.: no hubo contrato, ni menos fué parte la demandante.

Cuarto. Infracción del artículo 1.089 C. c.: la obligación de devolución del precio no tiene su fuente en ninguna de las enumeradas en dicho artículo.

Quinto. Infracción de los artículos 1.252 y 4.º C. c.: se atribuye a la resolución de la Fiscalía de Tasas una fuerza de cosa juzgada que no tiene.

Sexto. Infracción de la Ley de 30 de septiembre de 1940, de las Ordenes de 8 de enero de 1940 y 20 de octubre de 1939 y del artículo 1.106 del C. c.: sólo procedería, en todo caso, devolver el precio de tasa de los camiones, no el total entregado.

CONSIDERANDO: Que la causa, para cada parte contratante, en los contratos onerosos, la identifica el artículo 1.274 del Código civil, con las prestaciones hechas o prometidas por la otra parte, y así, en el de compraventa en cuestión lo fueron, respectivamente, la entrega de dos camiones y la de su precio en pesetas, ninguna de las cuales es torpe ni delictiva por sí mismas, ni por el fin que, de conformidad, les han atribuido las partes contendientes en el pleito, de tal manera que, de no estar vigentes disposiciones restrictivas de la libertad de contratación reconocida en el artículo 1.255 del Código civil, el contrato sería válido y eficaz.

CONSIDERANDO: Que ninguna cuestión se ha suscitado en el pleito sobre la validez o nulidad del contrato, sino que, por el contrario, ambas partes, unas veces explícita y otras implícitamente, han fundado sus respectivas peticiones sobre la supuesta nulidad, por haberse convenido en el mismo, precio superior a la tasa establecida para la venta de camiones, acto contrario a la prohibición legal y, por tanto, nulo *ipso jure*, según el artículo 4.º del Código civil, con nulidad absoluta, sin posibilidad de convalidación, nulidad aceptada como tesis de ambas partes, que no han pedido declaración alguna sobre ella y que así hubo de ser aceptada por el juzgador, como antecedente obligado del fallo, que, por exigida congruencia, había de limitarse a decidir la única cuestión planteada en el pleito, referente, no a la validez o nulidad del contrato, sino a las consecuencias de la aceptada nulidad, en orden a la devolución, por el vendedor, de la cantidad recibida como precio.

CONSIDERANDO: Que dada la nulidad absoluta del contrato, no pudo producir efecto alguno, ni el de la intentada transmisión de la propiedad de los camiones, mediante su compraventa y entrega, y, en consecuencia, seguían siendo de la propiedad del vendedor, supuesto vendedor, cuando fueron incautados, y tal es el único significado que puede atribuirse a la expresión de la resolución del Fiscal Superior de Tasas, de hacerse la incautación "en perjuicio" de dicho vendedor, declaración que, claro es, no crea obligación ni derecho alguno de carácter civil, pero en la que se apreció la falta de eficacia del contrato y entrega de los camiones para poder transmitir su propiedad.

CONSIDERANDO: Que la falta de todo efecto del contrato impone la devolución de lo entregado en su cumplimiento, puesto que quedarse el vendedor con el precio recibido por razón del contrato nulo equivaldría

a conceder a éste un efecto, lo que es contrario a la tesis mantenida, y ello evidencia la necesaria atribución, al que entregó el precio, del derecho a la devolución y de su correspondiente acción para reclamarla judicialmente.

CONSIDERANDO: Que precisada, tal como se hace en los párrafos anteriores, la cuestión planteada y su solución procedente en derecho; pedido en la demanda se declare que el vendedor debe a la demandada 320.000 pesetas, "precio efectivo pagado por dichos camiones" y la condena consiguiente al pago de la cantidad debida, y fundada esa demanda, como razón de pedir, en el hecho jurídico de haberse celebrado el contrato conyiniendo y entregando precio superior al autorizado por tasa legal, *la sentencia que, estimando probado tal hecho, condena al pago de la cantidad reclamada, condena procedente, según lo expuesto, y fundada en la misma razón de pedir, siquiera lo sea por fundamentos legales distintos de los alegados, no es incongruente con la demanda*, lo que impide estimar el recurso por su primer motivo.

CONSIDERANDO: Que el motivo determinante de la nulidad del contrato es, como se ha dicho, haberse celebrado contraviniendo una prohibición legal, por lo que *la ausencia de efectos por su nulidad absoluta, dispuesta por el artículo 4.º del Código civil, a falta de Ley que ordene su validez, debe ser apreciada, aun de oficio, por todas las jurisdicciones en sus respectivos órdenes, tan pronto se conozca oficialmente el fundamento a que responde*, única apreciación a la que, también, como se ha dicho, se limitó, con eficacia exclusiva dentro de su jurisdicción, la resolución del Fiscal de Tasas, y a la misma apreciación de nulidad, en el orden civil, responde la recurrida, en cuanto decide sobre las consecuencias de la nulidad del contrato, respecto a la devolución por el supuesto vendedor de la cantidad recibida como precio, única cuestión suscitada por las partes y resuelta en la sentencia, conforme a los preceptos legales aplicables al caso, sean o no pertinentes otros citados en la misma, puesto que aun eliminados éstos, como fundamentos legales de la resolución, ésta habría de ser la misma, por todo lo cual es improcedente recurso por su segundo motivo.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, al afirmar la celebración del contrato entre el demandado, como vendedor, y la demandante, como compradora, estima probado un hecho jurídico, cuya existencia implica la concurrencia de la oferta y de su aceptación, mediante la manifestación de las voluntades coincidentes de los contratantes, exteriorizadas por palabras o signos, bien por sí mismos o por mandatarios, y cuya impugnación en casación sólo puede formularse por las causas y por los medios indicados en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y toda vez que en el motivo tercero del recurso se argumenta, invocando el número 1.º del citado artículo, sobre supuestas infracciones de preceptos legales, que no se refieren a la apreciación de la prueba, para negar que la demandante fuese la compradora, es improcedente el recurso por tal motivo.

CONSIDERANDO: Que la obligación de devolver el precio recibido nace

de la Ley, que, al disponer la nulidad del contrato, como contrario a ella, impone la devolución de lo recibido por razón del mismo, puesto que, de otro modo, y toda vez que nulo es lo que carece de eficacia para producir un efecto, si se estimase que el vendedor podía legalmente quedarse con lo entregado como precio, resultaría que la Ley disponía, con evidente contradicción, que el acto prohibido no produjese ningún efecto y, al mismo tiempo produjese el muy importante indicado de quedarse el vendedor con lo recibido, contrasentido cuya mera enunciación demuestra que la sentencia recurrida, al dar lugar a la pedida devolución, no ha infringido el artículo 1.089 del Código civil, siendo improcedente el recurso por su cuarto motivo, en cuanto se apoya en tal supuesta infracción, como también lo es por las demás alegadas en el mismo motivo, según razones consignadas en anteriores párrafos.

CONSIDERANDO: Que *ni la resolución de la Fiscalía de Tasas tiene autoridad de cosa juzgada, en el orden civil, fuera de la materia propia de su jurisdicción*, ni la obligación de devolver el precio nace de dicha resolución, sino de la Ley, como acaba de indicarse; ni la apreciación equivocada sobre estos extremos en consideraciones del Juez, aceptadas por la sentencia recurrida, pueden influir en la resolución fundada en hechos probados y en razón de pedir, que es la falta de efectos por la nulidad del contrato celebrado contra disposición legal, por lo que aquellas apreciaciones expresadas en las consideraciones de la sentencia no puede estimarse constituyan las infracciones alegadas contra su fallo en el motivo quinto del recurso

CONSIDERANDO: Que si el vendedor no devolviese más que las 148.000 pesetas, precio tasa de los dos camiones cuya compraventa se intentó, habiendo recibido 320.000 como precio, resultaría con un beneficio de 172.000 pesetas por efecto del contrato nulo, que, como se ha dicho, no puede producir ninguno, y menos el de quedarse el vendedor con la cantidad recibida en exceso sobre la tasa, siendo, por el contrario, lo procedente, para que el contrato quede sin efecto alguno, que el vendedor devuelva el precio, como lo sería que el comprador le devolviese los camiones, si no hubiesen sido incautados como de la propiedad de aquél, de la cual no habían salido, y así tampoco puede estimarse el recurso por su sexto y último motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1949

Competencia—acción personal—lugar de cumplimiento del contrato.

Tratándose de un contrato de compraventa, y habiéndose convenido que la entrega de la mercancía tendría efecto contra el pago de dos cambiales giradas a la orden de un Banco del domicilio del comprador y de mandante, y retirada de la documentación de embarque remitida a dicho

Banco, es, por tanto, dicho lugar el de cumplimiento del contrato, no pudiéndose estimar dichas cambiales como mera facilidad de pago, sino como elemento esencial del contrato, sin cuyo pago no podían quedar las mercancías a disposición del comprador.

SENTENCIA 27 MAYO 1949

Compraventa—acciones resolutoria por incumplimiento, redhibitoria y “cuanti minoris”.

El artículo 1.485 C. c. se refiere a las obligaciones y responsabilidades del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, supuesto distinto del de no hacerse la entrega de ésta con sujeción a lo estipulado respecto a las condiciones que había de reunir para el uso a que estaba destinada.

Compraventa—obligación de entrega de la cosa vendida.

Dicha obligación sólo queda cumplida, según los artículos 1.462 y 1.469 del Código civil, cuando se ha puesto en poder o posesión del comprador todo lo que expresa el contrato, sin que quede cumplida por el envío de cosas distintas, habiendo de entenderse que la doctrina relativa a la tradición ficta de las mercancías se encuentra limitada a los efectos de decidir cuestiones de competencia.

Calificación mercantil de la compraventa.

El artículo 325 C. c. fija expresamente, como factores que caracterizan, respondiendo a un criterio objetivo, la naturaleza comercial del contrato de compraventa, la finalidad de revender, excluyente del destino a usos propios del comprador, y el propósito de especular para obtener un lucro.

Contratos—opción concedida por el artículo 1.124 C. c.

Encaminada la acción a obtener el cumplimiento del contrato, y estimada esta pretensión en la sentencia recurrida, no le es lícito al recurrente impugnar ésta por haberle desconocido su facultad de resolver aquél, invocada subsidiariamente.

Contratos—indemnización por incumplimiento.

El incumplimiento de las obligaciones por sí mismo no impone el efecto indemnizatorio, sino que la producción del mismo requiere la afirmación por la Sala sentenciadora de la existencia de daños o perjuicios indemnizables.

Recurso de casación—incongruencia.

La falta de cita del artículo 359 L. E. C. basta para desestimar tal motivo.

Recurso de casación—pronunciamientos contradictorios.

Para apreciar su existencia, es preciso indicar cuáles son los que se contradicen, y que de los mismos términos del fallo resulte evidenciada la contradicción.

ANTECEDENTES.—La Empresa de ferrocarriles F. S. M. hizo a la Sociedad H. L. un pedido de maderas para traviesas. Una de las cláusulas del pedido imponía al comprador la obligación de pagar y retirar la mercancía a sus almacenes, aun cuando hiciera reclamaciones sobre la misma. Llegada al domicilio del comprador una de las remesas, advirtió que las maderas no tenían las condiciones necesarias para traviesas, por lo que, sin retirarlas, se negó a aceptar la letra girada por el vendedor. Este interpuso demanda solicitando se condenase al comprador a recibir y retirar la mercancía, pagar el precio y abonar gastos e indemnizaciones. La Sociedad F. C. M., al contestar, reconvino pidiendo la sustitución, a cargo del vendedor, de la parte de madera inservible enviada en la expedición controvertida y en otra anterior, o, si no se concedía esto, la resolución del contrato. El Juzgado dictó sentencia condenando al actor a recoger por su cuenta las traviesas que no reuniesen las condiciones estipuladas y a pagar los gastos de transporte de las dos expediciones (que según el contrato eran de cuenta del comprador), y al demandado a pagar los gastos de retirada y depósito de la segunda expedición, y los de envío de nueva mercancía, que debería ajustarse a lo pactado. No se declaran procedentes indemnizaciones. Apelada esta sentencia por ambas partes, fué confirmada por la A. T. Demandante y demandado interpusieron recurso de casación.

MOTIVOS.—A) Del demandante.—Primero. Infracción del artículo 1.486, párrafo 1.º C. c.: se da lugar a la acción "cuanti minoris" y, sin embargo, se condena al pago de unos gastos que sólo procederían por la acción rehibitoria.

Segundo. Infracción, por falta de aplicación, del artículo 1.502 C. c.: en el contrato figuraba la cláusula llamada "solve et repete", y, sin embargo, no se condena al demandado al pago de la mercancía.

Tercero. Infracción, por falta de aplicación, del artículo 1.255 C. c., que autoriza la citada cláusula.

Cuarto. Infracción, por falta de aplicación, del artículo 1.091 C. c., por razón análoga.

Quinto. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.096 C. c.; la entrega existió; lo que se alega es sólo que la cosa tenía defectos.

Sexto. Se denuncian varias contradicciones en el fallo.

B) Del demandado.—Primero. Infracción del artículo 2.º C. de C., e interpretación errónea de los 325 y 326 del mismo: el contrato litigioso es mercantil.

Segundo. Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.450 y 1.258 C. c., y violación de la doctrina legal implícita en el 334, número 1.º C. de C.

Tercero. Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 1.091, 1.096, 1.113 y 1.294 C. c.: se debió reconocer al comprador el derecho a rescindir el contrato.

Cuarto. Infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.124 del Código civil, que concede derecho a resolver el contrato.

Quinto. Infracción del artículo 336, párrafo 3.º C. de C., o, en otro caso, de los 1.124, 1.101 y 1.096 C. c., por negarse derecho a indemnización.

Sexto. Infracción del artículo 7.º, párrafo segundo, de la O. de 12 de marzo de 1943, sobre precio de las traviesas.

Séptimo. Se denuncia incongruencia de la sentencia con las pretensiones.

Octavo. Infracción por interpretación errónea del artículo 1.461 del Código civil: el objeto del contrato no era "madera de roble", como afirma la sentencia, sino "traviesas".

Noveno. Contradicciones en el fallo.

CONSIDERANDO: Que concretado el principal de los extremos litigiosos formulados por la parte demandada y reconviniendo al que la actora y reconvenida no opuso alegación distinta de la de que las maderas por ella remitidas reunían las condiciones concertadas en el contrato de compraventa, se ha de reputar cuestión nueva y consiguientemente sin lugar para su examen en casación, por cuanto no ha sido planteada en ninguno de los escritos fundamentales del pleito ni en éste debatida. La que propone la Sociedad demandante al admitir en el primer motivo de su recurso, acogido al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que la Sala de instancia ha infringido el párrafo primero del artículo 1.486 del Código civil por haberlo interpretado en parte erróneamente y dejado de aplicar, en parte también; y esta novedad que se trae al recurso para argumentar, basándose en los efectos que se derivan de las acciones *redhibitoria* y *cuanti minoris*, no ejercitadas ni aludidas siquiera en el pleito, hace inoperante el motivo, que tampoco podría prosperar aunque se prescindiera de la razón precedente, porque *lo que dispone el precepto sustantivo que cita, lo está con precisa referencia a las obligaciones y responsabilidades al vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, supuesto distinto del de no hacerse la entrega de ésta con sujeción a lo estipulado respecto a las condiciones que habría de reunir para el uso a que estaba destinada.*

CONSIDERANDO: Que también es desestimable el segundo motivo, por cuanto se acusa en él la falta de aplicación de un artículo que, como el 1.502 del Código civil, se refiere a cuestiones no debatidas en el pleito —quedando así comprendido en el número 5.º del artículo 1.729 de la Ley Procesal—. puesto que no ha versado aquél sobre la perturbación posesoria o de dominio a las que el precepto se concreta.

CONSIDERANDO: Que afirmado en la sentencia recurrida el incumplimiento por el vendedor demandante del contrato de compraventa, al no haber hecho entrega "fiel" de las traviesas vendidas, embarcadas sin que se ajustasen a las características estipuladas, y también por el comprador reconviniendo al no retirar del muelle la expedición transportada en el vapor *Isla de Tenerife*, como venía obligado por la décima de las cláusulas contractuales, dió esta doble apreciación base a la Sala sentenciadora para declarar el derecho de la Sociedad anónima F. S. M. a que la sean entregadas las traviesas objeto de la venta conforme a lo contratado, previa recogida por la demandante por su cuenta de las que no reúnen la calidad y dimensiones fijadas en el contrato, y el de la Sociedad H. L. a ser resarcida por aquella demandada de los gastos de retirada y depósito de la mercancía transportada en el vapor que antes se nombra.

CONSIDERANDO: Que la recurrente H. L., sin combatir en forma alguna en su recurso la primera de las expresadas apreciaciones de la Sala, con abandono, por consiguiente, de la principal de las razones por

ella aducidas en el juicio para oponerse a la reconvencción, y apartándose de lo que limitativamente tenía fijado en su escrito de réplica y de contestación a aquélla afirmando que la cuestión que se discutía quedaba planteada definitivamente en los términos de que "ateniéndose al pacto expreso contenido en la cláusula décima de la nota de pedido sostenía que la Compañía demandada estaba en la obligación de no abandonar la mercancía conducida por el vapor *Isla de Tenerife* en los muelles del puerto de Málaga, sino que si tenía reclamaciones que formular debía, sin perjuicio de hacerlas valer, llevar la madera a sus almacenes, y de que aquella Compañía creía estar autorizada para no hacerlo por estimar que las traviesas no tenían las condiciones pactadas", acude en los motivos tercero y cuarto a buscar el amparo de la cláusula novena de la indicada nota para argumentar que puesto que conforme a ella el comprador no podía retirar a sus almacenes la mercancía sin el previo pago, al no exigir la Sala sentenciadora el cumplimiento de esta previa obligación, había infringido, por falta de aplicación, los artículos 1.255 y 1.091 del Código civil; y bien se advierte que, además de que al traerse esta cuestión al recurso se hace fuera de su adecuado lugar para ser debatida sin haberlo sido antes, se intenta conseguir con tal arbitrio que este Tribunal, asumiendo la facultad interpretativa que al juzgador *a quo* asiste, y sin previa alegación de que el mismo la haya ejercido u omitido con infracción de alguna de las normas que estatuyen los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, acepte la tesis propuesta por el recurrente de que la cláusula no sometida a controversia tenía eficacia para que se hubiera de condenar a la demandada al pago del precio de las traviesas rehusadas.

CONSIDERANDO: Que determina lo que antecede la procedencia de desestimar los dos motivos a que hace referencia, y no es más estimable el quinto, en el que amparándose, como en todos los que le preceden, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se señala en calidad de infringido el 1.096 del Código civil por aplicación indebida, sin dar otra razón para este supuesto que la de que reconociéndose en la sentencia recurrida que la vendedora demandante envió a la compradora las traviesas en los vapores *Jacinto Verdaguer e Isla Tenerife*, había quedado cumplida la obligación de entrega, siendo sólo aplicable a los casos en que en ésta falta el citado precepto sustantivo; y basta tener en cuenta para que lo así razonado quede desprovisto de la base en que se apoya, aparte de que la recurrente no argumenta con ello contra un pronunciamiento determinado, ni deduce con las necesarias precisión y claridad la influencia en el fallo del supuesto infractor, que establece que las traviesas transportadas en el vapor *Isla de Tenerife* no quedaron entregadas a la Sociedad compradora, que las rechazó sin aceptar la documentación de embarque y letra de cambio representativa del precio, porque *la obligación principal del vendedor de entregar al comprador la cosa vendida, sólo queda cumplida, según los artículos 1.462 y 1.469 del Código civil, cuando se ha puesto en poder o posesión de él todo lo que expresa el contrato, sin que quede cumplida por el envío de cosas, distintas, habiendo de entenderse, conforme a una reiterada juris-*

prudencia de esta Sala, que la doctrina relativa a la tradición "ficta" de las mercancías se encuentra limitada a los efectos de decidir cuestiones de competencia, sin que para nada afecte a las de fondo referentes al incumplimiento por el vendedor de lo concertado en orden a la naturaleza, cuantía y condiciones de lo que se hallaba obligado a entregar.

CONSIDERANDO: Que tampoco es atendible el sexto y último de los motivos que contiene el recurso que se examina, fundado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley rituaría, con alegación de que existen disposiciones contradictorias en el fallo recurrido, porque *de los términos mismos de éste ha de resultar evidenciada la contradicción* que dé lugar a la expresada causa sustentadora del recurso por infracción de ley, y el recurrente hace depender la que atribuye a los pronunciamientos de la sentencia de los fundamentos de derecho y apreciaciones que ésta contiene y no de los términos de aquéllos.

CONSIDERANDO: Que comprendida en la genérica definición que al precisar el esencial contenido de la compraventa da de este contrato el artículo 1.445 del Código civil, se especializa la de índole mercantil por la nota distintiva que a la misma señala el artículo 325 del Código de Comercio de ser objeto de ella cosas que el comprador adquiere con la finalidad de revenderlas en su misma forma o en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, *dejando así fijados expresamente como factores que caracterizan, respondiendo a un criterio objetivo, la naturaleza comercial del contrato, la finalidad de revender, excluyente del destino a usos propios del comprador, y el propósito de especular para obtener un lucro*; y al ser esto así, no es dudoso que con acierto calificó la Sala de instancia de compraventa civil la discutida en el pleito, puesto que en ella no concurrieron los notas distintivas de la compraventa mercantil, por lo que no violó el citado precepto ni los artículos 2.º y 326 del mismo Código de Comercio, como la Sociedad limitada H. L., también recurrente, supone en el primero de los motivos de su recurso, que por ello ha de ser desestimado, habiéndolo de ser igualmente el segundo y el tercero, toda vez que cuanto en ellos se alega respecto a la aplicación que estiman indebida de los preceptos que citan del Código civil se hace depender del supuesto, antes rechazado, de ser mercantil la compraventa cuestionada.

CONSIDERANDO: Que en el cuarto motivo la expresada parte recurrente denuncia como infringido por interpretación errónea el artículo 1.124 del Código civil al estimar la sentencia recurrida que no obstante haber rechazado aquella la mercancía ajustándose en todo a lo estipulado, viene obligada a pagar los gastos de retirada y depósito de la segunda expedición, afirmando con error que quien primero incumplió el contrato fué la propia recurrente, e incurriendo también en error interpretativo del artículo citado al negarle la facultad de resolver el contrato, y es procedente la desestimación de este motivo, en el que no se combate la realidad del incumplimiento de la obligación contractual de la compradora demandada de retirar y depositar la mercancía, sin perjuicio de las reclamaciones que pudiera ejercitar, porque de tal incumplimiento derivó la Sala de instancia el pronunciamiento que el motivo im-

pugna, y el extremo de hecho relativo a cuál de los contratantes incumplió primero sus obligaciones sólo podría traerse a examen en casación por el medio que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no utilizando en el recurso, a los que ha de agregar que *encaminada la acción de la Sociedad reconviniente a obtener por el primero de sus pedimentos el cumplimiento del contrato, y estimada esta pretensión en la sentencia recurrida, no le es lícito impugnar ésta por haberla desconocido su facultad de resolver aquél, invocada subsidiariamente para el caso de que no prosperara la ejercitada en primer lugar de su reconvenición.*

CONSIDERANDO: Que entiende la misma recurrente en el quinto de sus motivos que al negarse en la sentencia de la Sala inferior la indemnización de daños y perjuicios por ella solicitada infringió los artículos 336 del Código de Comercio y 1.124, 1.096 y 1.101 del civil, puesto que la conceden, además del cumplimiento o resolución de la obligación, mas siendo eso cierto, lo es también que con arreglo a una jurisprudencia reiteradísima *el incumplimiento de las obligaciones por sí mismo no impone el efecto indemnizatorio que la recurrente pretende, sino que la producción del mismo requiere la afirmación por la Sala sentenciadora de la existencia de tales daños o perjuicios indemnizables*, y ni la sentencia recurrida los aprecia, ni en el recurso se alega y demuestra de modo alguno su realidad, por lo que el motivo no es atendible.

CONSIDERANDO: Que tampoco lo es el sexto, ya que la infracción que apunta refiriéndola a lo dispuesto en la Orden de 12 de marzo de 1943, reguladora del precio de las traviesas en contratos pendientes de cumplimiento, no guarda relación alguna con las cuestiones sobre las que ha versado el pleito, por lo que su novedad impide su incorporación al recurso.

CONSIDERANDO: Que la propia recurrente, Compañía F. S. M., en el séptimo de sus motivos de casación, que entiende comprendido en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, supone incongruente la sentencia contra la que recurre, porque el empleo en las declaraciones quinta y octava de su fallo de las frases "en su caso" y "en el caso" o no tienen sentido o pueden dar lugar a que el vendedor se entienda asistido de un derecho de opción entre el cumplimiento total del contrato o la entrega parcial de la mercancía mediante reducción compensatoria del precio, no pedida por ninguna de las dos partes; y sobre que *la falta de cita del artículo 359 de la Ley Procesal basta para impedir que el motivo prospere*, el supuesto de la duda que el recurrente apunta derivándola del innecesario empleo de las indicadas frases, de la que pudo librarse en tiempo oportuno pidiendo su aclaración, y que no es conciliable con las terminantes declaraciones que contienen los pronunciamientos primeros del fallo, excluyentes de la posibilidad de que se entienda que el vendedor queda facultado para la opción que la compradora recurrente recela, carece de virtualidad procesal demostrativa de la realidad de la incongruencia que se acusa.

CONSIDERANDO: Que por haber sido objeto de la venta originaria de las acciones ejercitadas por los litigantes las traviesas de roble de la

calidad y dimensiones fijadas en la nota de pedido, no es dable desconocer que al acomodar la Sala sentenciadora sus pronunciamientos a los términos de esta estipulación, no incidió en la interpretación errónea del artículo 1.461 del Código civil, alegada por la Compañía de Ferrocarriles recurrente en el octavo de sus motivos, por lo que éste ha de desestimarse también.

CONSIDERANDO: Finalmente, que en el noveno de los motivos que contiene el recurso interpuesto por la Sociedad F. S. M., comprendido por ésta en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se afirma la existencia en el fallo que impugna de disposiciones contradictorias, pero *absteniéndose de señalar cuáles son los pronunciamientos que en su opinión se contradicen, como sería preciso para el examen de la causa expresada*, lo que en realidad hace, valiéndose de un razonamiento análogo al utilizado por la Sociedad H. L. en el cuarto de los motivos de su recurso, antes desestimado, es combatir la apreciación de la Sala de instancia, relativa a la obligación de retirar la segunda de las expediciones en cumplimiento de la cláusula décima de la nota de pedido, a lo que no presta amparo la causa de casación en que el motivo se funda, por lo que el mismo ha de ser rechazado.

FALLO.—No ha lugar a ninguno de los dos recursos.

SENTENCIA 27 MAYO 1949

Interpretación de las leyes—interpretación sistemática.

Los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender a la regla hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten de la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo Cuerpo legal que haya de aplicarse.

Recurso de injusticia notoria—cuestiones nuevas.

En este recurso, como en el de casación, no deben discutirse cuestiones no planteadas ni resueltas en el juicio.

Arrendamientos urbanos—desalojo por derribo—derecho del inquilino a permanecer en la finca mientras no se le abone la indemnización.

Es aplicable al supuesto del apartado e) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 lo dispuesto, sobre el aludido derecho del inquilino, en el párrafo tercero del apartado a) del propio artículo.

ANTECEDENTES.—La Sociedad I. E., propietaria de una finca en que se hallaba instalado un canódromo, demandó de desahucio a la Sociedad C. C., arrendataria del terreno que aquél ocupaba, por proyectar derribarlo y construir edificios en su lugar, al amparo del apartado e) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931. La entidad de-

mandada se opuso alegando no estar justificados los proyectos del actor ni haberse consignado u ofrecido la debida indemnización. El Juzgado estimó la demanda. La Sociedad C. C. interpuso recurso de injusticia notoria.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción de los artículos 1.151, 1.261, 1.273, 1.274, 1.543, 1.203, 1.204, 1.137, 1.138 y 1.139 del Código civil y doctrina legal: se debió acumular el proceso a otro que se seguía contra otra entidad sobre el mismo asunto.

Segundo. Infracción del artículo 2.º número 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, Decreto de 2 de agosto de 1934, artículos 1.255 y 1.256 del Código civil (en relación con el contrato de arrendamiento) y artículo 9.º de la Ley de 15 de mayo de 1945 (v. considerando segundo).

Tercero. Infracción de los apartados e) y a) del artículo 5.º y del artículo 2.º, número 3.º del citado Decreto de 1931, del contrato de arrendamiento y de los artículos 1.254, 1.278 y 1.566 del Código civil: no se hizo la debida consignación ni se respetaron los plazos de preaviso.

Cuarto. Infracción del apartado e) citado: no se justificó el propósito de la entidad actora.

CONSIDERANDO: Que es doctrina notoria, por estar declarada en reiteradas resoluciones jurisprudenciales, que *en recurso como el presente, al igual que en casación, no deben discutirse cuestiones no planteadas ni resueltas en el juicio;* y como quiera que los problemas relativos a la posibilidad o imposibilidad de resolver parcialmente el arrendamiento, y a la improcedencia del ejercicio de la acción negativa de su prórroga antes del vencimiento del término del contrato, no se han suscitado hasta la formulación del recurso, procede desestimar el motivo primero, y también el tercero, en lo referente a este último extremo.

CONSIDERANDO: Que son asimismo visiblemente desestimables los motivos segundo y cuarto; el segundo, porque el hecho de que el Juez califique como establecimiento de espectáculos el inmueble arrendado no implica infracción del número 3.º del artículo 2.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, porque aquél no desconoce que cuando la duración del arriendo hubiere excedido, como aquí acontece, de dos anualidades consecutivas, los inquilinos gozarán de los derechos que otorga este Decreto; y si el fallo de instancia accede a la demanda es por causas ajenas a lo prevenido en la norma referida, objeto de ulterior examen; y en cuanto al cuarto, porque los fines sociales para que la entidad actora se constituyó y la profusa prueba aportada a estos efectos patentizan el propósito en que se apoya la acción originaria de la litis, sin que por ello sea preciso, para justificar aquél, la práctica de otra prueba más plena sobre contingencias futuras de difícil, cuando no de imposible demostración, en torno a la viabilidad inmediata de tales proyectos.

CONSIDERANDO: Que fundada la demanda en el derecho que los artículos 1.º y 5.º, apartado e) del referido Decreto conceden al propietario para oponerse a la prórroga del contrato de arriendo, cuando justifica el propósito que en aquél se determina, la cuestión capital del recurso consiste en decidir si el derecho de los inquilinos, en tal supuesto, a las indemnizaciones marcadas en el párrafo a) del artículo 5.º debe acomodarse en su condición al tiempo y forma en éste estatuidos, conforme a la locución final del apartado e).

CONSIDERANDO: Que en materia de interpretación de normas, es doctrina jurisprudencial, consagrada por reiteradas resoluciones—sentencia 23 de junio de 1940—que los Tribunales, al aplicar las leyes, deben atender a la regla hermenéutica que aconseja la conexión de todos los preceptos legislativos que traten de la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás del mismo Cuerpo legal que haya de aplicarse, porque es el modo adecuado de que el juzgador pueda disponer para completar y aquilatar la interpretación de cada norma, por el significado total del ordenamiento jurídico.

CONSIDERANDO: Que, esto sentado, al estatuir el apartado a) del artículo 5.º del Decreto de referencia que el arrendatario tendrá derecho a las indemnizaciones en él fijadas—siempre que deje libre el local en el plazo de aviso establecido—y a no abandonarlo mientras aquéllas no lo sean satisfechas o puestas a su disposición para el momento en que lo desaloje, como la finalidad tuitiva de esta disposición es dar tiempo al inquilino para buscar otra vivienda o establecimiento, y subvenir a los daños y perjuicios inherentes al traslado, no existe razón legal para dar tratamiento distinto a los inquilinos amparados por el apartado a) y a los comprendidos en el e); porque, aparte de que en el caso contrario quedarían las indemnizaciones de este último apartado sin reglamentación alguna, no es dable afirmar que, por regla general, el derecho de los propietarios para recuperar las fincas arrendadas, por necesidad de ocuparlas, sea menos perentorio que el de los que, por conveniencia, lo pretenden para levantar otras construcciones nuevas, y que, en ambos casos, los inquilinos no merezcan por igual la protección de la Ley.

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, como del examen armónico del último inciso del apartado e) con el párrafo tercero del a) del mismo artículo 5.º se infiere que *este apartado es aplicable en toda su extensión al supuesto controvertido*, es obvio que para el éxito de su derecho debió la Sociedad actora cumplir con lo prevenido en dicho precepto antes de ejercitar su acción, incidiendo en injusticia notoria, por infracción de los preceptos que se citan en el motivo tercero, la sentencia que acoge aquélla por no estimar precisos tales requisitos; lo que hace viable el recurso y conduce a su estimación; sin que obste a ello que la entidad demandante consiguiera extemporáneamente la cantidad de 30.000 pesetas, importe del alquiler de un año, ni que el Ayuntamiento de Barcelona, dueño también de la finca litigiosa, hiciera lo propio en otro proceso, porque, denegada su acumulación al presente, ningún efecto puede surtir en ésta tal consignación.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 6 JUNIO 1949

Arrendamientos rústicos—retracto—apreciación de la prueba.

La apreciación de la prueba hecha por el Tribunal "a quo", como exige la técnica del recurso de revisión, sólo podrá ser impugnada con

eficacia al amparo de la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940.

Arrendamientos rústicos—retracto—abandono de cultivo.

Porque los arrendatarios de una finca dejen de cultivarla no quiere decir que pierdan el carácter de arrendatarios.

Arrendamientos rústicos—retracto—prueba documental.

El hecho de no aparecer el recibo de pago de la renta de uno de los arrendatarios no puede estimarse como prueba documental de que no son arrendatarios.

Arrendamientos rústicos—retracto—apreciación de prueba.

Si la interposición de un recurso se apoya en error manifiesto en la apreciación de la prueba imputable al Tribunal "a quo" y no se demuestra, obliga a rechazarlo.

ANTECEDENTES.—T. A. G. arrendó a D. J. C. F. cuatro fincas rústicas, las cuales fueron vendidas por la propietaria a D. P. G.

T. A. G., fundándose en su calidad de arrendatario, ejercita su derecho de retracto intentando que se le otorgue la correspondiente escritura de venta de las fincas. El Juzgado de Primera Instancia falló a favor de D. P. G., por lo que el demandante y ante la Audiencia Territorial interpone recurso de revisión, fallando ésta a su favor.

D. P. G. interpone recurso ante el Tribunal Supremo, basándose en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de los artículos 16 y 18 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo del año 1935; artículo 1.209 y concordantes del Código civil de un principio general del Derecho, que dice: "Las disposiciones de carácter restrictivo no pueden extenderse ni ampliarse a otros casos y personas que los comprendidos en ellos"; y varias sentencias (11 de marzo de 1911).

Segundo. Manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditada por documental y pericial.

CONSIDERANDO: Que la técnica del recurso de revisión exige el respeto obligado a la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal "a quo", apreciación que solamente puede impugnarse con eficacia al amparo de la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, y esto sentado, es visto que ningún documento ni prueba judicial se señala por el recurrente que acredite el manifiesto error en que haya incurrido la Sala sentenciadora al estimar arrendatarios a todos los demandantes, cuando se efectuó la transmisión de las fincas rústicas objeto del retracto arrendaticio, no demostrando el documento privado de 19 de agosto de 1945, que el recurrente cita, que no tuviesen los que firmaron el carácter de arrendatarios de las fincas que intentan retraer porque la manifestación que contiene de que *el abandono del cultivo* a que se avienen los firmantes sólo afecta a los fines comprendidos en la escritura de 16 de marzo de 1942 no significa

que nieguen su carácter de arrendatarios de las comprendidas en las escrituras de 3 de enero de 1946; antes al contrario, al limitar su propósito de abandono a aquéllos se deduce que hay otras fincas, que llevan también en arriendo, que no están dispuestos a abandonar, como son las comprendidas en la segunda escritura citada. *Tampoco el hecho de que no aparece recibo del pago de la renta por uno de los demandados puede estimarse como prueba documental de que no son arrendatarios*, como con acierto sostiene la sentencia recurrida, ya que, a lo sumo, justificaría que no ha demostrado ese arrendatario el pago de la renta; pero en modo alguno que no tenga ese carácter. La omisión en la demanda para el acto de conciliación de algunos de los demandantes fué subsanada por la que tuvo lugar y sirvió de base al celebrado para el presente juicio, que está formulada por todos los actores; y por último, la certificación de la Alcaldía de Nieva con referencia a las declaraciones de cosechas y con fines únicamente fiscales, al que no figuró en ellas algunos de los demandantes, y habida cuenta de las relaciones familiares que les unen con los que figuran en las declaraciones, no puede ser prueba bastante para negar a los actores el carácter de arrendatarios que la sentencia recurrida les reconoce a todos.

CONSIDERANDO: *Que no demostrado el error manifiesto que se imputa al Tribunal "a quo" en la apreciación de la prueba con la documental o pericial que señala el recurrente, carece de base el recurso formulado. que se apoya precisamente en la falta de ese requisito, y que, al no tener justificación, obliga a rechazar el recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 JUNIO 1949

Nulidad de resoluciones de Tribunales rojos—sentencia de divorcio y separación de cónyuge.

El artículo 6.º de la Ley de 8 de mayo de 1939 es el único aplicable a las sentencias de divorcio, porque al regular exclusivamente las actuaciones judiciales de divorcio y separación, constituye una excepción a las normas más generales que determinan la situación y recurso de las demás sentencias pronunciadas en territorio dominado por los marxistas.

Nulidad de resoluciones de Tribunales rojos—su declaración.

Siendo nulas por declaración de la Ley las sentencias de divorcio, no puede tramitarse pleito alguno para hacer la misma declaración.

Casación—infracción de ley—requisitos del recurso.

Según constante jurisprudencia, el caso quinto del artículo 1.725 de la L. E. C., siendo una causa de inadmisión del recurso, lo es también de desestimación.

Casación—infracción de ley—requisitos del recurso.

Una cuestión de índole meramente procesal no puede ser objeto de un recurso de casación por infracción de ley.

ANTECEDENTES.—Un matrimonio canónico contraído en 1922 fué disuelto en 1937, a petición del marido, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. Presentada por la esposa, en 1945, demanda de nulidad de la sentencia de divorcio vincular, no fué admitida por estimar la Audiencia que tal sentencia había sido declarada nula por el artículo 6.º de la Ley de 8 de mayo de 1939. El marido impugnó esta resolución por recurso de revisión que tampoco fué admitido. Contra el auto de la Audiencia Territorial declarando la inadmisión de tal recurso, presentó recurso de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 1.692, número 1.º de la L. E. C., por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Violación del artículo 1.º y del apartado a) del artículo 2.º de la Ley de 8 de mayo de 1939, que declaran solamente “anulables” las sentencias dictadas por los Tribunales rojos. La nulidad del artículo 6.º se refiere no a sentencias, sino a actuaciones.

Segundo. Violación del artículo 1.º de la Ley de 8 de mayo de 1938, del 1.º de la Ley de 28 de junio de 1932 y del artículo 5.º del Código civil.

Tercero. Violación del apartado j) del artículo 2.º de la Ley de 8 de mayo de 1939 y del artículo único del Decreto de 30 de diciembre de 1939.

Cuarto. Violación del artículo 745 y concordantes de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que al dictar la Audiencia de Madrid el auto recurrido fecha 10 de julio de 1946, que no admitió a trámite el recurso de revista para que se declarara válida la sentencia de divorcio dictada en zona roja y se revocara el auto de 13 de enero de 1945, que denegó también la tramitación de otro recurso idéntico, no infringe, como pretenden los motivos primero y tercero de este recurso de casación, los artículos 1.º y 2.º de la Ley de 8 de mayo de 1939 y Decreto de 30 de diciembre del mismo año, porque si bien estas disposiciones conceden el recurso de revista para todas las resoluciones judiciales en general dictadas durante la época roja por funcionarios extraños al Movimiento Nacional, basados en la ilegalidad de la jurisdicción que ejercían, hay otro artículo, el 6.º de la misma Ley, que mencionando solamente las actuaciones practicadas en las mismas condiciones en los pleitos de separación de cónyuges y divorcio, las declara nulas, no anulables, fundándose en la injusticia de la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932, y *ese artículo 6.º es el único aplicable a este caso*, como rectamente ha hecho la resolución recurrida, *porque debido a que regula exclusivamente esas actuaciones judiciales de divorcio y separación, constituye una excepción a las normas más generales que determinan la situación y recurso de las demás sentencias pronunciadas en territorio dominado por los marxistas*; y no puede negarse a las sentencias, con el fin de excluirlas de lo dispuesto en este artículo, su cualidad de actuaciones judiciales que le asignan la Ley de Enjuiciamiento civil al referirse a ellas los artículos que integran el título VI de su libro primero y mencionarlas expresamente algunos de ellos, lo mismo que hacen constantemente la doctrina y la jurisprudencia; y *siendo nulas por declaración de la Ley tales sen-*

tencias de divorcio, no puede tramitarse pleito alguno para hacer la misma declaración.

CONSIDERANDO: Que no es de estimar el motivo segundo del recurso porque invoca como infringida una Ley de 11 de marzo de 1938 en su artículo 1.º, y ninguna de las disposiciones legales de esa fecha guarda relación con la materia de este pleito, con lo que no está en *el caso quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil de inadmisión del recurso*, que, *según constante jurisprudencia, es también causa para su desestimación.*

CONSIDERANDO: Que tampoco ha podido infringirse, como pretende ese mismo motivo segundo, el artículo 1.º de la Ley del Matrimonio civil de 28 de junio de 1932, que reconoce como única forma de matrimonio el civil, porque al denegar la Sala sentenciadora la tramitación del recurso de revista no ha hecho declaración alguna sobre la materia de esa Ley, que ya estaba derogada en 1946, y menos ha cometido la infracción alegada del artículo 5.º del Código civil, sino que ha aplicado debidamente sus principios generales.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto del recurso, como empieza el mismo por reconocer, plantea *una cuestión de índole meramente procesal* al impugnar la negativa de tramitación de un incidente de previo y especial pronunciamiento, que, por consiguiente, *no puede ser objeto de un recurso de casación por infracción de ley.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 JUNIO 1949

Competencia—inexistencia de sumisión.

Al no existir pacto de sumisión expresa a determinado Juez debe atribuirse la competencia al del domicilio del demandado.

SENTENCIA 17 JUNIO 1949

Parafernales—hipoteca en garantía de devolución.

Para que pueda exigirse al marido la constitución de esta hipoteca es necesario que la entrega de bienes se verifique por la mujer ante Notario, sin que baste a estos efectos la confesión del marido ante Notario de haberlos recibido.

Derecho de familia—principios que le informan.

Las normas de la institución familiar están confiadas a la salvaguardia de los Tribunales, y aun sin petición expresa de los litigantes pueden y deben ser reputados faltos de todo valor los convenios que las violen.

Réplica—ampliación de peticiones.

Fué oportunamente solicitada la declaración de nulidad de un documento presentado con el escrito de contestación, al hacer tal solicitud en la réplica.

ANTECEDENTES.—(Véase considerando 2.º)—En primera instancia el marido fué condenado a la constitución de hipoteca y, estimándose en parte su reconvencción, se le reconoció derecho a intervenir como partícipe pro indiviso en la administración y posesión de determinadas fincas. La Audiencia revocó la sentencia, declarando: que no existía obligación de constituir hipoteca por los bienes que el marido confesó haber recibido, pero sí para asegurar determinada venta; la inexistencia del contrato de 1926; la obligación de devolver los bienes que mutuamente se entregaron en virtud de aquél; ordenando que no se levantara la anotación preventiva hasta que se ejecute la sentencia. Interponen recurso de casación por infracción de ley ambos litigantes.

MOTIVOS.—A) Recurso de la demandante:

1.º Al amparo del art. 1.692, 1.º; infracción de los arts. 1.384 y 1.345 del C. c., al no exigir la hipoteca.

2.º Al amparo de 1.692, 1.º; infracción de los arts. 317, 1.361 y 1.352, al negar capacidad a la demandante.

3.º Al amparo de 1.692, 1.º; infracción de 1.283 y 1.284 del C. c., al no estimar la existencia de la entrega de bienes en la escritura.

4.º Al amparo de 1.692, 7.º; infracción de 1.218 y 1.232.

B) Recurso del demandado:

1.º Al amparo de 1.692, 2.º; infracción de los arts. 359 y 548 de la L. E. C. porque no se interesó oportunamente la nulidad declarada en la sentencia.

2.º Al amparo de 1.692, 2.º; infracción del 359 porque las devoluciones no fueron pedidas por los litigantes.

3.º Al amparo de 1.692, 4.º: al declarar la inexistencia y nulidad del contrato, se contradice.

4.º Al amparo de 1.692, 3.º; infracción del 359 L. E. C. porque faltan pronunciamientos sobre pretensiones de las partes; o, de no estimarse, infracción por inaplicación de los arts. 348, 392, 393, 394, 398 y 399 del C. c., al amparo de 1.692, 1.º

5.º Al amparo de 1.692, 2.º y 3.º; infracción de 359 y 361 L. E. C. por otro defecto en los pronunciamientos; o, de no estimarse, infracción por inaplicación de los arts. 1.404, 1.412 y 59 del C. c., al amparo de 1.692, 1.º

6.º Al amparo de 1.692, 1.º; infracción del art. 42, 1.º, de la Ley Hipotecaria, al condicionar el levantamiento de la anotación preventiva a la ejecución de la sentencia y no de uno de sus pronunciamientos.

CONSIDERANDO: Que como hechos fundamentales reconocidos por las partes y afirmados en la sentencia hay que tener presente para la resolución de las cuestiones debatidas los siguientes: que la demandante, de edad de veintidós años, y antes del año de su matrimonio, en 25 de noviembre de 1912, otorgó con su marido, en unión del tutor de la demandante, una escritura en que a la vez que se acordaba cancelar la hipoteca que en garantía del fiel desempeño de la tutela de dicha señora tenía constituida el tutor, el marido reconoció que su esposa tenía ingresados en la sociedad legal de gananciales diferentes bienes muebles reseñados en dicha escritura, sin que el Notario diera fe de la entrega de los referidos bienes, afirmando aquél los tenía recibidos en concepto de parafernales para su administración; pero consignándose también que no se habían otorgado ante-

riormente capitulaciones matrimoniales ni los bienes habían sido entregados bajo fe de Notario; que las relaciones entre los cónyuges sufrieron posteriormente diferentes vicisitudes, y que deseando terminar sus desavenencias suscribieron en 21 de noviembre de 1926 un documento privado de transacción en el que se regulaban las relaciones entre ambos sobre base de su separación, quedando los dos hijos varones en poder del marido y se establecían diversos pactos sobre los bienes que disfrutaba la mujer; y, finalmente, que la declaración de ineficacia de este convenio no fué interesada por la demandante hasta el trámite de réplica y contestación a la reconvencción deducida por el marido.

CONSIDERANDO: Que entrando ante todo en el examen del primer recurso deducido por la demandante, hay que rechazar la procedencia del motivo tercero, fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, y en la que se sostiene que al interpretar la sentencia la escritura mencionada en el sentido de que no hubo por parte de la mujer entrega de bienes al marido por ante Notario se infringieron los artículos 1.283 y 1.284 del Código civil, que disponen, respectivamente, que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deben comprenderse en el mismo casos diferentes de aquellos sobre los que los contratantes se hubiesen propuesto convenir, y el segundo, que si alguna cláusula admitiese diversos sentidos deberá interpretarse en el más adecuado para que produzca efecto, pues la sentencia de instancia no niega que el marido reconociese en el referido instrumento haber recibido los bienes que en el mismo se enumeran, sino que entiende que no se observaron en él los requisitos prevenidos por el artículo 1.384 del Código civil para que se originase el derecho reconocido por este precepto a la esposa para exigir la constitución de hipoteca por razón de la entrega de parafernales, cuestión de interpretación legal y no contractual, por lo que no es posible admitir la infracción de los referidos preceptos.

CONSIDERANDO: Que por semejante razón se impone la desestimación del motivo cuarto referente a error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 1.218 y 1.232 del Código civil, en orden a la eficacia de los documentos públicos y de la confesión judicial, respectivamente, porque ni se niega por la sentencia el valor de aquéllos ni se desconoce la realidad de las manifestaciones del demandado en la escritura, sino que se sostiene que éstas son insuficientes para determinar el nacimiento del derecho que se trata de hacer efectivo desde el momento en que el Notario no da fe de haberse verificado ante el mismo la entrega de los bienes muebles en cuya garantía había de constituirse la hipoteca.

CONSIDERANDO: Que entrando en el primer motivo fundamental del aludido recurso, donde se alegan, en primer término, con invocación del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámites, la infracción del artículo 1.384 del Código civil al no dar lugar a la demanda en cuanto se interesaba en ella se condenase al marido a constituir hipoteca sobre sus propios bienes suficiente a asegurar el valor asignado a los citados bienes muebles en la escritura de referencia por entender la Sala que el Notario no daba fe de la entrega de los mismos y que esta circunstancia era indispensable para que aquél pudiera reputarse obligado a prestar dicha ga-

rantía, hay que atender, en primer término, a la interpretación literal del texto legal, que es clarísimo, pues exige que tales bienes sean "entregados por la mujer ante Notario", lo que equivale a que éste asevere con la garantía de la fe notarial que la entrega de los mismos se verifique ante él cuando de muebles se trate, ya que respecto de los inmuebles cabrá aplicar por analogía el artículo 1.462 del Código civil, precepto que se repite en la Ley Hipotecaria, vigente cuando se presentó la demanda (art. 168, número 1.º; 169, número 2.º, y 180), y en el artículo 176 de la que actualmente rige, donde se reitera que "el marido no podrá ser obligado a constituir hipoteca por los bienes parafernales muebles de su mujer, sino cuando éstos le sean entregados para su administración por escritura pública y bajo fe de Notario", y que viene a traducir en la legislación actual aquella exigencia de la legislación anterior al Código civil de que tal entrega se verificase *señaladamente* y que sanciona la *doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de junio de 1885, 11 de octubre de 1886, 13 de enero de 1888 y 26 de junio de 1890, de las que se infiere no sea la confesión del marido bastante para acreditarla a estos efectos*, y en caso presente se empieza por afirmar en la escritura que los bienes no se entregaron bajo fe notarial, y aunque se reseñan dichos bienes muebles en unión de otros inmuebles que no se hallan en juego en el presente recurso, y el marido reconoce haberlos recibido para su administración como parafernales, *estas afirmaciones podrán servir de base a una exigencia para su devolución, en su caso, según reconoce la sentencia; pero no a la constitución de hipoteca en garantía de dicha devolución que por preceptos legales claros y terminantes requiere que la entrega de los muebles se verifique por la mujer ante Notario.*

CONSIDERANDO: Que aunque el artículo 1.345, que también se cita como infringido en el recurso, pudiera tener aplicación al caso presente, por más que se refiera no a los bienes parafernales, sino a los de la dote inestimada, en cuanto permite exigir la constitución de hipoteca por su valor siempre que la confesión de dote por el marido se haga dentro del primer año de matrimonio, como se hizo en este caso el reconocimiento de haber recibido los bienes dicho marido, nunca podría reputarse infringido, porque para la exigencia de hipoteca en este supuesto se requiere que se haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales en el momento de deducir la reclamación judicial, lo que no se ha verificado en este caso, exigencia tanto más atendible cuando existen indicios de que varios de dichos bienes desaparecieron durante la época roja y cuando la entrega de bienes se produjo en 1912 y la demandada en que se solicita la constitución de hipoteca tuvo lugar en 1945, es decir, treinta y tres años después de la confesión del marido de haber recibido los bienes, procediendo por todo ello la de estimación de este motivo del recurso, sin que quepa entrar en el examen del motivo cuarto desde el momento en que se estima que la entrega de bienes no se verificó en condiciones suficientes para dar lugar a la exigencia de constitución de hipoteca, lo que impediría acceder a la demanda, aunque se estime que, no obstante su minoría de edad, se hallaba la mujer facultada para el acto en cuestión.

CONSIDERANDO: Que respecto del recurso interpuesto por el marido,

fundados sus motivos primero y segundo en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por sostener el recurrente que al declarar la sentencia de instancia en los apartados 4.º y 5.º del fallo la ineficacia del convenio celebrado por ambos cónyuges por documento privado de 25 de noviembre de 1926, y protocolado en igual fecha en la Notaría, y en el que tratando de solucionar las diferencias existentes entre los mismos establecían ciertas disposiciones en orden a las relaciones personales y patrimoniales entre ellos y sobre el cuidado de sus hijos, disponiendo a la vez dicha sentencia la devolución de lo que los supuestos contratos hubieran percibido por razón del pretendido convenio. infringió el artículo 359 de la expresada Ley, por no haberse solicitado oportunamente tales pronunciamientos y sí sólo en la petición del escrito de réplica, debe tal motivo ser desestimado, porque en primer lugar dicho convenio entre los cónyuges es carente de toda eficacia legal por imperativo de los preceptos invocados por la Sala como contrario a las normas de la institución familiar, que están confiadas a la salvaguardia de los Tribunales, y aun sin petición expresa de los litigantes pueden y deben ser reputados como faltos de todo valor, y porque además tal declaración en la réplica, como respuesta a la invocación de dicho documento presentado por el marido como contestación a la demanda, ha de estimarse fué oportunamente solicitada su declaración de inexistencia, aparte de que versando la demanda lo que se declara sobre bienes a que se refiere dicho documento, no se alteró lo sustancial del pleito, que es lo que no puede hacerse en el escrito de réplica, según previene el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en cuanto a las devoluciones decretadas en la sentencia, esta disposición de orden genérica no es sino una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.303 del Código civil al establecer la pena caso de declaración de nulidad de un contrato, y es sabido que las sentencias de los Tribunales deben, conforme al citado artículo 359, hacer aquellas declaraciones que exijan los pronunciamientos del fallo.

CONSIDERANDO: Que igualmente es desestimable el tercer motivo del recurso donde se pretende que existe contradicción en la sentencia porque se habla en el fallo de la inexistencia o nulidad del referido convenio, ya que, sea cualquiera la imprecisión técnica que en el uso indistinto de ambos términos pueda revelarse, es evidente que el sentido de la misma aparece claro y terminante al negar toda eficacia al expresado documento por las razones aducidas en sus Considerandos.

CONSIDERANDO: Que tampoco es lícito sostener como se verifica en el motivo cuarto del recurso con invocación del número 3.º del artículo 1.692, que la sentencia haya dejado de resolver las peticiones segunda, tercera, cuarta y sexta de la reconvencción formulada por el demandado y relativa a la Administración, percepción de frutos y distribución de gastos de aquellas fincas que se declaran en dicha resolución pertenecen en las porciones que se indican a uno y otro cónyuge, ya que, reconocido el derecho de propiedad del marido sobre dichas porciones, no precisaba hacer consignación expresa de tales facultades, que no son sino consecuencia indeclinable del reconocimiento de su derecho de propiedad.

CONSIDERANDO: Que en cuanto a la infracción de los artículos 359 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento civil a que alude el motivo cuarto, haciéndola descansar en los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la mentada Ley, por reputar que habiendo interesado el demandado se reconociese su derecho a que se le abonaran determinadas mejoras en una de las fincas que habrían de valorarse en ejecución de sentencia, no puede ser estimada tal infracción porque, no es que la sentencia deje de resolver sobre dichos extremos, sino que estima que, no habiendo llegado el momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, no es posible apreciar ni valorar tales mejoras.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, también debe ser desestimado el último motivo en que se alega haber sido infringido el artículo 42 de la Ley Hipotecaria por el hecho de que la sentencia disponga que no se alce la anotación preventiva de la demanda hasta que no se cumpla la sentencia que contiene determinados particulares condenatorios para el marido, siendo así que ésta incluye también pronunciamientos que no tienen relación con dicha anotación preventiva, y absuelve al marido de determinados extremos de la demanda; pero, en primer término, la adopción de una medida de carácter cautelar como anotación preventiva, no es definitiva, lo que hace inadmisibile el recurso en este punto; pero además el motivo sería en todo caso improcedente porque lógicamente hay que poner tal concepto del fallo en relación con los demás extremos del mismo, a los que sólo puede referirse la subsistencia de la anotación preventiva de dicha demanda, aclaración que en todo caso pudo y debió ser solicitada mediante el oportuno recurso autorizado por el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero que nunca sería posible traer a un recurso de casación por infracción de Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 JUNIO 1949

Conforme al artículo 75 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no podrá proponer la inhibitoria o la declinatoria el litigante que se hubiere sometido expresa o tácitamente al Juez o Tribunal que conozca del asunto.

SENTENCIA 18 JUNIO 1949

Retracto de comuneros—cargo de la prueba.

La prueba del día en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta corresponde a éste para proporcionar la fecha de partida en la cuenta del plazo fuera del cual no podía ejercitar el retracto.

ANTECEDENTES.—Por escritura pública de 11 de febrero de 1941 el demandante y su hermano compran la mitad indivisa de una finca. La otra mitad había sido vendida el 10 de marzo de 1938, por documento privado

que afirma no haber conocido el demandante hasta el año 1944. Al conocerlo, interpone en 6 de junio de 1944 demanda de juicio de retracto. El comprador afirma que habiendo conocido aquél la primera venta por dos actas notariales de 17 y 18 de febrero de 1944, y no teniendo quien figure en ellas como requirente interés conocido en la finca, sino que obraba por instigación del demandante, debió éste tener conocimiento mucho antes de julio además, el demandante no tiene la condición de comunero, sino desde tres años después de la venta; y afirma haber vendido las tres cuartas partes de su mitad al hermano del demandante el 1 de junio de 1944 y el cuarto restante a otra persona anteriormente. El Juez dió lugar al retracto y la Audiencia revocó la sentencia. El demandante recurre en casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primeró. Al amparo del art. 1.692, 7.º; infracción del artículo 1.227 del C. c.: la fecha de la venta de la mitad retraída de la finca consta en documento privado, que no puede tener efectos frente a terceros.

Segundo. Al amparo del art. 1.692, 1.º; infracción 1.227 por el mismo motivo.

Tercero. Al amparo del art. 1.692, 1.º; interpretación errónea del artículo 1.522 del C. c. y aplicación indebida de las SS. 12-XII-1898, 8-III-1901 y 12-X-1912, porque estas sentencias, para afirmar que es necesario que el retrayente sea condómino en el momento de la enajenación, contemplan casos distintos del de autos.

Cuarto. Al amparo del art. 1.692, 7.º; infracción de los artículos 1.253 y 1.249 del C. c., porque entre el conocimiento por medio de las actas y la fecha del conocimiento no hay enlace lógico; y no sirve, a este efecto, el que quien levantó las actas no ejercitase acción, porque éste es un hecho sin comprobación.

Quinto. Interpretación errónea de los artículos 1.521 y 1.522 del Código civil y aplicación indebida de las SS. 8-VI-1906, 10-V-1904, 11-X-19 5: una enajenación posterior a la presentación de la demanda no puede influir en la legitimación pasiva para este juicio.

CONSIDERANDO: Que en la demanda de retracto, presentada el día 6 de julio de 1944, no se fijó, ni probó después, *el día en que el actor tuvo conocimiento de la venta, conocimiento cuya alegación a él correspondía para proporcionar la fecha de partida en la cuenta del plazo fuera del cual no podía ejercitar el retracto, según prohibición establecida por el artículo 1.524 del Código civil.*

CONSIDERANDO: Que para determinar el tiempo en que el retrayente, don L. R. M, tuvo conocimiento de dicha enajenación, determinación obligada, como cuestión planteada y debatida en el pleito, y, ante la omisión de alegación precisa y prueba directa sobre ella, en la sentencia se utilizaron dos hechos de apreciación no impugnados en el recurso, cuales son: que el demandante conoció la venta por las actas notariales levantadas el 17 y 18 de febrero de 1944, a instancia de don G. R. L., y que éste no facilitó a aquél dichas actas, y de un elemento negativo, que es no haberse alegado ni probado por el actor interés alguno de don G. R. L., en tales actas, sino fué el de facilitarlas el mismo actor.

CONSIDERANDO: Que de esos únicos elementos proporcionados en el pleito, para determinar el plazo en cuestión, en la sentencia recurrida se dedujo, con buen criterio, que la venta fué conocida por el demandante en fecha próxima a la de las actas, deducción razonable, no contradicha por ningún otro elemento del pleito, ni siquiera por las alegaciones de la

demanda, que respecto a este extremo sólo dice que el demandante se enteró de la venta "por una circunstancia ocasional", sin expresar cuál fuese esa circunstancia ni cuándo se produjo, y deducción, además, indiscutiblemente más ajustada a la verosimilitud lógica que la contraria, a la que tendría que llegarse por un silogismo así formulado: Don L. R. M. se enteró de la venta por dos actas notariales que le facilitó don G. R. L., sin ningún interés conocido en ellas; esas actas fueron levantadas los días 17 y 18 de febrero de 1944, luego don L. R. M. no se enteró de la venta hasta transcurridos cuatro meses después del último de dichos días, conclusión lógicamente rechazable.

CONSIDERANDO: Que lo expuesto impone la desestimación del recurso por su cuarto motivo, y, como prevaleciendo la apreciación de la sentencia recurrida de haberse ejercitado el retracto fuera del plazo señalado en el artículo 1.524 del Código civil, la aplicación al caso del citado precepto legal llevaría, cualesquiera que fuesen las circunstancias de la primera y posteriores enajenaciones y el derecho del demandante, a la absolución de la demanda, que es precisamente el fallo de la sentencia, es innecesaria, como se había previsto, la consideración de los otros motivos del recurso para su obligada desestimación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 JUNIO 1949

Pobreza—recurso de casación contra sentencia de instancia que la deniega: apreciación de los incidentes como parte del pleito principal.

Solicitado beneficio de pobreza para entablar reclamación que debe ventilarse en juicio declarativo de menor cuantía, cuya resolución definitiva no puede ser recurrida en casación, imposibilita también tal recurso para la demanda de pobreza que con la expresada finalidad se pretende.

CONSIDERANDO: Que según tiene declarado esta Sala en sentencia de 25 de septiembre de 1929, el incidente de pobreza debe ser apreciado como parte del pleito principal, y según la de 29 de mayo de 1933, sólo en situaciones especiales puede en un incidente utilizarse un recurso que no se da contra la resolución definitiva de dicho pleito.

CONSIDERANDO: Que según se desprende del escrito inicial de este incidente, tal como en el apuntamiento se reseña, el actor se propone mediante el beneficio de pobreza que solicita, entablar reclamación de 10.000 pesetas contra don A. N. de C., por atropello de un hijo suyo, lo que habrá de ventilarse en juicio de menor cuantía, cuya resolución definitiva no puede ser recurrida en casación, que no se da en tales juicios, lo cual imposibilita también tal recurso para la demanda de pobreza que con la expresada finalidad se pretende.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 JUNIO 1949

Competencia—improcedencia de la acumulación cuando la competencia es distinta por no vincular a uno de los litigantes la sumisión expresa de un tercero.

No cabe la acumulación cuando con ella se priva de su propio fuero al demandado que lo reclama por no afectarle la sumisión expresa en una póliza de seguro en que no ha sido parte.

SENTENCIA 24 JUNIO 1949

Servicios médicos—competencia para conocer la reclamación de honorarios para la prestación de los mismos.

Siendo habitual en la prestación de tales servicios la no existencia de contrato alguno—si bien en el caso de autos hubo determinados escritos que hicieron la función de probatorios de aquél—es reiterada doctrina que la competencia para conocer de la reclamación del pago de servicios corresponde al Juez del lugar en que los servicios se prestaron.

SENTENCIA 25 JUNIO 1949

Sumisión expresa de una corporación de carácter público como determinante de competencia.

Siendo la acción ejercitada de carácter personal y derivada de un contrato de arrendamiento de servicios entre una empresa particular y una corporación de carácter público, habiendo sumisión por parte de ésta, la misma no queda enervada por el hecho de tener aquel carácter, porque dirigida contra ella la acción, como persona jurídica, para el cumplimiento de un contrato civil, pudo en el ejercicio de sus facultades renunciar a su propio fuero.

SENTENCIA 25 JUNIO 1949

Obligaciones—pago—asunción de responsabilidad por un codeudor.

La asunción por el deudor de la responsabilidad de pago de una deuda produce como consecuencia la vinculación directa en él de la obligación de pagar, según sentencia de 9 de diciembre de 1916.

Letra de cambio

La asunción por un codeudor de la responsabilidad de pago de una deuda hace inoponible para aquél la excepción de falta de provisión de fondos, de acuerdo con el artículo 457 del C. de C.

ANTECEDENTES. (V. Considerandos 1.º y 2.º)—El ex-socio librador de las letras (ya perjudicadas) reclama en juicio declarativo el pago de la deuda. Se reconviene la nulidad del contrato por usurero. El Juez admite la demanda condenando al pago y declara no haber lugar a la nulidad. La Audiencia desestima la demanda, sin declarar nulo el contrato tampoco. El demandante y apelado interpone recurso de casación por infracción de ley.

MOTIVOS.—Primero. Al amparo del art. 1.692, 7.º: error de hecho en la apreciación de la prueba al no apreciar la Sala la deuda de la demandada en el contrato reconocido por ambas partes y exigir la provisión de fondos para el pago de las letras

Segundo. Al amparo del art. 1.692, 7.º: error de derecho por las mismas razones.

Tercero. Al amparo del art. 1.092, 1.º: aplicación indebida de los artículos 456 y 457 del C. de C. y la S. 30-I-1936, por no existir contrato de cambio, sino letras con la finalidad de asegurar el pago de una deuda.

• CONSIDERANDO: Que para enjuiciar ordenadamente la cuestión debatida en el pleito origen del recurso presente y examinar los razonamientos que sustentan la impugnación de la sentencia recurrida, es ineludible partir del documento privado de 11 de enero de 1941, que fué suscrito por ambos litigantes y que por haber sido plenamente reconocido por los mismo tiene fuerza de escritura pública entre ellos, según el artículo 1.225 del Código civil y constituye, a tenor del artículo 1.091 del mismo ordenamiento sustantivo, la norma legal a que deben ajustarse sus otorgantes para el cumplimiento de las diversas estipulaciones en él pactadas.

CONSIDERANDO: Que al disolverse por el aludido contrato de 11 de enero de 1941 la Sociedad privada que se constituyó entre las herederas de don C. de C., que representaban el nombre comercial "C. de C.", y el hoy recurrente para la explotación durante el año 1940 del negocio mercantil establecido en Madrid bajo aquella denominación, se hallaron frente a frente para convenir y ejecutar los efectos de aquella disolución, por un lado, el actor Sr. B., y por otro, la comunidad hereditaria de don C. de C., formada por su viuda, la demandada y sus tres hijas, quienes, aun girando bajo el nombre comercial aludido no consta que hubieran constituido entidad o compañía mercantil con propia e independiente personalidad para la explotación del negocio referido, y al pactarse en el aludido contrato privado la forma en que había de realizarse el pago de la cantidad que formada por la suma de su aportación a la Sociedad que se disolvía y beneficio obtenido en la misma, dejaba en concepto de préstamo para el dicho negocio, en poder de las herederas de don C. de C., el repetido señor B., se convino que como estipulación principal aquélla se efectuase mediante el libramiento por el acreedor de cuatro letras de cambio de vencimiento escalonado durante el año 1941 y por el importe cada una de ellas de la cuarta parte de la suma prestada, las cuales habrían de ser aceptadas precisamente por la demandada y codeudora doña M. V., como así, en efecto, se realizó, y de aquí se infiere claramente la existencia en dicho contrato de un crédito a favor del señor B, cuyo reconocimiento fué hecho conjuntamente por todos los componentes de la comunidad hereditaria de don C. de C., pero la responsabilidad del pago

del mismo quedó atribuida única y exclusivamente a doña M. V., con su consentimiento y el conocimiento y aquiescencia también de las demás deudoras que firmaron sin reserva alguna el repetido documento normativo de la disolución de la mentada Sociedad de 1940, y *este pacto sobre asunción de la responsabilidad de pago de la deuda, acerca de cuya licitud no cabe duda alguna y que se halla por ello amparado por el artículo 1.255 del Código civil, produce como consecuencia, y este criterio ya fué exteriorizado por esta Sala en su sentencia de 9 diciembre de 1916, la vinculación directa en doña M. V. de la obligación de pagar dichas letras en su cualidad de aceptante de las mismas al ser su importe reclamado por el librador, sin que sea necesario en este caso demostrar la provisión de fondos por el librador al aceptante como obligada condición antecedente, a tenor del artículo 456 del Código de Comercio, por cuanto siendo tales letras el instrumento representativo del crédito reconocido al actor por la comunidad hereditaria en el tantas veces citado documento privado de 11 de enero, la provisión de fondos resulta hecha con arreglo a lo que dispone el artículo 457 del citado ordenamiento mercantil, por existir al vencimiento de aquéllos una deuda por igual cantidad de la que es acreedor el librador de las cambiales y hallarse designada la aceptante como deudora principal mediante una lícita convención que, de no ser apreciada de este modo, carecería de valor y eficacia jurídica alguna en cuanto al objeto que los otorgantes se propusieron.*

CONSIDERANDO: Que en méritos de lo expuesto es obligado reconocer que el Tribunal *a quo*, al fundamentar su resolución, interpretó erróneamente al aplicarlos al caso debatido en la forma que lo hizo los artículos 456 y 457 del Código de Comercio y la doctrina jurisprudencial que cita, y procede estimar el tercero de los motivos en que se apoya el recurso formulado, sin que en virtud de ello sea necesario examinar separadamente los motivos primero y segundo del mismo porque, aparte de que con la estimación de aquél existe razón suficiente para la casación de la sentencia recurrida, puede apreciarse que virtualmente quedan también aceptados los otros por la notoria congruencia y enlace que tienen entre sí los razonamientos que a los unos y al otro sirven de apoyo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 27 JUNIO 1949

Lev de Desbloqueo—contraprestación a prestaciones periódicas.

Habiéndose realizado varias prestaciones en moneda de distintos valores, la contraprestación debida y no pagada, tasada en determinado momento de la dominación marxista no ha de reducirse inexorablemente al porcentaje que la Ley de Desbloqueo señala para ese momento, y es lícito al Tribunal tomar en consideración para la reducción los porcentajes correspondientes a las prestaciones dichas.

ANTECEDENTES.—El 29 de agosto de 1933 se concertó un seguro de incendio en los bienes de un laboratorio, haciéndose constar que ya existía uno concertado con otra Compañía, y, por tanto, ambas aseguradoras contribuirían por igual en su caso. El laboratorio estuvo situado en zona marxista, y las dos últimas primas anuales se pagaron en 30 de agosto de 1936 y en igual fecha de 1937. El 2 de septiembre de 1937 se produjo un incendio, cuyos daños tasaron los peritos, tomando como base las facturas anteriores al 18 de julio de 1936. Una de las Compañías pagó la indemnización en enero de 1938, y no habiéndolo hecho la otra, se le demanda para que lo haga; solicita entonces que se reduzca la suma a pagar, de acuerdo con el porcentaje que señala la Ley de Desbloqueo para la fecha del siniestro (40 por 100). Así lo hizo la sentencia de instancia, que fué revocada en apelación, señalándose un 86 por 100 como porcentaje a abonar. La Compañía demandada interpone recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal.

MOTIVOS.—Primero. Infracción de los artículos 12 y 37 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, por no corresponder la cantidad señalada en la sentencia a ninguno de los porcentajes de la escala de la Ley, que es inexorable.

Segundo. Infracción de doctrina legal sobre el principio "nadie puede ir contra sus propios actos", pues la parte recurrida aceptó a la otra aseguradora el pago en moneda roja.

CONSIDERANDO: Que si bien de ordinario, y para mayor facilidad de pago de la prima acostumbra a dividirse en plazos periódicos el seguro, no cabe dudar de que éste, como contrato, es único en su duración y de tracto sucesivo continuo; y con relación al caso ahora controvertido—y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 12 y 37 de la Ley de 7 de diciembre de 1939—, si el contrato cuyo cumplimiento se reclama por la recurrida tenía el carácter de único en su duración, *no cabe admitir que por haberse realizado uno de los pagos—el último—en agosto de 1937 y sobrevenir el siniestro en el mes de septiembre del mismo año, deba reducirse al 40 por 100 el importe total de la cantidad a satisfacer por la recurrente y prescindir de que la asegurada había abonado con anterioridad al 19 de julio de 1936 y en moneda de valor normal el importe de tres anualidades, e igualmente en agosto de dicho año otra anualidad en moneda que con arreglo a la escala establecida en el artículo 12 de aquella Ley solamente había perdido un 50 por 100 de su valor nominal; de donde se sigue que atendidos los términos del citado artículo 37, es lógico entender que así como las prestaciones dinerarias efectivamente recibidas por la recurrente bajo dominio marxista deben apreciarse conforme a la escala del porcentaje fijado en el repetido artículo 12, apartado D)—y, por tanto, estimar en un 90 por 100 de su valor nominal la realizada en agosto de 1936, y en un 40 por 100 la satisfecha en el mismo mes de 1947—, no puede reducirse el de las abonadas en moneda de valor normal con anterioridad al 19 de julio de 1936, razones las expuestas de las que se sigue que la Sala de instancia ha procedido con acierto al señalar el total importe de las cantidades a satisfacer por la recurrente e impiden entender que el fallo infringe los preceptos legales señalados en el motivo primero del recurso, el cual, por tanto, no puede prosperar.*

CONSIDERANDO: Con relación al segundo de los mismos, que aparte de no constar si "Laboratorios Unitex" solicitó o no la revisión del pago hecho por "La Catalana"—y así lo declara la sentencia sin que tal declaración se impugne—, debe tenerse en cuenta que si bien con arreglo a lo convenido por la asegurada con las aseguradoras había de contribuir cada una de éstas proporcionalmente al pago de los daños en caso de siniestro, resulta indudable que la bonificación a ventaja patrimonial que pueda haber otorgado "Laboratorios Unitex" a aquella Compañía al abstenerse de solicitar la revisión del pago hecho por la misma, además de no redundar en perjuicio de la recurrente, ya que no aumenta el importe de su deuda, no cabe sea invocada por esta segunda como título para exigir igual beneficio, pues no sólo dimanar de diferentes contratos las obligaciones de una y otra, sino que—bajo distintos aspectos—la indicada bonificación puede aplicarse teniendo en cuenta que mientras "La Catalana" pagó su deuda dos días después de practicada la tasación pericial, la recurrente "Albin-gia" no observó igual conducta y se halla aún en descubierto de la cantidad que le corresponde hacer efectiva, a pesar de haber transcurrido más de once años desde la fecha del siniestro, consideraciones todas de las que se sigue que faltan términos hábiles para estimar infringidos en el fallo el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos y la norma contenida en el artículo 385 del Código de comercio, imponiéndose, en consecuencia, la desestimación del segundo motivo de los invocados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 JUNIO 1949

Desistimiento—requisitos.

Una vez contestada la demanda, el actor no puede abandonar el proceso (desistimiento) sin la aceptación del demandado.

Renuncia de la acción

Implica la del hecho correspondiente y puede ser realizada por decisión unilateral del demandante en cualquier estado de los autos, al amparo del artículo 4.º del C. c.

ANTECEDENTES.—(Recogidos en los considerandos.) Se trata de dos recursos de casación contra un auto de la Audiencia que confirma otro del Juzgado.

MOTIVOS.—A) Recurso por infracción de ley (demandante).

Único. Al amparo de 1.692, 1.º: infracción de los artículos 659, 671, 930, 335, 939, 946, 956 y 1.257 del C. c. en relación con el 525 de la L. E. C., al no citar a los herederos del causante.

B) Recurso por infracción de ley (demandada).

1.º Al amparo de 1.692, 1.º: violación de los artículos 4.º, 5.º, 1.089, 1.887, 1.251 y 1.252 del C. c. y la doctrina jurisprudencial del cuasi-con-

trato de "litis contestatio", al negar a la demandada la cosa juzgada a que tiene derecho.

2.º Al amparo de 1.692, 1.º, 2.º, 3.º y 6.º: violación de los artículos 359 y 361 de la L. E. C., defecto de ejercicio de jurisdicción y violación del artículo 6.º del C. c. al no dictar sentencia de fondo.

CONSIDERANDO: Que en la súplica de la demanda se hizo constar que se deducía la misma contra doña M. G. D. y A., en concepto de madre y representante legal de sus menores hijos don J., don L., doña M. y doña M. L. y G. D., en calidad éstos de herederos de doña M. G. de Z., y para el caso de que tales menores hubiesen repudiado la herencia, con suficiencia jurídica, también se dirigía la acción contra los que pudieran ser herederos legítimos de la mencionada señora, y, en su nombre, el Ministerio Fiscal, mandando emplazarlos y además publicarlo en el *Boletín Oficial del Estado* y en el de la provincia, a cuya demanda recayó providencia por la que se ordenó se diera traslado a la citada demandada, para que compareciera en autos y contestara a la demanda, sin que recayera acuerdo alguno respecto al emplazamiento del Ministerio Fiscal, en representación de los que pudieran resultar herederos de la mencionada señora, en el caso de que los nombrados hubiesen repudiado la herencia, habiendo sido consentida por las partes la expresada providencia.

CONSIDERANDO: Que habiéndose estimado en el oportuno incidente la excepción de falta de personalidad de los demandados, don J., don L. y doña M. L. y G. D., por no tener el carácter de herederos de doña M. G. de Z., toda vez que habían repudiado su herencia, y habiendo desistido el actor de la acción entablada contra doña M. L. y G. D. por haberse acreditado que también había repudiado dicha herencia, solicitó el demandante que se dictase y emplazase a los que pudieran ser herederos testamentarios o legítimos de la expresada causante y, en su nombre, al Ministerio Fiscal, pretensión que en definitiva ha sido denegada por el auto recurrido, y sean cualesquiera los fundamentos de esta resolución, es lo cierto que la falta de emplazamiento en primera o segunda instancia de las personas que hubieran debido de ser citadas para el juicio, constituiría un quebrantamiento de las formas esenciales del mismo, que podrían dar lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma, conforme al número primero del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero no a un recurso de casación por infracción de ley que pueda ampararse en el número primero del artículo 1.692 de dicha Ley, como es el interpuesto por don J. M., don E. y don J. M. A. B., y cuyo recurso debe, por lo tanto, ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que al escrito de contestación de la demandada, doña M. L. y G. D., recayó providencia teniendo por contestada la demanda y ordenando que se diese traslado al actor para réplica, después de lo cual se presentó por éste escrito en el cual suplicaba se le tuviera por desistido de la acción que en los autos había ejercitado contra la citada demandada, en su cualidad de heredera de doña M. G. de Z. y G. y de su padre don J. L. Z., por haber perdido tal condición en méritos de la repudiación de sus herencias, pretensión en la cual insistió el actor, al recurrir contra la providencia recaída al expresado escrito, solicitando que se declarase haber

lugar a tenerle por desistido de dicha acción, con todos los efectos que llevaría consigo una sentencia desestimatoria.

CONSIDERANDO: Que esto establecido, resulta evidente que el acto realizado por el demandante no es un *mero desistimiento del proceso, el cual, una vez contestada la demanda, no puede ser abandonado por el actor sin la aceptación del demandado, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala*, sino que constituye una *renuncia de la acción que implica la del derecho correspondiente y que puede ser realizada por decisión unilateral del demandante en cualquier estado de los autos, toda vez que viene amparada por el principio proclamado en el artículo 4.º del Código civil*, según el cual los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero, y como en el caso presente no se trata de ninguna acción que tenga relación con el interés u orden público (estado civil, alimentos, etc.), sino que es puramente privada y su renuncia no puede causar perjuicio alguno a la parte demandada, ya que ha de producir para ella el mismo efecto que si se desestimase la acción, pudiendo invocar la resolución en que tal renuncia se estime como cosa juzgada en su favor, es visto que el auto recurrido, en cuanto tuvo por desistido al actor de la acción ejercitada contra la aludida demandada y ordenó que cesara la representación que de la misma ostentaba su Procurador en los autos, aplicó rectamente los principios enunciados y no infringió los artículos que se citan por la expresada demandada y recurrente en el primer motivo de su recurso.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo de dicho recurso, amparado en los números primero, segundo, tercero y sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se funda en la violación del artículo 6.º del Código civil y de los 359 y 361 de dicha Ley procesal, pero como el primero de los citados artículos se limita a declarar, en su párrafo primero, la responsabilidad del Tribunal que rehusare fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, el segundo le obliga a decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, y el tercero le prohíbe, bajo ningún pretexto, aplazar, dilatar ni negar la resolución de las cuestiones discutidas, resulta evidente que no han sido infringidos en el presente caso en que la cuestión de la renuncia de la acción, que el demandante venía ejercitando contra la demandada, después de ser discutida por las partes, fué resuelta por auto del Tribunal, es decir, en la forma exigida por la ley, dado el estado que los autos mantenían en el momento en que fué propuesta, por lo que procede desestimar también el segundo motivo del citado recurso.

FALLO.—No ha lugar a los recursos.

SENTENCIA 30 JUNIO 1949

Arrendamiento de industria: concepto.

Según el párrafo 2.º del artículo 4.º de la L. A. U., la industria está integrada por la reunión de un complejo de elementos materiales adecuados

entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, formando un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, unidad que constituye una unidad patrimonial.

Arrendamiento de industria: clientela.

La clientela no se transmite por separado en las locaciones por estar ligada a la industria.

Arrendamiento de industria: legislación aplicable.

Cuando el arriendo se refiera conjuntamente al local y la industria, con todos los elementos necesarios para su explotación creados por el arrendador desahuciante, y explotada por el mismo con antelación a la cesión del uso y goce temporal al arrendatario, es de aplicación la legislación común.

ANTECEDENTES.—Se discute el carácter de industria de un horno de panadería, arrendado "con todas sus maquinarias, enseres y artefactos". Intentado el desahucio por el arrendador, el arrendatario estima que el objeto del litigio es simplemente un local de negocio. Alega: 1.º que se vió obligado a comprar las materias primas a un arrendatario precedente; 2.º que no se le ha arrendado la clientela, elemento integrante de toda industria, pues el arrendador no podía disponer de ella, habiéndola pedido en un arrendamiento precedente. Por lo que el Juzgado competente no es el de primera instancia, ante el que se presenta la demanda. Aceptado tal criterio por éste, y en apelación, el demandante recurre en casación.

MOTIVOS.—Al amparo del artículo 1.692, 1.º, y del artículo 1.692, 5.º, de la L. E. C., por violación del artículo 4.º y aplicación indebida del artículo 5.º de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que es precedente legal de la distinción establecida entre los artículos 4.º y 5.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el Decreto de 21 de enero de 1936, interpretado por las sentencias de esta Sala, entre otras, las de 13 de marzo y 3 de mayo de 1943, 3 de julio de 1944 y 16 de marzo y 15 de abril de 1948, en el sentido de que en los juicios de desahucio de locales utilizados para industrias en ellos montado, cuando hayan sido creadas por los arrendatarios con sus propios medios económicos y actividad personal, es de aplicación el citado Decreto y, consiguientemente, la legislación de alquileres, pues fué dictado, según se expresa en su preámbulo y articulado para defender a dichos arrendatarios de los posibles abusos de sus arrendadores, pues no sería justo desposeerlos por ese medio de una riqueza por ellos creada, pero no es aplicable cuando el arriendo se refiera conjuntamente al local y la industria con todos los elementos necesarios para su explotación creados por el arrendador desahuciante y explotada por el mismo con antelación a la cesión del uso y goce temporal al arrendatario, en cuyo caso es de aplicación la legislación común, por faltar el supuesto previsto y regulado por el mencionado Decreto, de indisponible aplicación en todos los casos de arrendamiento de esa índole y,

sobre todo, en los contratos concertados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que existiendo esa constante y ya copiosa jurisprudencia, procede examinar con aplicación de ella el primer motivo del recurso, ya que a esa distinción se refiere y tratarse de un contrato de arriendo concertado el año 1937, imponiéndose, en su consecuencia, declarar que ese caso de autos, similar al resuelto por la sentencia de 16 de marzo de 1948, se trata de una industria creada por el arrendador y cedido su uso y goce temporal al arrendatario demandado en plena actividad, con todos los elementos precisos para su explotación, cuales eran, además del local donde tenía instalados el horno de panadería, con la maquinaria, útiles, enseres y artefactos *precisos* para su funcionamiento, que estima la Sala como existentes en el contrato de autos en el primero de sus considerandos.

CONSIDERANDO: Que no obsta a la anterior declaración la afirmación que hace la Sala a continuación de lo anteriormente dicho que el arrendatario no obtuvo la cesión de una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada, como exige el párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por el arrendatario, el cual, para desarrollar la industria tuvo que acudir al anterior arrendatario y comprarle las existencias de materias primas sobrantes de las empleadas en la industria, faltándole además algunos elementos integrantes, que no precisa, aludiendo tan sólo a la *clientela*, que dice no pudo transmitir por haberse desprendido de ella en la anterior locación, lo que no es de estimar por cuanto la misma, así como el metálico, créditos, obligaciones, trabajo de obreros especializados, pago de arbitrios, cupo de harinas, etc., que se indican en la sentencia de primera instancia, no son *transmisibles en las locaciones por separado por estar ligadas a las industrias* y constituyendo realmente la unidad patrimonial, como dice la tantas veces citada sentencia de 16 de marzo de 1948, *la organización de la industria, cuya organización está integrada "por la reunión de un complejo de elementos materiales adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente; es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, unidad que constituye la unidad patrimonial" a que alude el párrafo segundo del artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos*, pues de ello se deduce que existiendo en el caso de autos esa organización de elementos materiales, refirió todo al desarrollo de la industria, para el ejercicio de ésta en condiciones de poderse explotar, que se explotaron desde el primer momento en forma análoga a como se había explotado por otras personas antes de este contrato, es indudable que en el contrato se arrendó una verdadera industria, según el concepto racional de ésta, que coincide con el contenido en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que por lo antes expuesto procede la estimación del primer motivo del recurso por haber incurrido la sentencia recurrida en las infracciones que en el mismo se indican, y como consecuencia de ello también el segundo, por no proceder la aceptación de la excepción de incompetencia, ya que por tratarse de un desahucio de establecimiento indus-

trial creado por el arrendador demandante, el conocimiento del mismo corresponde a la legislación común, como ha sido tramitado.

FALLO: Ha lugar.

SENTENCIA 1 JULIO 1949

Competencia—lugar de cumplimiento de la obligación cuando la cosa vendida se factura por ferrocarril.

Cuando la cosa vendida se factura por ferrocarril por el vendedor se entiende entregada en el domicilio del mismo.

AUTO 1 JULIO 1949

Considerando que el auto recurrido resolvió un incidente de previo pronunciamiento, comprendido en el número 2.º del artículo 745 de la L. E. C., que se refiere a la personalidad de los litigantes o de su procurador por hechos ocurridos después de contestada la demanda, y tales incidentes son obstativos del curso del procedimiento mientras se tramitan, pero su resolución alza la suspensión que produjeron haciendo que el procedimiento continúe, por lo que no puede decirse que tales resoluciones tengan carácter de definitivas a efectos de casación, conforme al artículo 1.690, número 1.º de la L. E. C., puesto que no ponen término al pleito, haciendo imposible su continuación, sino que más bien producen el efecto contrario apartando el obstáculo que detenía el curso del proceso.

SENTENCIA 2 JULIO 1949

Arrendamiento de industria: concepto.

No cabe calificar de simple arrendamiento de local de negocio al de la explotación de parte de un molino maquilero, en la forma establecida por su propietaria, con todos los elementos integrantes a tal fin, indivisibles en su destino, con la energía y motor eléctricos para su funcionamiento, y aquella vida propia que implica la clientela inherente a tal modo de molturación.

ANTECEDENTES.—La demandante intenta (septiembre de 1947) el desahucio de una instalación industrial que arrendó al demandado (local con los utensilios y la maquinaria necesarios para la molturación de piensos). En el contrato se había excluido del arrendamiento la utilización de parte del molino, destinada a molturar trigo, y se había pactado que el arriendo expiraría: a) por el transcurso del plazo de un año, tácitamente prorrogable por otro; b) por la obtención por parte del arrendador de la autorización administrativa para moler trigo. Juntamente con la demanda se acreditan el transcurso de tal plazo y el nuevo arrendamiento del molino a tercera persona que había obtenido la mencionada autorización administrativa.

El Juez de primera instancia desestimó la demanda (noviembre 1947);

pero la sentencia fué revocada por la Audiencia (febrero 1948). Recurrido en casación.

CONSIDERANDO: Que la cuestión capital del presente recurso se reduce, en síntesis, a determinar si el contrato de arrendamiento originario de la litis lo es de una industria, conforme a la tesis del fallo impugnado, o de un local de negocio, según pretende el recurrente.

CONSIDERANDO: Que lejos de infringirse por el Tribunal sentenciador el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuya errónea interpretación se invoca en el motivo primero, le dió su verdadero sentido, porque *no cabe calificar de simple arrendamiento de local de negocio el de la explotación de parte de un molino maquilero, en la forma establecida por su propietaria, con todos los elementos integrantes a tal fin, indivisibles en su destino, con la energía y motor eléctricos para su funcionamiento, y aquella vida propia que implica la clientela inherente a tal modo de molienda*, máxime cuando la estipulación fugaz en el uso y goce de lo arrendado denota, bien claramente, que el objeto del contrato no fué el de unos locales y elementos inertes más o menos adecuados a un fin industrial, sino el de una industria, puesta en marcha, con el designio de ser por la dueña recuperada en el mismo instante en que fuera autorizada para moler, en la parte locada, trigo y otras especies panificables, pudiendo así transformar su instalación en régimen de fábrica de harinas, como, en efecto, así aconteció; siendo tal causa resolutoria una de las tenidas en cuenta, por el fallo, para acceder a la demanda de desahucio.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JULIO 1949

Apelación: práctica de nuevas diligencias de prueba.

Según el artículo 567 de la L. E. C., sólo se puede reproducir en segunda instancia la petición de diligencias de prueba cuando contra la negativa del Juzgado se haya utilizado el recurso de reposición.

Apelación: aportación de nuevos documentos probatorios.

El artículo 863, 2.º, en relación con el 506, 3.º, de la L. E. C., subordina la admisibilidad de nuevos documentos probatorios a la condición expresada en el artículo 504, párr. 2.º, de la misma, que exige se haya designado en el escrito de demanda el archivo o lugar en que se encuentran los originales.

Casación—quebrantamiento de forma—requisitos de admisibilidad.

Es necesario citar de presente las disposiciones legales que se consideran infringidas.

Juicio de mayor cuantía—admisión de la prueba: poderes del Juez.

La limitación de la prueba por razón de su objeto está impuesta como regla general para el juicio de mayor cuantía por el artículo 565 de la L. E. C., que impone al Juez el deber de repeler de oficio las pruebas que no se concreten a hechos fijados definitivamente en el período de debate.

Interdicto de recobrar—admisión de pruebas y poderes del Juez.

Según los artículos 1.656 y 1.652 de la L. E. C., el que interesa en este juicio la admisión de unos documentos ha de especificar su naturaleza y contenido en cuanto sea necesario para que el juzgador pueda apreciar si responden a la concreta finalidad probatoria que dichos artículos señalan y, en consecuencia, si procede o no legalmente su admisión.

ANTECEDENTES.—El demandante, en juicio de interdicto de recobrar, solicita en primera instancia la admisión como prueba de tres documentos, cuya finalidad probatoria no aparece claramente; pero ésta es denegada por el Tribunal sin que se utilice contra la resolución de éste el remedio de la reposición. A pesar de ello, la sentencia estima la demanda.

Apelada por los demandados, el demandante reproduce su petición, de nuevo rechazada. La Audiencia dicta sentencia revocando la del Juzgado de Primera Instancia. El demandante recurre por quebrantamiento de forma (art. 1.653, 3.º, de la L. E. C.).

CONSIDERANDO: Que por precepto del art. 1.656 de dicho Cuerpo legal (1) sólo pueden admitirse en el juicio verbal de interdicto de recobrar las pruebas que se refieren a los extremos que el art. 1.652 expresa, o sea, hallarse el actor o su causante en la posesión o tenencia de la cosa, o haber sido inquietado o perturbado en ella o tener fundado temor de que lo será, o bien haber sido despojado de dicha posesión o tenencia, debiendo el Juez repeler bajo su responsabilidad las pruebas que no se concreten a este objeto, por lo cual es evidente que *el que interesa en este juicio la admisión de unos documentos ha de especificar su naturaleza y contenido en cuanto sea necesario para que el juzgador pueda apreciar si responden a la concreta finalidad probatoria que dichos artículos señalan y, en consecuencia, si procede o no legalmente su admisión*, siendo de advertir que la limitación de la prueba por razón de su objeto no es exclusiva del juicio de interdicto, sino que *está impuesta como norma general para el juicio declarativo de mayor cuantía por el artículo 565*, que exige que la prueba que se proponga ha de concretarse a los hechos fijados definitivamente en el período de debate, exigencia que impone al Juez, según el artículo siguiente, *el deber de repeler de oficio las pruebas que no se ajusten a tal condición.*

FALLO.—No ha lugar.

(1) Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 4 JULIO 1949

Acciones procesales—su calificación.

Para calificar los Tribunales las acciones no tienen que atenerse al nombre con que los designen las partes, sino a su propia esencia.

Acciones personales derivadas de un contrato de compraventa—eficacia de compraventa—eficacia de los efectos cambiarios para determinar la competencia cuando no se deduce claramente de los términos del contrato.

Establecido como medio de pago las letras de cambio, es evidente, según constante jurisprudencia, que en el lugar donde estén domiciliadas es donde se entienda cumplido el contrato, siendo Juez competente el de dicho lugar.

SENTENCIA 4 JULIO 1949

Competencia—compraventa mercantil: Bases para determinarla.

Convenido el precio de la mercancía objeto del contrato de compraventa, sobre estación salida, y entendiéndose que en el contrato de compraventa mercantil la mercancía se estima entregada en el domicilio del vendedor, que en este caso coincide con el de la estación de salida, la competencia para conocer del litigio corresponde al Juez del domicilio del vendedor.

SENTENCIA 6 JULIO 1949

La existencia de un contrato en el que, entre otras cláusulas generadoras de relaciones comerciales se pacta la sumisión a determinado Tribunal, aun cuando las relaciones comerciales sean objeto de discusión, constituye aquél un principio de prueba para decidir la cuestión de competencia formulada.

SENTENCIA 7 JULIO 1949

Cosa juzgada: su alcance.

La cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y a sus causahabientes.

Contratos—ineficacia—condición resolutoria: su efectividad.

La necesidad de que sea declarada en juicio la nulidad de los contratos no puede extenderse al caso de condición resolutoria, en el que basta el cumplimiento de ésta para la resolución del contrato.

Contratos—ineficacia—rescisión o nulidad: requisitos de la acción.

No puede ejercitarse válidamente contra uno solo de los otorgantes.

Cláusula compromisoria—ineficacia: por desacuerdo en la designación de amigable componedor.

El carácter convencional de esta jurisdicción exige que las partes ejecuten todo cuanto sea necesario para que la misma actúe, y, por lo tanto, conforme al artículo 795 de la L. E. C., el desacuerdo entre ellos acerca de la designación de un nuevo amigable componedor en sustitución de otro que renunció basta para dejar sin efecto la cláusula de compromiso.

Casación—infracción de ley—violación de ley: normas no alegables.

Según doctrina constante de esta Sala, no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley disposiciones de carácter meramente administrativo, como el artículo 28 de la Ley del Impuesto de Derechos reales.

Casación—infracción de ley—cuestiones de hecho.

La determinación de quién dejó de cumplir un contrato es cuestión de hecho respecto de la cual es preciso en casación estar a lo afirmado por los Tribunales de instancia, mientras no sea impugnada la apreciación de éstos por la vía del núm. 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

Casación—infracción de ley—interpretación de contratos.

Sólo puede impugnarse al amparo del núm. 1.º, y no del núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Casación—infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba: necesidad de alegar el acto o documento auténtico efróneamente interpretado.

Casación—infracción de ley—error de hecho: apreciación conjunta de la prueba.

La afirmación hecha en instancia según el resultado ofrecido por la prueba no es desvirtuable por el que ofrecen algunos elementos de la misma.

Casación—infracción de ley—error de hecho en la apreciación de la prueba.

Es necesario alegar la norma legal, relativa a la apreciación de la prueba, que se considere infringida.

ANTECEDENTES y MOTIVOS.—Véanse los considerandos.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo del recurso se alega que en la demanda y, por consiguiente, en el pleito, se prescindió por completo de don J. G., uno de los otorgantes del contrato de 10 de marzo de 1942, y, por lo tanto, no ha podido resolverse en la sentencia nada que implique la

nulidad de todo o parte de aquel contrato sin infringir el principio de derecho de que *nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio* y la doctrina de este Tribunal de que *la acción de rescisión o nulidad de un contrato en que están interesadas varias personas no puede ejercitarse válidamente sólo contra alguna de ellas*, doctrina que a su vez está íntimamente relacionada con la de que *la cosa juzgada perjudica únicamente a los que litigaron y sus causahabientes*, pero aunque sean ciertos los principios que se invocan, la cuestión que se plantea no ha sido suscitada en el pleito, y es jurisprudencia reiterada de esta Sala que *no pueden resolverse en casación cuestiones no propuestas ni discutidas durante el debate y planteadas por primera vez ante el Tribunal Supremo*, con lo cual resulta que tampoco ha podido infringir la Sala sentenciadora el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil al no resolver una cuestión que no le fué sometida oportunamente.

CONSIDERANDO: Que si bien en la cláusula octava del contrato de 22 de julio de 1939 se estableció que los contratantes nombraban *amigables componedores* para aceptar como sentencia lo que ellos dijeran respecto a la interpretación o cumplimiento de dicho contrato, haciendo en la propia cláusula la designación de los mismos, *el carácter convencional de esta jurisdicción exige que las partes ejecuten todo cuanto sea necesario para que la misma actúe, y, por lo tanto, para llevar a efecto la sustitución de los que habiendo sido nombrados no aceptaran*, y como en el caso presente, habiéndose negado a aceptar uno de los nombrados, no hubo acuerdo entre las partes para llevar a efecto su sustitución, no obstante haber sido requerido el demandado para proceder a dicho nombramiento, la Sala sentenciadora al estimar que la expresada cláusula contractual quedó sin efecto, aplica rectamente el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en que así se establece, y no infringe los artículos del Código civil que se citan en el quinto motivo del recurso, *sin que tampoco pueda estimarse error de derecho en la apreciación de la prueba por no citarse por el recurrente la norma legal relativa a tal apreciación que haya sido infringida, ni error de hecho, ya que tampoco se cita el acto o documento auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador*.

CONSIDERANDO: Que conforme a la constante doctrina de esta Sala no pueden servir de fundamento a un recurso de casación por infracción de ley disposiciones de carácter meramente administrativo y, por lo tanto, la infracción del artículo 28 de la Ley del Impuesto de Derechos reales, aun en el supuesto de que realmente se hubiera cometido, carecería de virtualidad para fundamentar el motivo sexto del recurso en que es invocada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 JULIO 1949

Casación por infracción de ley: imposibilidad de impugnar la apreciación de los signos exteriores de riqueza.

Es jurisprudencia reiterada que no cabe la casación contra la apreciación que el Tribunal "a quo" haga de los signos exteriores de riqueza a que se refiere el artículo 7.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, mientras no se impugne en forma, al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de aquélla.

Casación por infracción de ley: apreciación de la prueba testifical.

Contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales no se da recurso de casación.

SENTENCIA 13 JULIO 1949

La competencia para conocer en los juicios en que se ejerciten acciones personales, corresponde al Juez del lugar en que la obligación ha de cumplirse, según determina el artículo 62 de la L. E. C., confirmado por reiterada jurisprudencia en el sentido de que a falta de pacto expreso se determina este lugar, como designado tácitamente, cuando se empieza a cumplir en él la obligación.

SENTENCIA 13 JULIO 1949

Competencia—compraventa mercantil—de una cosa determinada: lugar del pago.

Tratándose de venta de cosa determinada que debía ser entregada en el lugar donde ésta se encontraba al constituirse la obligación, según el artículo 1.171 del Código civil, y, por tanto, allí debe hacerse el pago conforme al artículo 1.500, párrafo 2.º, del mismo Código, que establece que a falta de designación el pago deberá hacerse en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa, y fijado así el lugar de cumplimiento de la obligación que tiene carácter personal, es obligado atribuir la competencia al Juez de este lugar como preferente al del domicilio del demandado, aplicando el número 1.º del artículo 72 de la L. E. C.

SENTENCIA 23 SEPTIEMBRE 1949

Competencia—alegación de la sumisión en juicio ejecutivo en virtud de letra de cambio.

Si bien es principio general que para resolver las cuestiones de competencia sólo han de tomarse como base las manifestaciones hechas por las partes en la demanda y en el escrito en que se suscita la competencia y los documentos acompañados a éstos, no obstante, no siendo necesario, en juicio que se funda en la fuerza ejecutiva de una letra de cambio, acompañar a la demanda el documento de que aquella dimana y de donde la letra trae su causa, puede éste presentarse, a los efectos de alegar la cláusula sumisoria, al contestar al requerimiento de inhibición.

AUTO 23 SEPTIEMBRE 1949

Casación—resoluciones susceptibles de recurso: sentencias dictadas en actos de jurisdicción voluntaria.

Si bien el artículo 1.822 de la L. E. C. dispone que contra las sentencias dictadas por las Audiencias en actos de jurisdicción voluntaria se dará el recurso de casación, la jurisprudencia de esta Sala ha venido estableciendo que el contenido de tal artículo se halla limitado por lo que dispone el número 4.º del artículo 1.690 de la propia Ley, según cuyo texto tendrán el concepto de definitivas a los efectos de la casación las sentencias pronunciadas en los actos de jurisdicción voluntaria “en los casos establecidos por la Ley”, y se halla limitado también por el núm. 3.º del artículo 1.694 de la citada Ley, que previene que “no se dará el recurso” de casación “por infracción de ley” o de doctrina legal “en aquellos pronunciamientos en que”, después de terminados, “pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto”, excepto en los casos comprendidos en los núms. 3.º y 4.º del artículo 1.690.

Y como, cualquiera que sea el efecto que dentro de un expediente de jurisdicción voluntaria produzcan las resoluciones dictadas en el mismo, ello no obsta para que en el juicio ordinario se planteen las cuestiones que puedan afectar a tales resoluciones, éstas no gozarán del carácter de definitivas y solamente serán recurribles si así lo determina una disposición legal concreta, debiendo en otro caso decretarse la inadmisión del recurso, de conformidad con lo establecido en el núm. 3.º del artículo 1.729 y en el núm. 1.º del artículo 1.728 de la L. E. C.

AUTO 24 SEPTIEMBRE 1948

Casación—desestimación: cuestiones nuevas.

Es inadmisibile el recurso en que se plantean cuestiones nuevas, que no hubo ocasión de debatirlas en momento alguno del procedimiento, por hallarse comprendido en el núm. 5 del artículo 1.629 de la L. E. C.

SENTENCIA 4 OCTUBRE 1949

Competencia—compraventa mercantil—fuero de la acción para reclamar el pago.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.500 del C. c., en defecto de pacto contrario, es fuero competente el del lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.

Competencia—compraventa mercantil—lugar de cumplimiento de la obligación de entregar la cosa.

Según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la entrega de la cosa ha de reputarse realizada en el lugar del establecimiento vendedor, cuando no aparece estipulado lo contrario.

SENTENCIA 7 OCTUBRE 1949

Derecho de retención—casos en que procede.

El derecho de retener es independiente, aunque en los casos establecidos por la ley pueda ser su consecuencia, del derecho—cuando éste proceda—a ser reintegrado de los gastos efectuados en la cosa por la persona a quien en su momento aprovecharon.

Derecho de retención—normas que regulan cada caso.

Según enseña la doctrina de esta Sala en su sentencia de 24 junio 1941, el derecho de retención no se halla sistematizado en nuestro ordenamiento legal, sino que se consigna en diversos preceptos que contemplan instituciones jurídicas diferentes, por lo que en cada caso habrán de deducirse de la disposición legal que a él se refiera las consecuencias pertinentes.

Posesión—gastos necesarios y útiles—requisitos para que proceda el derecho de retención.

El artículo 453 del C. c. exige, para que proceda el derecho de retención, que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar este derecho quien las efectúe posea la cosa en que se hagan con título suficiente y buena fe.

Desahucio en precario—requisitos—requerimiento previo: alcance del acto de conciliación.

Como el artículo 1.565 de la L. E. C. no establece una forma especial para el requerimiento que ha de hacerse al que posee la cosa en precario para que la deje a disposición de su dueño, el requisito legal debe tenerse por cumplido cualquiera que sea la forma empleada, y ninguna puede exceder en solemnidad a la que implica el acto de conciliación, con el de que transcurra un mes desde la celebración de dicho acto conciliatorio hasta la interposición de la demanda, sobre todo teniendo en cuenta que el intento de conciliación no es exigido en esta clase de juicios con carácter imperativo (art. 480, núm. 8.º, de la L. E. C.).

Conciliación—error de hecho en la apreciación de la prueba—documentos auténticos: valor de la demanda de conciliación.

La demanda de conciliación no reviste el carácter de documento auténtico a efectos de casación, según conocida doctrina jurisprudencial.

Casación—cuestiones nuevas.

Según reiterada jurisprudencia, no es lícito a los recurrentes traer cuestiones nuevas a la casación.

ANTECEDENTES.—Los propietarios—un matrimonio—de una finca urbana sita en G. vendieron ésta en 1943, pero siguieron ocupándola a partir de esa fecha y realizaron en ella obras de importancia, que acreditan con las correspondientes facturas; principalmente se destaca el comienzo de construcción de dos viviendas, una de las cuales estaba casi terminada en el momento de iniciarse el litigio. Importe total de las obras, 47.181 pesetas.

En 1945, el comprador volvió a vender la finca, adquiriendo la propiedad de ésta el demandante en los presentes autos, que se propuso desalojar a los primitivos dueños. Fracasado el intento de conciliación, varios meses más tarde (1946) el nuevo adquirente interpuso demanda de desahucio en precario ante el Juzgado de Primera Instancia de G., prosperando su criterio en éste y en la Audiencia Territorial de B. (1947), frente al de los demandados, que, entre otras razones que no llegan a la casación, exigían el reintegro de los gastos por ellos realizados, y mientras tanto solicitaban se les reconociera el derecho de retener el inmueble. Del recurso interesa el siguiente

MOTIVO.—Segundo. Interpretación errónea del artículo 453 del C. c. y del artículo 1.565 de la L. E. C., al amparo del artículo 1.692, 1.º, L. E. C.

CONSIDERANDO: Que la argumentación con que el recurrente desarrolla el motivo segundo de su recurso parece a primera vista dotada de tal solidez que habría de hacerle prevalecer, porque, en razón de la existencia no contradicha de obras realizadas por los demandados en el inmueble objeto del litigio que han hecho aumentar el valor de aquél en determinada cantidad, según afirmación de un perito, se invoca el derecho de retención que establece el artículo 453 del Código civil, y en tal circunstancia se pretende vincular un nexo jurídico con suficiente eficacia que permita a los demandados seguir ocupando la finca en cuestión; pero este razonamiento del recurrente cae por su base si se tiene en cuenta que el aludido *derecho de retención, que en nuestro ordenamiento legal no se halla sistematizado, sino que se consigna en diversos preceptos que contemplan instituciones jurídicas diferentes, por lo que, conforme enseña la doctrina de esta Sala en su sentencia de 24 de junio de 1941, en cada caso y con arreglo a la disposición legal a que refiera habrán de deducirse las obligadas y pertinentes consecuencias, requiere para ser ejercido con la finalidad y eficacia que proviene en sus dos párrafos el artículo 453 del Código civil, citado como infringido por el recurrente, que durante la realización de las obras o mejoras sobre las que se pretende fundamentar aquel derecho, quién las efectúe posea la cosa en que se hagan con título suficiente y buena fe, para que al ser vencido en la posesión o cesar en ella pueda ampararse en el precepto aludido y continuar la tenencia de la cosa, pero ahora ya por vínculo jurídico distinto del originario que se perdió, y en el caso presente los demandados realizaron las edificaciones de que se trata, según resulta de la prueba—facturas presentadas y dictamen pericial—con posterioridad al día 20 de diciembre de 1943, cuando por haber vendido mediante escritura pública de dicha fecha la finca objeto del desahucio habían*

quedado desposeídos de título alguno que justificase la tenencia y ocupación del inmueble, con lo que no podían darse las condiciones que el expresado artículo 453 exige para ejercitar *el derecho de retener*, que *es independiente, aunque en los casos establecidos por la ley pueda ser su consecuencia, del derecho a ser reintegrado de los gastos efectuados, cuando proceda, por aquel a quien en su momento aprovecharon*, habiendo de entenderse en este sentido la argumentación del juzgador de instancia al resolver sobre este punto, y deduciéndose como conclusión de todo lo expuesto que los demandados, hoy recurrentes, se hallan privados de ejercitar el derecho de retener que alegan al amparo del tantas veces citado artículo 453 del Código civil, por lo que no pueden ostentar las condiciones precisas de título suficiente y buena fe que dicho precepto exige, el cual, por tanto, no ha sido infringido en su sentencia por el Tribunal *a quo*, con lo que es visto que procede la desestimación del segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que igualmente ha de ser rechazado el tercero y último motivo, que se refiere a la ineficacia del acto de conciliación como requerimiento previo al ejercicio de la acción de desahucio por precario que exige el artículo 1.565 de la Ley procesal civil, porque es ya antigua y reiterada la jurisprudencia de esta Sala que enseña que *como el dicho artículo 1.565 de la Ley citada no establece una forma especial para el requerimiento que ha de hacerse al que posee la cosa en precario para que la deje a disposición de su dueño, el requisito legal debe tenerse por cumplido cualquiera que sea la forma empleada, y ninguna puede exceder en solemnidad u la que implica el acto de conciliación, con tal de que transcurra un mes desde la celebración de dicho acto conciliatorio hasta la interposición de la demanda*, como ha acontecido en el presente caso, en que la demanda se presentó en 11 de enero de 1946 y la conciliación se había intentado en 21 de julio de 1945, *trámite previo procesal además en este litigio que por hallarse comprendido en la excepción octava del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento civil no parece obedecer a otro propósito en el actor que al cumplimiento de la obligación de requerir al precarista que prescribe el número tercero del ya citado artículo 1.565 de la Ley procesal civil, quedando, por tanto, desprovistas de base las infracciones acusadas.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 OCTUBRE 1949

Precario: requisitos.

El hecho de la posesión sin título eficaz y sin retribución alguna es determinante de la situación de precario.

SENTENCIA 10 OCTUBRE 1949

Recurso de casación—incompetencia.

Cuando se acusa al Tribunal sentenciador de incompetente por razón de la materia, de la cuantía o del grado jurisdiccional, sólo puede inter-

ponerse el recurso de casación al amparo del núm. 6.º del artículo 1.692 L. E. C.

ANTECEDENTES.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Larache se demandó de desahucio, por expiración del término contractual, al arrendatario de una panadería sita en Arcila. El Juzgado se declaró incompetente, pero su resolución fué revocada por la Audiencia. El demandado también suscitó después la cuestión de competencia por declinatoria, que fué desestimada. El demandante propuso prueba testifical, prestando declaración un testigo, en Arcila, sin asistencia de la parte demandada, que protestó por no haber sido citada en forma. En primera y segunda instancias se dió lugar al desahucio. El demandado interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Incompetencia de jurisdicción (art. 1.470, 5.º, del Código de Procedimiento civil de la Zona): era competente el Juzgado de Paz de Arcila.

2.º Falta de citación para una diligencia de prueba (art. 1.470, 3.º).

CONSIDERANDO: Que se funda el primero de los motivos del recurso en el número 5.º del artículo 1.470 del Código de Procedimiento civil vigente en la Zona de Protectorado Español en Marruecos, por haber confirmado la Audiencia de Tetuán en la sentencia recurrida la dictada por el Juez de primera instancia de Larache, en juicio de desahucio del que, según el recurrente, correspondía conocer al Juzgado de Paz de Arcila, y hallándose establecido por la jurisprudencia de esta Sala que *cuando se acuse al Tribunal sentenciador de incompetente, por razón de la materia, de la cuantía o del grado jurisdiccional sólo puede interponerse el recurso de casación al amparo del núm. 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y, congruentemente, cuando se trate de asuntos sometidos a la legislación vigente en el Protectorado dicho, del mismo núm. 6.º del artículo 1.469 de su Código procesal*, que es fiel transcripción, la aplicación de esta doctrina hace desestimable el motivo, puesto que *la incompetencia que supone no es de las que dan lugar a la casación por quebrantamiento de forma*.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo, y comprendiéndolo en el caso tercero del artículo 1.470 del mismo Código de Procedimiento mencionado, alega el recurrente su falta de citación para el examen de un testigo que declaró en Arcila sin que pudiera intervenir por desconocimiento del día en que se habría de practicar la diligencia, más el motivo así fundado es también desestimable, porque *propuesta y acordadas la prueba y expedición de la orden para que el testigo declarase en el lugar de su residencia, en el acto del juicio verbal, en la que se hizo constar el interrogatorio sin que el demandado, hoy recurrente, propusiera preguntas ni manifestara deseo de presenciar la prueba o de designar persona que lo hiciese en su nombre, expresándose que quedaban citadas las partes, ni el Juez de Paz de Arcila al examinar al testigo sin citar a las partes, ni el de Primera Instancia de Larache al incorporar al juicio la orden con aquel objeto expedida sin que en su diligenciamiento hubiese intervenido el demandado quebrantaron precepto legal alguno, ya que la omisión que el recurrente alega sólo es imputable al mismo, por cuanto no hizo uso de la facultad que le concedían los artículos 487 y 566 del Código de Procedimiento civil*

del Protectorado, coincidente con lo dispuesto en el 584 del Código procesal común.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 OCTUBRE 1949

Quebrantamiento de forma—subsanción de la falta de personalidad en la primera instancia del juicio: defectos del poder para litigar.

CONSIDERANDO: Que reiteradas declaraciones de esta Sala han establecido la doctrina legal de que las faltas de personalidad, propiamente dichas, son subsanables durante la tramitación de la primera instancia del juicio, por lo que es obvio que ha sido bien desestimada la excepción de falta de personalidad del Procurador del actor, ya que la deficiencia del poder acompañado a la demanda ha sido cumplidamente subsanada con la presentación de nuevo y suficiente poder en trámite anterior al de contestación, y en su virtud procede desestimar el presente recurso por no concurrir en él la circunstancia prevista, como quebrantamiento de forma, en el número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 OCTUBRE 1949

Desahucio por precario—aplicación del artículo 1.587 L. E. C.

El artículo 1.587 L. E. C. es aplicable a los juicios de desahucio por precario si la renta que en su caso cupiera asignar a la finca objeto del mismo fuera notoriamente inferior al límite que dicho artículo señala.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un juicio de desahucio por precario. El demandado alegó la existencia de arrendamiento resultante de varias cartas y requerimientos hechos por los demandantes, y que, aunque no se había pactado precio, éste resultaría de la aplicación de los preceptos legales sobre la materia. En primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia revocó la sentencia. El demandado interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

- Mo IVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del artículo 1.547 C. c.
- 2.º Infracción del artículo 1.543 C. c.
- 3.º Infracción del artículo 1.565, núm. 3.º, L. E. C.
- 4.º Error de Derecho resultante de una de las cartas escritas por los recurridos al recurrente.

CONSIDERANDO: Que, ante todo, concurre en el presente recurso una causa de inadmisión que obligaría en el actual momento a su desestimación, y es que, *no dándose recurso de casación por infracción de ley contra las sentencias dictadas en juicio de desahucio cuando la renta pactada sea*

inferior a 1.500 pesetas anuales, a tenor de lo que dispone el artículo 1.587 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y siendo este precepto aplicable a los juicios de desahucio en precario, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, si la renta que en su caso cupiera asignar a la finca objeto del mismo fuera notoriamente inferior a dicho límite, tales preceptos y doctrina son aplicables al presente caso, ya que la renta fijada en el Registro correspondiente a la que ocupa el demandado y que éste sostiene debe satisfacer por su disfrute, es de 480 pesetas anuales, según la certificación del Ayuntamiento de Badalona obrante en autos.

CONSIDERANDO: Que, aparte de éste, haciéndose en la sentencia de instancia la afirmación por el resultado de las pruebas de que el demandado, antiguo administrador del padre de las demandantes, y que ocupaba dicha finca por razón de su cargo, cesó en la administración, y viene ocupándola en precario por no haberse perfeccionado entre las partes un contrato de arrendamiento, como alegaba el demandado, es evidente que, sin combatir con éxito estas afirmaciones por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no es posible pretender la aplicación de los preceptos legales que se invocan como infringidos en los tres primeros motivos del recurso, ya que todos ellos parten de la base de la existencia entre las partes litigantes de un contrato de arrendamiento, y es lo cierto que en el citado motivo cuarto del recurso no se alega error de hecho en la apreciación de las pruebas inferido de documento auténtico revelador de la evidente equivocación del juzgador, sino error de derecho, pero sin citar, como es obligado hacerlo, el precepto legal en materia probatoria que haya sido infringido por el Tribunal al apreciarla, ni aunque pudiera estimarse, lo que es legalmente imposible, un error de hecho, no alegado expresamente, la carta que se invoca nunca tendría el valor de documento auténtico a los efectos de la casación, por lo que procede la desestimación del citado y de los demás motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 OCTUBRE 1949

Arrendamientos urbanos—adaptación a las normas procesales de la vigente L. A. U. en proceso iniciado con arreglo a la legislación común.

Incoado un proceso al amparo de la legislación común, por entender el actor que se trataba de un arrendamiento de industria, no viene obligada la Sala a aplicar "ex officio" la disposición transitoria 16.ª de la L. A. U., siendo la parte que estima debe aplicarse la legislación especial la que ha de suscitar la divergencia en el término de quince días que señala la disposición transitoria 17.ª

ANTECEDENTES.—Se pidió ante el Juzgado de Primera Instancia el desahucio de un tejero por expirar el plazo contractual y por falta de pago. Dicho Juzgado dió lugar al desahucio. Apelada la sentencia, el demandado solicitó la suspensión del procedimiento, conforme a los Decretos-Leyes de

24 de enero y 7 de julio de 1944 y O. de 19 de septiembre del mismo año, a lo que accedió la Sala. Una vez decidida la continuación del procedimiento, el apelante solicitó, al amparo de las disposiciones transitorias 16.^a y 17.^a de la vigente L. A. U., la suspensión de la vista con remisión de los autos al Juzgado de Primera Instancia para que las partes interpusieran los recursos procedentes. La Audiencia resolvió no haber lugar a tal petición por no ser aplicable al caso la L. A. U. Contra tal auto el apelante interpuso recurso de casación, basado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del art. 2.º del D.-L. de 24 de enero de 1944, del art. 1.º del de 7 de julio de 1944 y de la Orden de 19 de septiembre del mismo año.

2.º Infracción del art. 4.º del D. de 21 de enero de 1936 en relación con el 1.º del D. de 29 de diciembre de 1931.

3.º Infracción del art. 1.252 C. c.

4.º Infracción de los arts. 4.º y 14 del D. de 29 de diciembre de 1931, del art. 53 L. E. C. y del 298 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

5.º Infracción del art. 4.º del D. de 21 de enero de 1936, del artículo 1.569 C. c. y del art. 4.º de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que la disposición transitoria 16 del texto articulado de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 dispone que todos los procedimientos incoados al amparo de la legislación que fuera aplicable para regular las relaciones arrendaticias a que dicha ley se refiere, y que no hubieran terminado por sentencia firme y ejecutoria, quedarán en suspenso a la vigencia de sus preceptos, y los Tribunales concederán a las partes el plazo máximo de quince días para acomodar sus pretensiones a las normas procesales en ella establecidas.

CONSIDERANDO: Que incoado el proceso originario del recurso al amparo de la legislación común, por entender el actor que se trataba de un arrendamiento de industria, no venía obligada la Sala a aplicar ex officio la disposición aludida, por lo mismo que el procedimiento seguido no se refería a relación arrendaticia regulada por la legislación especial.

CONSIDERANDO: Que estimándose por el recurrente lo contrario, a él incumbía suscitar la divergencia, promoviéndola por escrito en el plazo de quince días señalado en la disposición transitoria 17, en relación con la 16, a contar, en este caso, del 30 de junio de 1947, fecha en que se notificó al recurrente el auto denegándole la admisión del recurso de casación, y se reanudó el trámite de apelación; y, como lejos de hacerlo así, no promovió la cuestión hasta el 11 de octubre siguiente, es visto que dejó caducar su derecho, debiendo por ello desestimarse el recurso.

CONSIDERANDO: Que no obsta a tal desestimación la circunstancia de que fuese a su tiempo admitido a trámite, a pesar de la oposición del Ministerio Fiscal, por cuanto ello fué debido, según aparece del auto de admisión, a no estar taxativamente comprendida la causa en que se apoyaba el Fiscal en ninguno de los casos enumerados en el artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que desestimado por lo expuesto el derecho del recurrente a formalizar el recurso, es de todo punto innecesario entrar en el examen de sus motivos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 OCTUBRE 1949

Competencia—cumplimiento de obligación.

Suscitada cuestión de competencia entre Juzgados extraños al del lugar de cumplimiento de la obligación, debe prevalecer el fuero del demandado.

SENTENCIA 21 OCTUBRE 1949

Cosa juzgada—requisitos.

Es ya reiterada la doctrina de esta Sala (1) que enseña que para que exista la cosa juzgada, y pueda estimarse, es preciso que la sentencia primera en que aquella excepción se apoye, haya resuelto, sobre el fondo del negocio, y que por ello no cabe atribuir la condición de cosa juzgada a resoluciones que por cualquier motivo no juzgaron, es decir, no resolvieron, sobre el punto que ha sido controvertido y resuelto en el pleito ulterior, en que la excepción es invocada.

Casación—error de hecho en la apreciación de la prueba: vía para su impugnación.

Los pronunciamientos de hecho del juzgador de instancia son de combatir, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., sin limitarse a sustituir el criterio del juzgador por el del propio recurrente, alegando el número 1.º del citado artículo.

ANTECEDENTES.—Los demandantes, propietarios “pro indiviso” de una finca rústica, intentan ante el Juzgado de A. (marzo 1946) el desahucio del demandado—como precarista—. Este opone, entre otras, la excepción de cosa juzgada, y, en efecto, en 1944 había sido absuelto de una demanda semejante, pero ello había ocurrido por haber estimado el Tribunal la excepción de “falta de personalidad en los demandantes”.

El Juez de primera instancia de A. estima la demanda (julio 1946), y la Audiencia de Albacete confirma el fallo (octubre 1947).

MOTIVOS.—El primero, único que aquí interesa, se halla expuesto en el Considerando que se recoge.

CONSIDERANDO: Que persistiendo en la excepción alegada en la instancia, formula el recurrente el primer motivo de su recurso al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y sostiene que la sentencia dictada el 23 de agosto de 1945 en el juicio de desahucio anterior promovido contra él por don L. P., administrador y mandatario de los actores, reviste el carácter de cosa juzgada e impide que pueda promoverse otro juicio especial sumario de desahucio fundado en la misma causa, ya que se dan las tres identidades de personas, cosas y acciones que prescribe el artículo 1.252 del Código civil, que considera erróneamente interpretado, y alega que el camino que debieron haber seguido

(1) Véanse citadas las sentencias en el considerando que se recoge.

los actores era el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía para ventilar en él las cuestiones planteadas, pero sin que sea ocasión de referirse ahora al criterio doctrinal según el cual no cabe atribuir de modo general la condición de cosa juzgada a las sentencias dictadas en los juicios de desahucio, porque, aun persistiendo la identidad de las personas y de la cosa, puede reproducirse a lo largo del tracto posesorio la causa de pedir o puede modificarse la calidad del demandado, lo ocurrido en el caso presente ha sido que el Tribunal *a quo* ha hecho en la resolución recurrida la afirmación, que no ha sido debidamente combatida, de que aquella primera sentencia no se pronunció sobre el verdadero fondo del pleito, puesto que no declaró derecho alguno a favor del demandado y sí sólo produjo su absolución por defectos procesales, y al razonar así el Tribunal sentenciador, rechazando, en consecuencia, aquella aludida excepción, no ha infringido, como pretende el recurrente, el precepto contenido en el artículo 1.252 del Código civil, sino que lo ha interpretado correctamente, porque *es ya reiterada la doctrina de esta Sala (sentencias de 7 de julio de 1943, 18 de abril de 1944, 1.º de julio de 1947 y 29 de enero de 1949, por citar los más recientes), que enseña que para que exista la cosa juzgada, y pueda estimarse, es preciso que la sentencia primera en que aquella excepción se apoya haya resuelto sobre el fondo del negocio, y que por ello no cabe atribuir la condición de cosa juzgada a resoluciones que por cualquier motivo no juzgaron, es decir, no decidieron sobre el punto que ha sido controvertido y resuelto en el pleito ulterior en que la excepción es invocada, y siendo esto así, carecen de eficacia los argumentos del recurrente y procede la desestimación del primer motivo del recurso.*

FALLO.— No ha lugar.

SENTENCIA 29 OCTUBRE 1949

Arrendamientos urbanos—derecho transitorio—recurso interpuesto fuera de plazo.

El plazo señalado en la disposición transitoria 16 de la L. A. U. es fatal, de modo que al no ejercitar dentro del mismo las acciones correspondientes a las partes, se les tiene por desistidas, y no lo suspende el hecho de realizar diligencias de carácter sustantivo.

CONSIDERANDO: Que concedido por el Tribunal de instancia a las partes el plazo máximo de quince días para que acomodasen sus pretensiones a las normas procesales en ella establecidas, con la advertencia de que, transcurrido dicho plazo sin hacerlo, se las tendría por desistidas de la acción que ejercitaban, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es claro que, al no cumplir el recurrente con tal mandato, la resolución del Tribunal de instancia no podía ser otra que la por él dictada.

CONSIDERANDO: Que no cumplió el recurrente con lo ordenado por el

hecho de solicitar, dentro del plazo referido, la suspensión del procedimiento, hasta tanto que la autoridad gubernativa resolviera el trámite previo o autorización impuesta por los artículos 102 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el número 2.º del 76, porque teniendo éstos carácter sustantivo, no era dable suscitar, en torno a ellos, divergencia alguna, al amparo de la disposición transitoria 17, que sólo se refiere a material procesal, es decir, que el recurrente, conforme a tal norma, sólo podía suscitar discrepancia sobre si la cuestión debatida procedía sustanciarla por las normas procesales de la legislación especial o de la común; y al no hacerlo así, ni su pretensión tenía eficiencia bastante para evitar el fallo impugnado, ni, por consiguiente, el recurso puede prosperar.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 NOVIEMBRE 1949

La competencia en la compraventa de géneros entregados en el domicilio del vendedor se resuelve a favor del Juez del domicilio de éste, al cual compete el conocimiento de las cuestiones incidentales que de aquélla se deriven.

SENTENCIA 12 NOVIEMBRE 1949

Ejercitada una acción personal, y no existiendo sumisión ni determinación aceptable del cumplimiento de la obligación reclamada, es Juez competente, conforme a la regla 1.ª del artículo 162 de la L. E. C., el del domicilio del demandado.

SENTENCIA 15 NOVIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—recurso por quebrantamiento de forma—requisitos de este recurso.

Fundado el recurso en la confusión entre el recibimiento a prueba y la apreciación de la misma hecha por el Juez en la resolución recurrida, lo que evidencia es improcedente el recurso interpuesto, que sólo puede fundarse, por disposición del artículo 162 de la Ley anterior de Arrendamientos Urbanos, en el quebrantamiento de las formalidades del juicio. (Considerando único.)

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 NOVIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—Recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma—su no procedencia cuando se fundamenta en la infracción de preceptos legales de carácter sustantivo.

CONSIDERANDO: Que preparado ante el Juzgado de primera instancia, únicamente el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, único también admitido por esta Sala, en el escrito en que se debió formalizar, se funda el recurso solamente en supuestas infracciones de preceptos legales de carácter sustantivo (artículos del Código civil), por lo que, dándose el recurso preparado y admitido, solamente por quebrantamiento de las formalidades del juicio, según el artículo 172 de la anterior L. A. U., es notoria la improcedencia del mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1949

Procesal—competencia—sumisión tácita

La aceptación por el vendedor, mediante telegrama, del precio propuesto por el comprador, con la indicación de "franco bordo Valencia", hace lógicamente pensar que la innegable relación contractual creada entre los litigantes, había de tener por voluntad de las partes su cumplimiento en Valencia.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y Manuel González.

SENTENCIA 24 JUNIO 1949

Arrendamientos rústicos—recurso de revisión—requisitos para su interposición: carácter "necesario" de las normas que lo regulan.

No cabe la revisión cuando la sentencia de instancia alcanzó firmeza antes de la interposición de aquel recurso, ni pueden las partes alterar disposiciones rituarías que son de orden público.

CONSIDERANDO: Que en juicio sobre desahucio concluso en la instancia por Decreto de lanzamiento, el rito procesal no se altera, cualesquiera que sean las alegaciones que el desahuciado reserve para exponerlas en re-

visión; principio éste evidente, porque otro opuesto conduce a estatuir que al arbitrio del demandado desahuciado queda—a resulta de excepciones ya desestimadas—la facultad de modificar normas de interés público; una de éstas, la contenida en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, obligaba al recurrente, si había de respetar los términos en que la colocó el fallo condenatorio de instancia, a cumplir dicho canon procesal, y el Tribunal a proceder congruentemente. Omitido el deber allí impuesto, la sentencia por Ministerio de lo preceptuado en el artículo 1.567 “se tendrá por firme”, y así debe estimarlo esta Sala, porque la consignación de renta verificada ante ella en 4 de octubre de 1948 no puede retrotraer su eficacia al momento y trámite dispuestos en el citado artículo 1.566, ni—*para su caso*—pudiera cumplir la finalidad dispuesta en el párrafo último del apartado b) de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, porque su fecha es posterior a la de 18 de septiembre de 1948, en que la parte actora acusó incumplimiento.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 JUNIO 1949

Naturaleza jurídica de la herencia y del derecho hereditario—resolución por los herederos de un arrendamiento celebrado por su causante—asunción de las obligaciones con igüientes por los adjudicatarios, en la partición, de la finca arrendada.

La herencia se concibe en nuestra doctrina actual como un patrimonio unitario en tránsito desde un titular cuya personalidad se ha extinguido por muerte de otro titular, tránsito que se verifica por el hecho mismo de la muerte y desde que ocurre, mediante la aceptación del heredero.

Siendo varios los herederos, mientras no se realiza la partición, la concurrencia de esos varios herederos sólo puede tener el concepto de participación en una comunidad a la que necesariamente han de aplicarse las disposiciones que en el C. c. rigen esa institución.

La comunidad hereditaria tiene la titularidad sobre las relaciones jurídicas del causante, y si éste tenía la facultad de resolver un arrendamiento, también la tiene la comunidad, y si para ello ha de cumplir un requisito consistente en una obligación de cumplimiento futuro o sucesivo, cuando, por título que ponga fin a la comunidad, se trasladen a cada partícipe singularmente bienes determinados, asumirá por causa de sucesión las obligaciones colectivamente contraídas en relación con esos bienes (1).

(1) Para comprender el alcance de esta doctrina deben verse los antecedentes y tener en cuenta que se trataba de la obligación de cultivo directo contraída sólo por la mayoría de los herederos.

Recurso de revisión—error en la apreciación de la prueba.

Es viciosa la alegación de error cuando sobre la misma base de hecho de la sentencia se pretende después construir la impugnación por suponer infringidos determinados preceptos legales.

ANTECEDENTES.—Tres de los seis herederos del arrendador de una finca rústica escribieron al arrendatario sendas cartas comunicándole haberse hecho cargo cada uno de una parte de la finca y solicitando de él una entrevista para revisar la renta. No habiendo contestado el arrendatario, posteriormente, esos tres herederos y otro más pidieron judicialmente la rescisión del arrendamiento por falta de pago, y en su defecto, la terminación del contrato para el cultivo directo por los dueños. Por documento expedido por el Notario que se ocupaba de la testamentaria del arrendador, se probó que la partición aún no estaba realizada. En primera y segunda instancia se estimó la demanda, imponiéndose a los demandantes la obligación de cultivar personalmente la finca en nombre de la herencia durante tres años. El demandado interpuso recurso de revisión fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Error en la apreciación de la prueba: no habiéndose realizado la partición, no se puede saber a quién corresponderá la finca arrendada; luego no puede ser ejercitada la acción por parte de los herederos ni contraerse por ellos compromiso de cultivo directo.

2.º Infracción del art. 1.068 C. c. y de la disposición adicional 2.ª de la Ley de 23 de julio de 1942, por razones análogas a las del motivo 1.º

3.º Infracción de la doctrina legal referente al principio según el cual “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”, y error en la apreciación de la prueba resultante de las cartas de tres de los demandantes.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de revisión, como comprendidos en la causa cuarta de la norma séptima, apartado A) de la Disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de julio de 1940, en sus motivos primero y tercero, alega errores de hecho y de derecho que intenta demostrar, el primero, con el documento del folio 41 de los autos de primera instancia, y el segundo, con las cartas que obran en los folios 16, 17 y 18 de los mismos autos, pero la lectura de esos documentos evidencia que el Tribunal *a quo* no sólo acepta su contenido, sino que es la base de sus razonamientos y fallo, demostrando también que no existen esos errores los mismos fundamentos del recurso, que, en sus distintos motivos, combate la sentencia por admitir el contenido de los documentos y no deducir las consecuencias jurídicas que el recurrente estima pertinentes, como se verá cuando esos motivos sean examinados, de donde se deduce que *es viciosa la alegación de error cuando sobre la misma base de hecho de la sentencia se pretende después construir la impugnación por suponer infringidos los preceptos legales que cita el recurso.*

CONSIDERANDO: Que la herencia se concibe en nuestra doctrina actual como un patrimonio unitario en tránsito desde un titular cuya personalidad se ha extinguido por muerte—auctor, de cuius—y otro titular—heredero—; tránsito que se verifica por el mismo hecho de la muerte y desde que ocurra, mediante la aceptación del heredero, y conservando el conjunto patrimonial, con todo su contenido de derechos y obligaciones transmisibles, su unidad, que no se disgrega sino por el acto jurídico formal de la partición, cuando los herederos son varios, y mientras esto no ocurre la con-

currencia de varios herederos sólo puede tener el concepto de participación en una comunidad a la que necesariamente han de aplicarse, como ha resuelto este Tribunal, las disposiciones que en el Código civil rigen con institución; por consecuencia, las relaciones jurídicas del causante persisten activa y pasivamente como si su personalidad no se hubiera extinguido, y su titularidad corresponde a la comunidad hereditaria mientras no se practique la partición, de donde, si el causante tenía, como propietario y arrendador, la facultad de resolver el arrendamiento cuestionado, también la tiene la comunidad, que es ahora la arrendadora y propietaria; si para obtener la resolución precisaba cumplir algún requisito legal, igualmente habrá de cumplirlo la comunidad; y si el requisito implica una obligación de cumplimiento futuro o sucesivo, cuando, por el título que ponga fin a la comunidad se trasladen a cada partícipe singularmente bienes determinados, asumirá, por causa de sucesión, las obligaciones contraídas en relación con esos bienes, con la consiguiente responsabilidad respecto a personas extrañas, porque la determinación cuantitativa del derecho de cada partícipe, o fijación de cuota, exige tomar en consideración no sólo el valor de los bienes, sino las cargas que les afectan.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo y bajo el supuesto error de hecho que antes se ha rechazado se acusa una doble infracción: a) Por no aceptar la sentencia recurrida que las cartas de los folios 16, 17 y 18 demuestran que el contrato primitivo, cuya resolución decretó, quedó extinguido por novación y sustituido por otros tres, cada uno de los cuales tiene renta inferior a 40 quintales métricos de trigo. b) Infringe el principio de Derecho—constitutivo de doctrina legal, según múltiples declaraciones jurisprudenciales que cita—de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.

CONSIDERANDO: Que la primera infracción no puede tomarse en cuenta, porque para ello sería preciso que citara el recurrente el precepto legal sustantivo que reputa infringido por haber negado la novación, ni ésta ni los otros vínculos obligacionales que el recurrente dice han sustituido al primitivo contrato pueden producirse por decisión unilateral.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede estimarse la otra alegada infracción, porque si bien las actoras al producir su demanda contradicen un hecho, el de la partición, que antes habían afirmado, no contravienen ninguna situación jurídica creada por actos propios que pudiera afectar a ajenos derechos, puesto que de su manifestación, cuya inexactitud se demostró más tarde, de que les pertenecía la finca arrendada, no se dedujo ninguna consecuencia, por no con tar que el requerido para tratar sobre la revisión de la renta y formalización de contratos separados d'era respuesta alguna, y como sin su voluntad no se podía modificar la situación jurídica existente, quedó limitado el acto de los demandantes a una oferta no aceptada, sin que se les pueda exigir que la mantengan para siempre, en espera de una actitud de la otra parte que favorezca su propósito innovador, y no les sea permitido lograr la modificación que expresaron desear ni ejercitar acción alguna derivada del contrato anterior.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 OCTUBRE 1949

Arrendamientos rústicos—aparcería: desahucio por incumplimiento de las obligaciones que derivan de este contrato.

La no entrega de la participación del propietario aparcerero en los frutos obtenidos implica contrariedad a la esencia del mismo contrato.

CONSIDERANDO: Que el acto de negarse a entregar la participación del propietario aparcerero en los frutos obtenidos, implica, sin duda, contrariedad de la más esencial facultad de aquél para disponer de lo que le toque en la producción y supone cierta retención, incidente en desprecio de la lealtad requerida en las aparcerías, exigentes de confianza, que si falla arumba todo el fundamento de esa cooperación agraria; por lo cual no hay duda, y lo ha reconocido la misma parte al realizar esa entrega, ya dentro del juicio, en la justicia de la causa de desahucio aceptada; a la cual no puede ser óbice que, en efecto, hubiere adeudo alguno del demandante porque su existencia no autorizaba la retención efectuada, incumpliendo su obligación.

FALLO.—No ha lugar

SENTENCIA 7 OCTUBRE 1949

Arrendamiento de finca con destino pecuario—prórroga y novación del contrato (1).

Si la prórroga de arrendamiento de fincas con destino pecuario no ocurre por imperativo legal, ni es admisible la tácita reconducción, no cabe, constando al vencer los tres años de tenencia arrendaticia de aquella índole la oposición del arrendador a la subsistencia del vínculo, admitir la posibilidad de una novación trinal por el hecho de que el requerimiento del arrendador para dar por terminado el contrato se refiriese a un momento ulterior al del vencimiento de aquellos tres años.

Juicio de desahucio—cuestiones ajenas a la naturaleza del mismo—consecuencias de la percepción durante el mismo de las rentas devengadas.

En juicio de desahucio no tienen cabida cuestiones distintas de las que legítimamente corresponden a su naturaleza, y ajena a ella es la consolidación de dominio y usufructo ocurrida cuando este acaecimiento no podía influir ni estorbar el lanzamiento.

Los artículos 5.166 L. E. C. y el penúltimo párrafo del apartado b) de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 obligan al

(1) Si bien los considerandos de la sentencia hablan repetidamente, tal vez por error de copia, de aparcería, se tratafa, y así aparece en todos los resultados, de un contrato de arrendamiento cuya naturaleza de tal no fué discutida en ningún momento del proceso.

arrendatario a pagar la renta porque de hecho continúa ocupando la cosa; pero ni gramatical ni lógicamente pueden entenderse en el sentido de que la percepción de aquélla implique modificación del título y derecho a desahuciar.

ANTECEDENTES.—La propietaria de parte de una finca y usufructuaria del resto la dió en arrendamiento al nudo propietario de la parte usufructuada por la arrendadora. El arrendamiento era de las hierbas y pastos de la finca y del disfrute de los edificios existentes en ella, pudiendo el arrendatario cultivar cereales y leguminosas en las parcelas que al comienzo del arriendo estuviesen dedicadas a tal cultivo, pero sin poder alterar la explotación de la finca. La renta era de 40.000 pesetas anuales equivalentes a 476,20 Qm. de trigo. El contrato debía entrar en vigor en 1 de octubre de 1943, siendo de dos años y tres meses de duración, prorrogables por anualidades. Concluido el plazo contractual, las partes convinieron tácitamente prorrogar el contrato un año más, o sea hasta 31 de diciembre de 1946. En junio de 1946, la arrendadora escribió al arrendatario expresándole su voluntad de dar por rescindido el contrato el 31 de diciembre de dicho año. No obteniendo respuesta, interpuso demanda de desahucio en enero de 1947. El demandado alegó no ser la pecuaria la principal explotación de la finca, siendo, por tanto, de seis años el plazo mínimo del arriendo; y aunque lo fuera, habiendo seguido el arrendatario en la finca tres meses desde el final del plazo mínimo de tres años señalado por la Ley, había que entender prorrogado el arrendamiento por otros tres años. Entre la prueba documental se aportó un certificado de la Jefatura Agronómica provincial, según el cual, aunque hubiera otros aprovechamientos más importantes, la finca en cuestión tenía la concepción de agrícola en virtud de la Ley de intensificación de cultivos; y un certificado del Registro de la Propiedad, del que resultaba que la finca arrendada había sido dividida en otras 13 antes de celebrarse el contrato de arrendamiento discutido. Por diligencia para mejor proveer se solicitó dictamen pericial, según el cual, si bien resultaba más importante el aprovechamiento agrícola que el pecuario, se advertía que ciertas zonas en cultivo habían sido roturadas muy recientemente, habiendo estado antes dedicadas a pastos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Durante la apelación murió la arrendadora, consolidándose en el arrendatario el pleno dominio de parte de la finca. El arrendatario fué consignando las rentas vencidas, una parte de las cuales fueron entregadas a la heredera de la demandante, que las aceptó. La A. T. confirmó la sentencia de primera instancia. El demandado interpuso recurso de revisión fundado en los siguientes

MOTIVOS—Primero. Error en la apreciación de la prueba: la carta de la demandante decía que deseaba dar por rescindido el contrato. Pero no se da ninguna causa legal de rescisión en sentido técnico.

Segundo. Error en la apreciación de la prueba: del certificado de la Jefatura Agronómica y del dictamen pericial se deduce que la finca es predominantemente agrícola.

Tercero. Error en la apreciación de la prueba: Del certificado del Registro de la Propiedad resulta que la finca estaba dividida en 13, luego no cabe apreciarla en su conjunto para determinar el predominante aspecto agrícola o pecuario.

Cuarto. Error en la apreciación de la prueba: Habiendo fallecido la arrendadora, se consolida en el arrendatario el pleno dominio de una parte de las fincas, luego no cabe el desahucio respecto a todas. Además, habrá que ver si la renta referente al resto es o no superior a 40 Qm. de trigo.

Quinto. Interpretación errónea del artículo 6.º de la Ley de 23 de julio de 1942. Transcurrido el plazo de tres años exigido por la Ley, y

habiendo seguido el arrendatario tres meses en posesión de la finca, el contrato ha de durar otro plazo de tres años.

Sexto. Violación del penúltimo párrafo del apartado b) de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 27 de junio de 1946: la arrendadora aceptó el pago de una parte de la renta consignada, luego reconoció la ulterior vigencia del contrato.

CONSIDERANDO: Que es inestimable el primer motivo del recurso porque las alegaciones del demandado en el curso del pleito demuestran de modo indiscutible que en la carta de la demandante sólo ha visto requerimiento para que, por conclusión de plazo arrendaticio, tuviera por extinguido el contrato de 1 de octubre de 1943. El uso en dicho documento de la palabra "rescisión", contrastado con los términos en que el litigio ha evolucionado revelan que sólo arbitrariamente se pretende hoy rectificación inexplicable. Por otra parte, el uso de dicha palabra menos pudiera tomarse en el sentido que el recurrente pretende si se observa que la "rescisión" no ocurriría por el acaecimiento de vencer el día 31 de octubre de 1946—único que como causa la carta cita—, sino en el momento en que hubiere ocurrido la causa legal de rescisión en el peculiar sentido jurídico de este concepto, y por la presencia cierta y probada del hecho legítimamente rescisorio.

CONSIDERANDO: Que manda la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940 que el error en la estimación de la prueba, origen de injusticia notoria, ha de resultar del estudio en revisión de documentos o dictámenes periciales obrantes en autos; con minuciosidad y notorio acierto examina la sentencia de instancia ambos modos de prueba, y este examen en revisión enseña: 1.º Que el contrato de aparcería de 1 de octubre de 1943, de obligatoria obediencia según ley para los contratantes, vistas sus cláusulas 1.^a, 4.^a y 5.^a, no permite ni indicios racionales de duda para afirmar que lo convenido en virtud de pacto expreso no ha tenido por materia más que el arriendo en aparcería de prados para el aprovechamiento de hierbas y pastos, sin otra excepción que la mínima de "utilizar para el cultivo de cereales y leguminosas las parcelas que en la actualidad se encuentran dedicadas a este cultivo". 2.º Que el estudio de la prueba pericial en todas sus manifestaciones ha comprobado: a) que en las fincas objeto del arrendamiento (y éstas son las que interesan a efectos del pleito) la explotación pecuaria es muy superior a la mínima agrícola, coincidiendo tal resultado del informe pericial con los indicados términos—general y excepcional—del pacto arrendaticio"; b) que el arrendatario demandado (aun a cambio de infringir la estipulación 5.^a del contrato de aparcería) pretendió, para dar ficticio fundamento a sus alegaciones en juicio, dar nota de agrícola al laboreo de parcelas que durante los años precedentes no lo habían tenido, si bien tal propósito vióse frustrado como consecuencia de la inspección y dictamen pericial que llevó a la sentencia recurrida a admitir como suya la afirmación de la del Juzgado, según la cual con tal conducta el demandado "lo único que ha conseguido es poner de manifiesto una conducta antijurídica que llevaba implícita la violación de la estipulación 5.^a del contrato"; c) que cuando los peritos afirmaron la primacía del laboreo agrícola se referían a la totalidad de la dehesa, mas cuando limitaban sus conclusiones a las parcelas materia del contrato de

aparcería según los términos del mismo, o se contrastan las dimensiones a que se refieren sus conclusiones, prestan sólido fundamento para afirmar que los Tribunales de instancia recogieron en sus sentencias, con notorio acierto crítico, las afirmaciones que hoy tilda de erróneas el recurrente en el segundo de los motivos de revisión.

CONSIDERANDO: En orden al tercer punto de la argumentación contra la sentencia recurrida: que la unidad objetiva preside el contrato de aparcería de 1 de octubre de 1943; así resulta de la voluntad contractual manifestada sin distinguos reveladores de distinta condicionalidad de régimen de hecho y de derecho; de la unidad de destino para la producción; del señalamiento de precio arrendaticio—único y conjunto—, esto es: unidad en el ánimo, en la acción, en los medios y en el fin; dase, pues, a través de todos estos elementos de hecho, una sola relación jurídica, con régimen único, sin que la multiplicidad de cosas objeto de la misma, todas de igual naturaleza, pueda, tan sólo por la influencia de aquella multiplicidad, conocida en su causa de duración por los litigantes antes del contrato de aparcería en litigio, dar lugar, cuando la conveniencia de uno de los litigantes le invite a intentarlo, a dividir una convención jurídica contractual en tantas como cosas hayan sido materia de aquélla, y precisamente para reclamar en nombre de dicha diversidad consecuencias jurídicas distintas de las legítimamente coordinadas con la unidad objetiva del contrato; en suma, coexisten todas las circunstancias que aun dentro de nuestro sistema registral hipotecario autorizarían la inscripción bajo unidad orgánica y de explotación.

CONSIDERANDO: Que el cuarto motivo, formulado con manifiesta complejidad es inaceptable en cada cual de sus varios y en buena parte discordantes aspectos para ser presentados bajo un sólo número: 1.º El fallo de instancia se atiene escrupulosamente a los elementos personales y reales del litigio: artículo y medida de la litis-contestatio; al derecho discutido y modo de su actuación procesal, para definir y resolver, sin traspasar los límites que señalan el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sus concordantes. 2.º La acción ejercitada en la demanda se refiere a plazo de día cierto, y en éste vivía la actora; por tanto, el derecho a desahuciar en la fecha de la demanda formaba parte del patrimonio de dicha señora, y por ello, y en relación a tal fecha, ese derecho, en orden a sus posibles y retroactivas consecuencias, pertenece íntegramente a su heredera, sin perjuicio de que, con independencia de la declaración de eficacia o ineficacia del derecho a desahuciar en el día para que se pidió, litiguen o se entiendan el demandado y aquélla respecto a las derivaciones de la confusión de usufructo y nuda propiedad que se dice operada y subsistente con posterioridad a la fecha de la demanda. 3.º *En juicio de desahucio no tienen cabida cuestiones distintas de las que legítimamente corresponden a su naturaleza, y ajena a ella es la consolidación de dominio y usufructo ocurrida cuando este acaecimiento no podía influir ni estorbar el lanzamiento.* 4.º En la instancia no se ha pedido que el desahucio se limite a aquellas fincas en las que no se ha dado la repetida confusión, sino que el hoy recurrente solicitó que “se suspendiera el curso del pleito reservando a las partes su acción para que puedan ejercitar su derecho en el adecuado proce-

dimiento a fin de llegar a fijar la renta que corresponda después de la confusión"; por tanto, tal como este tema se presenta en el 4.º motivo de revisión, es nuevo en los autos, y como tal, inadmisibles en todo caso; además, la petición de suspensión del juicio de desahucio ha sido resuelta por autos firmes de la Sala de instancia dictados en 5 de marzo y 9 de abril en sentido negativo. 5.º La sentencia recurrida no niega que la tan repetida confusión de dominio y usufructo haya ocurrido; por tanto, no puede achacársele error respecto a ese extremo. La Sala sentenciadora, no en su sentencia, sino en los autos firmes de 5 de marzo y 9 de abril antes citados, declaró, resolviendo incidencias propuestas en los referidos términos por el demandado, que el fallecimiento de la actora, sustituida en el pleito por su heredera, no autorizaba la suspensión de la vía judicial de desahucio. 6.º Tampoco ha sido tema del litigio la declaración de la cuantía de la renta una vez efectuada tan repetida confusión, ni puede formar parte de su materia: a) porque la virtualidad del derecho a desahuciar por extinción de plazo es anterior a la confusión; b) porque, sentenciado el lanzamiento, el precio arrendaticio—como tal—deja de existir. 7.º Que la unidad objetiva jurídica de la cosa materia del contrato de 1 de octubre de 1943, razonada en el tercero de los considerandos de esta sentencia no permite sostener—como lo hace el recurrente en el cuarto de los temas de revisión—que, después de expuestas en el trámite procesal pertinente las proposiciones litigiosas con referencia a día cierto, haya de desaparecer aquella unidad en virtud de acaecimientos posteriores, que, con relación a tal día, en orden a los fines del pleito en curso, en nada alteran los términos del mismo; al contrario, la solución pendiente, una vez promulgada y siendo desestimatoria del desahucio, pasaría a ser antecedente necesario de futuros acuerdos o decisiones, entre ellos, el de renta posterior a la reducción objetiva; mas, respecto a este punto, importa observar la inconsecuente argumentación del recurrente en relación con su conducta en el litigio, pues si en él sostuvo la individualidad de cada parcela, no por ello formuló su oposición al régimen sustantivo y procesal del caso propuesto por la actora en la cuota de precio que a cada suerte cupiera corresponderse con referencia al equivalente trigo, pero, en cambio, arguye ahora efectos distintos a la misma causa jurídica, olvidándose que al duplicar en el acto del juicio, expresamente hizo oposición a la demanda alegando que... "respecto a las disposiciones citadas en el adverso, que ni el artículo 28 de la Ley de 1935 se comprende este caso de desahucio, ni el 8.º de la Ley de 1942 es aplicable, por ser referido a rentas inferiores a 40 quintales métricos de trigo", alegación que corrobora ser cierta la idea de unidad objetiva que el demandado tuvo siempre de la cosa dada en aparcería.

CONSIDERANDO: Que si la prórroga de aparcería de fincas con destino pecuario no ocurre por imperativo legal; si al vencer los tres años de tenencia arrendaticia de aquella índole constaba al demandado la oposición de la arrendadora a la subsistencia del vínculo aparcerero; si la tácita reconducción no es admisible, falta razón jurídica al recurrente para presentar como tesis del quinto motivo de revisión la existencia de un contrato nacido por novación con vida trienal; tan sólo destaca el consentimiento de arrendadora y arrendatario de cumplir el precepto legal que daba al

contrato de 1 de octubre de 1943 tres años de vigencia en vez del estipulado en la cláusula segunda del mismo.

CONSIDERANDO: Que los artículos 1.586 de la Ley de Enjuiciamiento civil y el penúltimo párrafo del apartado b) de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de 28 de junio de 1940 obligan al arrendatario a pagar la renta porque de hecho continúa ocupando la cosa, pero ni gramatical ni lógicamente puede entenderse en el sentido de que la percepción de aquélla implique modificación del título y derecho de desahuciar. Tampoco el Decreto-Ley de 28 de julio de 1946 tiene relación alguna, ni aun de analogía, con el caso de autos; refiérese aquél a desahucio por falta de pago, y, aparte de tan fundamental razón de inaplicación, haría la cita inestimable el incumplimiento de los requisitos exigidos para los verdaderos supuestos de régimen de tal ordenamiento legal. El motivo sexto del recurso es, por tanto, radicalmente infundado.

CONSIDERANDO: Que en ambas instancias se razonó con precisión y claridad que no permite dudas la improcedencia de las alegaciones del demandado; las fundamentales de la pretendida revisión son tan francamente opuestas a Derecho que sólo con notoria temeridad pudo solicitar aquélla. Ello obliga a imponer al recurrente la obligación del pago de las costas de este recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 OCTUBRE 1949

Arrendamientos rústicos—carácter del desestimiento o renuncia a los actos del proceso: sus requisitos.

CONSIDERANDO: Que entre los modos por los que puede ser terminado el proceso, calificados por los actores de extraordinarios, existe el desestimiento también llamado renuncia a los actos del proceso, ya que implica el abandono por el actor de la pretensión que le ha movido a iniciar el juicio, acto procesal del que si bien se ocupa la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que respecta al desistimiento de los recursos, no existe en la expresada Ley precepto alguno que lo regule cuando del desistimiento de la demanda se trata, por lo que para determinar los efectos de éste habrá que acudir a la doctrina científica y muy especialmente a la sentada por la jurisprudencia, la que distingue entre el desistimiento de la demanda efectuado por el actor antes de establecerse entre las partes la contienda judicial mediante la contestación a la misma en cuanto al fondo y el producido con posterioridad a la intervención del demandado en actuación, que afectasen al fondo del pleito, declarando en el primer caso libre el desestimiento del actor y exigiendo en el segundo la conformidad del demandado para que aquel acto procesal pudiera tener eficacia.

CONSIDERANDO: Que en el presente caso el desistimiento de la actora de la acción procesal, acogido por la providencia dictada por el Juez de Primera instancia el 10 de julio de 1946, no se impugnan tomando como fundamento la necesidad de la aceptación del denunciado para que aquél

se produjera, ya que la única alegación que en oposición al mismo hace el recurrente en el escrito por el que solicita la reposición de la indicada providencia es la de estimar que el expresado desistimiento ha sido condicionado, lo que deduce, no de los términos en que está redactado el escrito de la actora ni los de la providencia, sino del sostenido del poder en virtud del que obra la representación de la demandante solicitando, en consecuencia, en el suplico del expresado escrito de reposición el que se deje sin efecto dicha providencia, "sin perjuicio de que la parte actora pueda producir su desestimiento sin sujetarlo a ninguna clase de salvedades y reservas", por lo que, al resolver el presente recurso se ha de prescindir de toda cuestión que no haya sido planteada ni debatida en el momento procesal oportuno.

CONSIDERANDO: Que fundado el primer motivo del recurso en la causa tercera de los establecidos en la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 22 de junio de 1940, para que la misma pudiera prosperar, era preciso—como de su texto se colige—que al dictar el Tribunal "a quo" la resolución recurrida hubiera infringido algún precepto legal, produciendo con ello una injusticia notoria en perjuicio del recurrente, requisitos cuya concurrencia no puede ser apreciada en el caso debatido, ya que solicitado por el Procurador de la actora que en nombre de su mandante se le tuviera por desistido de la acción que venía ejercitando contra el demandado, sin expresar reservas ni condiciones, y acordado así por el Juzgado de Instancia en la providencia de 10 de julio de 1940, que fué mantenida por el auto dictado el 22 del mismo mes, al impugnar el recurrente al auto del Tribunal de apelación conformatorio del dictado por el Juzgado, no cita precepto alguno que, con los efectos antes indicados, sea infringido por la expresada resolución aprobatoria del desestimiento, toda vez que aun estimando que por la representación de la actora al interesar el desestimiento en la forma realizada se había vulnerado—según afirma el recurrente—los artículos 1.714 y 1.719 del Código civil—reguladores de obligaciones del mandatario en relación con la ejecución del mandato—, las supuestas infracciones no habían de producir, en relación al recurrente, la injusticia notoria que requiere la viabilidad del motivo, puesto que implicando la firmeza de la expresión providencia la terminación del proceso con las costas a cargo de la actora, no podía obtener el demandado recurrente resolución para él más beneficiosa si el juicio hubiera continuado y terminado por sentencia, ya que seguía conservando su condición de arrendatario de la finca objeto del desahucio, sin impedirlo—caso de reproducción de la demanda—el oponer a ella las excepciones que estimara pertinentes, por todo lo que procede la desestimación del motivo.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso, amparado en igual causa que el anterior, no puede asimismo prosperar por los razonamientos aducidos en relación al primero, y además porque el recurrente, al fundamentarlo, olvida el carácter procesal de la acción desistida por la actora, y que la doctrina sentada por la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en las sentencias de 17 de noviembre de 1931 y 13 de junio de 1942, interpretadoras del artículo 4.º del Código civil y que se supone infrin-

gida por la resolución recurrida se refiere a la renuncia de derechos de carácter material o sustantivo, exigiendo que sea clara y terminante, sin reserva ni condiciones, doctrina que, aun estimando fuese aplicable al desestimiento de la acción parcial hecho por la actora, no podía afectarla, si se tiene en cuenta la forma en que se produjo, que es precisamente como solicita el recurrente que se haga.

CONSIDERANDO: Que en el tercero y último motivo del recurso, basado en causa idéntica a la alegada en los precedentes, se impugna el auto recurrido por supuesta infracción de la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1878; y si bien es cierto que en el caso a que se refiere dicha sentencia el Tribunal de apelación, revocando la resolución del Juez estimatoria de un desestimiento efectuado por la parte deudora con reservas de derechos, declaró no haber lugar al desestimiento hecho con tales reservas, también lo es que el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto contra la resolución dictada por la Audiencia Territorial, no por aceptación de los fundamentos en que este Tribunal se apoyaba para no admitir el expresado desestimiento, sino por considerar que la resolución recurrida no era definitiva, ya que no terminaba el pleito y que, por lo tanto, la parte actora podía continuarlo si así le convenía, de todo lo que se infiere la ineficacia de la cita de la indicada sentencia como base del motivo, lo que constituye por sí causa suficiente para rechazarlo sin necesidad de acudir a otros razonamientos ya alegados en los fundamentos que preceden, que conducirían al mismo resultando.

CONSIDERANDO: Que la conformidad de las resoluciones de instancia y la claridad de las mismas denotan temeridad en la parte recurrente al interponer y mantener el recurso, por lo que debe serle impuestas las costas causadas en el mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 OCTUBRE 1949

Arrendamientos rústicos—quebrantamiento de forma como motivador de la revisión—requisitos: valor contractual de una simple carta en la que se aplaza determinada reunión.

CONSIDERANDO: Que acusa el primer motivo del recurso quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio y consiste en no haberse evacuado la confesión de la actora, propuesta por el demandado hoy recurrente y admitida por el Juzgado. Ciertamente, la injustificada denegación de prueba es un vicio procesal que puede tener trascendencia en la justicia de la sentencia y motivar su revisión, pero en el caso presente no hay denegación, pues consta en autos (folio 27 de los del Juzgado) que la prueba fué admitida y, accediendo a la proposición, se libró para su práctica, al Juzgado de San Sebastián, exhorto que se entregó al proponente, que no lo devolvió ni participó al Juzgado el motivo de ello. Por

otra parte, para que el quebrantamiento de forma pueda motivar la revisión no basta que haya un vicio procesal, suponiendo que lo fuera el expresado, sino que se precisa: a) Que haya producido indefensión, no siendo suficiente la mera posibilidad de que se produjera, b) Que la falta cometida sea imputable al órgano jurisdiccional y no se deba, como en este caso, a negligencia de la misma parte demostrada por total abandono de la gestión del exhorto que se le confió y no cuidó de ello ni de incorporarlo al proceso. c) Que si se trata de denegación de prueba en primera instancia, se reprodujera en la segunda. La ausencia de todos los expresados requisitos hace desestimable el motivo.

CONSIDERANDO: Que el segundo pretende evidenciar un error de hecho con el documento, carta, que cita (folio 18 de los autos de primera instancia) al no darle eficacia para demostrar la existencia de un contrato. En este documento, la parte que le suscribe y reconoce, se limita a hacer saber a la otra parte que hasta la hora que expresa no podrá celebrarse una reunión que tenían proyectada; pero ni se descubre su finalidad, ni menos que tuvieran las partes concertado un contrato, ni sus condiciones, por lo que claudica el motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 OCTUBRE 1949

Recurso de revisión—error en la apreciación de la prueba.

No es eficaz al fin revisorio impugnar el juicio de pruebas del sentenciador en instancia, sin que haya elementos de prueba documentales o periciales que demuestren el error de apreciación.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS (1)

Serie 1.ª Publicaciones periódicas:

1. *Anuario de Historia del Derecho español*. 1944, 854 págs., en 4.º; 1945, 851 págs.; 1946, 1187 págs.; 1947, 987 págs.; 1948-49, en prensa. Suscripción anual, 100 pesetas.
2. *Anuario de Derecho civil* (se publica en fascículos trimestrales). 1948, 1600 págs.; 1949. Precio de suscripción, 125 pesetas.
3. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (se publica en fascículos cuatrimestrales). 1948, 650 págs.; 1949; en 4.º Suscripción anual, 60 pesetas.

Serie 2.ª Tratados y Manuales de Derecho español:

1. GARCÍA GALLO (Alfonso): *Tratado de Historia del Derecho español*. Tomo I, *Introducción, historia de las bases de formación del Derecho, de las fuentes y del Derecho público, hasta el siglo VII, inclusive* (en prensa); en 4.º

Serie 3.ª Monografías de Derecho español:

1. ORTEGA PARDO (Gregorio): *Naturaleza jurídica del llamado legado en lugar de la legítima*. 1945, 175 págs., en 8.º; enc. en tela, 20 pesetas.
2. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO (José): *La condición jurídica del "nasciturus" en el Derecho español*. 1946, 270 págs., en 8.º; encuadernado en tela, 30 pesetas.
3. MASIP ACEVEDO (Julio): *La derrelicción de bienes muebles en el actual Derecho español*. 1946, 138 págs., en 8.º; enc. en tela, 22 p.setas.
4. LA CONCHA MARTÍNEZ (Ignacio de): *"La presura"*. 1946, 152 páginas, en 8.º; enc. en tela, 22 pesetas.
5. HERNÁNDEZ GIL (Antonio): *El testamento militar*. 1946, 241 páginas, en 8.º; enc. en tela, 34 pesetas.
6. RODRÍGUEZ DEVESA (José): *El hurto propio*. 1946, 251 págs., en 8.º; encuadernado en tela, 34 pesetas.
7. ROSAL (Juan del): *Estudios penales*. 1948, 348 págs., en 8.º; encuadernado en tela, 45 pesetas.
8. HUERTA FERRER (Antonio): *La relación de causalidad en la teoría del delito*. 1948, 377 págs., en 8.º; enc. en tela, 50 pesetas.
9. RUBIO (Rafael): *La Inspección de Tribunales*. 1950, XIX + 190 páginas; 25 pesetas.
10. NÚÑEZ LAGOS (Rafael): *Hechos y derechos en la escritura pública* (en prensa).

(1) Las publicaciones mencionadas en el presente Catálogo se hallan a la venta en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, 6 y 8, Madrid.

Serie 4.^a Textos jurídicos vigentes:

1. *Código penal. Texto refundido de 1944 y Leyes penales especiales*, anotadas y comentadas por Eugenio CUELLO CALÓN. 1946, 846 páginas, en 12.º; enc. en tela (agotado).
2. *Apéndice al Código penal*. 1947, 24 págs., en 12.º (agotado).

Serie 5.^a Textos jurídicos antiguos:

- A) Colección escolar de fuentes jurídicas romanas:
 1. *Reglas de Ulpiano*. Texto latino con una traducción de Francisco HERNÁNDEZ TEJERO. 1946, 66 págs., en 12.º; enc. en tela, 20 pesetas.
- B) CUESTA (Luisa): *Formulario castellano del siglo XV*. 1948, 206 páginas, en 4.º; 40 pesetas.

Serie 6.^a Obras de carácter general:

1. HINOJOSA (Eduardo de): *Obras*. Tomo I, Estudios de investigación con un estudio de Alfonso GARCÍA GALLO sobre *Hinojosa y su obra*. 1948, CXXIX + 292 págs., en 4.º; 65 pesetas.

Serie 7.^a Obras de Derecho extranjero.Serie 8.^a Estudios de Historia del pensamiento jurídico:

1. CONDE (Francisco Javier): *El saber político en Maquiavelo*. 1948, 281 páginas, en 8.º; enc. en tela, 45 pesetas.

EDICIONES ESPECIALES DE ESTUDIOS PUBLICADOS
EN LOS "ANUARIOS"

- ALBADALEJO GARCÍA (M.): *Dos aspectos de la partición hecha por el testador*. 1948, 60 págs.; 10 pesetas.
- ALVAREZ DE LINERA (Antonio): *Lo parapsicológico en la investigación criminal*. 1949; 10 pesetas.
- ALVAREZ SUÁREZ (Ursicino): *Los derechos provinciales romanos y el problema del Derecho foral español*. 1948, 14 págs.; 12 pesetas.
- CAMAÑO ROSA (Antonio): *El delito de abandono de familia*. 1949, 14 páginas; 10 pesetas.
- CASCIARO (José M.^a): *El risirato en el reino nazarí de Granada*, 1947; 10 pesetas.
- CASIEJÓN (Federico): *La responsabilidad sin culpa en los Derechos civil y penal*. 1948, 18 págs. (agotado).
- CASTRILLO SANTOS (Juan): *Autonomía y heteronomía de la voluntad*. 1949, 45 págs.; 30 pesetas.
- CASTRO BRAVO (Federico de): *Remuneración del representante legítimo del ausente*. 1948, 20 págs.; 10 pesetas.
- *La cuestión foral y el Derecho civil*. 1949, 48 págs.; 20 pesetas.
- COSSÍO Y CORRAL (Alfonso de): *El arrendamiento de locales de negocio*. 1948, 40 págs.; 15 pesetas.
- *El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. 1948, 20 págs.; 10 pesetas.
- *La potestad marital*. 1948, 33 págs.; 10 pesetas.
- CUELLO CALÓN (Eugenio): *La reforma penal española en materia de falsificación de moneda*. 1948, 18 págs. (agotado).
- *Los nuevos métodos científicos de la investigación criminal y los derechos de la persona*. 1949, 19 págs.; 10 pesetas.

- DUALDE SERRANO (Manuel): *La Concordia de Alcañiz*. 1947; 10 pesetas.
- ELÍAS DE TEJADA (Francisco): *Las doctrinas políticas de Jerónimo Osorio*. 1945, 52 págs.; 10 pesetas.
- FAIRÉN GUILLÉN (Victor): *Para la elaboración de una doctrina general de los principios de procedimiento*. 1948, 24 págs.; 12 pesetas.
- — *El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil*. 1949, 23 págs.; 15 pesetas.
- FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO (Francisco): *Modificaciones sustantivas en la legislación de arrendamientos urbanos* 1949, 41 págs.; 25 pesetas.
- FERRER SAMA (Antonio): *Noción y características del delito de bigamia*. 1948, 19 págs.; 10 pesetas.
- FONT RÍUS (José M.^a): *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. 1946, 504 págs.; 54 pesetas.
- FUENMAYOR Y CHAMPÍN (Amadeo de): *Intangibilidad de la legítima*. 1948, 21 págs.; 10 pesetas.
- — *La mejora de labrar y poseer*. 1948, 42 págs.; 10 pesetas.
- GALLARDO RUEDA (Arturo): *Fe pública y seguridad jurídica*. 1949, 34 páginas; 20 pesetas.
- GARCÍA ENTERRÍA (Eduardo): *La legalidad sobre grandezas y títulos nobiliarios*. 1948, 16 págs.; 10 pesetas.
- GARCÍA GALLO (Alfonso): *Los orígenes de la Administración territorial de las Indias*. 1944, 100 págs.; 20 pesetas.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE (Juan José): *La reforma procesal en la Argentina*. 1949; 10 pesetas.
- GORDILLO (Manuel): *La competencia penal en materia de navegación aérea*. 1949; 10 pesetas.
- GUASE DELGADO (Jaime): *Los límites temporales de la cosa juzgada*. 1948, 38 págs.; 10 pesetas.
- HERNÁNDEZ TEJERO (Francisco): *La propiedad primitiva de las "res nec mancipi"*. 1945, 56 págs.; 10 pesetas.
- — *Sobre el concepto de "potestas"*. 1946, 24 págs.; 10 pesetas.
- HERRERA FIGUEROA (Miguel): *Filosofía y criminología*. 1948, 26 págs.; 10 pesetas.
- IGLESIAS (Juan): *Visión titoliviana de la Historia de Roma*. 1946, 32 páginas; 10 pesetas.
- JIMÉNEZ ASENJO (Enrique): *Represión penal del concurso*. 1948, 24 páginas (agotado).
- — *Teoría del Derecho penal especial*. 1949; 10 pesetas.
- JORDANO BAREA (Juan): *El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*. 1948, 46 págs.; 10 pesetas.
- LOIS ESTÉVEZ (José): *La teoría del objeto del proceso*. 1949, 26 págs.; 20 pesetas.
- LÓPEZ-AMO MARÍN (Angel): *El pensamiento político de Eximenis en su tratado de "Regiment de princeps"*. 1946, 140 págs.; 18 pesetas.
- LÓPEZ ORTIZ (José): *La colección conocida con el título de "Leyes Nuevas" y atribuida a Alfonso X el Sabio*. 1945, 70 págs.; 10 pesetas.
- LÓPEZ RÍOCEREZO (José M.^a): *Doctrina de Fr. de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal*. 1949; 10 pesetas.
- MELJERS (E. M.): *Los Fueros de Aragón y Sobrarbe*. 1947, 26 págs.; 10 pesetas.
- MEREA (Manuel Paulo): *Estudios de Derecho privado visigótico*. 1945, 46 páginas; 15 pesetas.
- — *Notas sobre o poder paternal no Direito hispanico occidental durante os seculos XII e XIII*. 1947, 15 págs.; 10 pesetas.
- MONTERO Y G. DE VALDIVIA (Jaime): *Modernas orientaciones de la colonización agraria en España*. 1949, 33 págs.; 20 pesetas.
- NÚÑEZ LAGOS (Rafael): *Perfiles de fe pública*. 1949, 26 págs.; 20 pesetas.

- ORLANDIS ROVIRA (José): *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*. 1945, 86 págs.; 20 pesetas.
- *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*. 1947, 100 págs.; 25 pesetas.
- ORS PÉREZ-PEIX (Alvaro D'): *"In diem addictio"*. 1945, 102 págs.; 25 pesetas.
- *Estudios sobre la "Constitutio Antoniniana"*. 1946, 24 págs.; 10 pesetas.
- *"Optio servi"*. 1947, 65 págs.; 15 pesetas.
- ORTEGA PARDO (Gregorio): *Cuasi-contratos atípicos*. 1948, 27 págs.; 10 pesetas.
- *Donaciones indirectas*. 1949, 67 págs.; 35 pesetas.
- PALOMEQUE (Antonio): *El señorío de Valdepusa y la concesión de un privilegio de villazgo al lugar de Navalnoral de Pusa, en 1635*. 1946, 96 págs.; 20 pesetas.
- F. B. (C.): *Apreciación sobre la legislación que regula los títulos nobiliarios*. 1949, 19 págs.; 17 pesetas.
- PEREDA, S. I. (Julián): *El concepto normativo de la culpabilidad*. 1949, 18 páginas; 10 pesetas.
- PÉREZ LEÑERO (José): *Derecho penal de trabajo español*. 1949; 10 pesetas.
- PÉREZ SERRANO (Nicolás): *La fijación de la renta en dínero y la nulidad de los arrendamientos rústicos*. 1948 (agotado).
- *El derecho moral de los autores*. 1949, 21 págs.; 20 pesetas.
- PRIETO CASTRO (Leonardo): *En defensa de la ciencia procesal*. 1949, 31 páginas; 20 pesetas.
- RAVENTÓS NOGUER (Manuel): *En torno al artículo 168 del Código civil*. 1949, 8 págs.; 5 pesetas.
- ROSAL (Juan del): *Estimación de la teoría del "tipo autor" en la legislación penal española*. 1948, 27 págs.; 10 pesetas.
- ROYO MARTÍNEZ (Miguel): *Contratos de adhesión*. 1949, 16 págs.; 15 pesetas.
- RUBIO (Rafael): *La inspección de Tribunales*. 1948, 36 págs.; 22 pesetas.
- *La misión y la función del Juez*. 1948, 20 págs.; 10 pesetas.
- SÁNCHEZ TEJERINA (Isaías): *Nuevos problemas del Derecho penal*. 1948, 12 págs.; 10 pesetas.
- SCHONKE (Adolfo): *Interpretación, analogía y Derecho consuetudinario en el Derecho penal*. 1948, 21 págs.; 10 pesetas.
- SILVA MELERO (Valentín): *Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal*. 1948, 13 págs.; 10 pesetas.
- SOLS GARCÍA (Pedro): *Prescripción contra el Registro, síntesis de la doctrina legal*. 1949, 18 págs.; 10 pesetas.
- USCATESCU (George): *El seguro marítimo en el Código civil italiano de la navegación*. 1949, 26 págs.; 15 pesetas.
- VALDEASAS (Guillermo G.): *La acción publiciana en nuestro Derecho vigente*. 1948, 22 págs.; 10 pesetas.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

MOSSA, Lorenzo: *Para el Proyecto español de Ley sobre la Sociedad Anónima.*

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *Impugnación de los acuerdos de las Juntas generales de las Sociedades Anónimas.*

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *La reforma de la Sociedad Anónima.*

GIRÓN TENA, José: *La fundación de la Sociedad Anónima en el Anteproyecto de reforma.*

GAY DE MONTELLÁ, Rafael: *La defensa del capital obligacionista en la reforma del régimen de Sociedad Anónimas.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GARCÍA ROYO, Amando: *Estudio del retracto arrendaticio rústico.*

3. VIDA JURÍDICA

SUÁREZ, Modesto: *Abusos en la valoración de las aportaciones no consistente en dinero.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.