

**ANUARIO  
DE  
DERECHO CIVIL**

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.<sup>a</sup>**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**



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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO I  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXLVIII

---

---

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

---

---

## PROPOSITOS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL, revista nueva con nombre viejo, se nos dirá; pero el título ha sido elegido intencionalmente, pues expresa con exactitud nuestro propósito y su programa.

El Derecho civil, cuya muerte se vaticinara tantas veces y cuyos supuestos síntomas de crisis y decadencia alarmara tan agudamente a los mejores juristas, sigue viviendo en todos los pueblos. En los últimos tiempos ha adquirido hasta un nuevo valor, el de lema y símbolo en la gran lucha de ideas que divide a la Humanidad; y así, en muchos oídos, su nombre despierta ecos de esperanza, como dique posible contra el tremendo empuje agostador de la intervención administrativa y promesa de un futuro vivir, en el que la responsabilidad personal y la justicia social sean efectivas realidades.

Las nuevas y trágicas circunstancias de este mundo actual requieren propios remedios; está, ciertamente, cansado de locas improvisaciones y fanáticos curanderos y no es posible, ni deseable siquiera, volver a restablecer el pasado; conviene, eso sí, aprovechar sus enseñanzas para preparar un más seguro porvenir. El odre viejo da su solera al vino joven; la sabiduría de siglos acumulada en el Derecho civil será buena guía para atender, con justicia y prudencia, los problemas de nuestra época.

Derecho y vida social están indisolublemente unidos; ninguna preocupación social dejará de tener su repercusión jurídica, y el Derecho es uno de los motores más potentes y

*eficaces en las transformaciones sociales. La ciencia jurídica, si quiere ser actual, ha de estar atenta a las necesidades de la sociedad; los estudios jurídicos, sus métodos y técnica, sus conceptos, fórmulas y sistemas, su estancamiento o renovación, importan no sólo a los profesionales del Derecho, interesan a los hombres todos, porque de ello depende en gran parte la paz social.*

*El tiempo presente urge encararnos con la dura y descarnada realidad social; el Derecho no puede continuar siendo esa ciencia esotérica, que apenas ilusiona al que busca su precario auxilio en el juego de azar de un pleito, o a quien se aconseja del especialista para evitar los lazos incalculables u odiosos de la Ley. Si el Derecho tiene que orientar el vivir social, primero habrá que conocer, contar y medir, interpretar sus manifestaciones; la remolona "investigación de los hechos" no basta, hay que levantar la carta sociológica de la nación y aventurar, con todos los inevitables riesgos, pronósticos sobre el futuro de la sociedad. Nosotros, los juristas, mal acostumbrados al pensar abstracto, necesitamos un mayor y más íntimo contacto con lo concreto: oír los deseos, quejas y aspiraciones de hombres y mujeres, ver y padecer con ellos la situación de familias, propiedades, empresas y tráfico, en las grandes ciudades y en los pueblecitos, junto al mar, en lo alto de la montaña y allá abajo en el valle, en toda esta España de hoy que se afana preparando su incierto mañana. Tarea que en la práctica es doble, aproximar los juristas a la realidad y también acercar el Derecho al pueblo, hacerle conocer su cometido justo y necesario, hacerle saber y sentir que le conviene colaborar en su realización.*

*Nace este Anuario, como indica ya su título, con el propósito, primero, de ser instrumento en la tarea de la defensa jurídica de la persona y de la familia y, además, en la esperanza de contribuir, en lo posible, a la necesaria renovación de la técnica y de la ciencia del Derecho civil. Para esta obra pedimos la contribución de todos los juristas; de todos, sin reservas ni limitación alguna.*

*La revista no será periódico de escuela, tendencia o capillita; quiere servir a un solo señor, al Derecho. Ciertamente que*

cada persona y obra nace con el sello de su época y país; sería absurdo e hipócrita el ocultarlo. Aparece el Anuario iniciado por unos hombres que sienten al Derecho en toda su trágica intensidad actual. La asfixia espiritual que atribula al hombre moderno, su desazón e inquietud, la angustia, el tedio y hasta ese asco existencial a la moda, son brotes naturales de su desesperanza, de la sentida ausencia de la justicia en esta tierra atormentada. Los juristas tenemos nuestra parte de culpa; las fórmulas jurídicas abstractas, su mentida neutralidad, la conversión del Derecho en un juego de conceptos o en un pesar y medir de intereses, la concepción de un derecho puro que se purifica despojándolo de toda valoración justiciera, el positivismo jurídico en todas sus múltiples manifestaciones, conducen al desconcierto primero y después a un escepticismo completo respecto al Derecho, que de los especialistas pasa, contagia y al fin desmoraliza a las masas. Suprimida o vedada toda aspiración a la justicia, la vida no valdría la pena de ser vivida.

La ciencia jurídica moderna, con el desprestigio de sus viejos modelos, ofrece un desconcertado y desesperanzador panorama; sólo una luz brilla, que no debe quedar oculta bajo el celémín, la tradicional concepción jurídica española. Ella puede iluminar, dar nuevo sentido y renovado vigor a la ciencia del Derecho, volviendo a restablecer la verdadera jerarquía de valores, y no sólo al Derecho hispánico, sino a todo el Derecho, pues, en verdad, no es peculio ni particularidad del pueblo español; su mérito único fué haber encontrado y sabido atenerse, con lógica, seriedad y entereza, a la fórmula más pura de la concepción cristiana del Derecho. Para nosotros, la tarea del jurista moderno está en hacer fructificar los grandes principios de nuestra tradición, formulados por nuestros juristas clásicos, latentes aún en los Códigos españoles; procurar que ellos inspiren las necesarias reformas legislativas y en conseguir que den nuevo y más acertado rumbo a la ciencia jurídica. Leyes, sentencias, doctrina jurídica, logran su propia dignidad y tienen su única justificación en el cometido de acercar, y cada vez más, según las posibilidades del momento, el orden jurídico al ideal de la justicia.

Nada más lejos de nuestro propósito que predicar o fomentar la laxitud técnica y la arbitrariedad judicial; se necesita hoy, quizás como nunca, dar todo su valor a la seriedad investigadora y proclamar altamente que no merece el nombre de jurista quien no sienta la exigencia de la correcta formulación científica; mas junto a ello, y ante todo, hay que recordar en nuestros días la diferencia específica entre las ciencias naturales y las sociales y la correlativa distinta actitud y responsabilidad que imponen a sus cultivadores. El jurista es hombre de ciencia, pero también orientador de conductas; condiciones inseparablemente unidas y que constituyen la grandeza y la servidumbre de su profesión. La escuela jurídica española tomó de la escolástica y del humanismo renacentista conceptos y criterios clasificatorios; pero a diferencia de otras escuelas, supo dar forma científica al Derecho sin dejarlo prisionero o ahogarlo bajo las preocupaciones sistemáticas o las construcciones del casuismo. Es su lección una que ahora podemos aprovechar. Las etiquetas conceptuales, imprescindibles y tan útiles bien usadas, no tienen por qué ser sepultura o prisión del espíritu; concepto e idea no son opuestos, poseen su propio significado y peculiar misión. El aparato científico tiene su adecuada función, no puede substituir ni ha de dificultar la realización de la justicia, sino que debe ser su fiel y más eficaz servidor. La doctrina jurídica puede así, creemos, prestar sus buenos servicios en la hora presente del mundo; tradición jurídica hispánica y afinidad técnica moderna deben utilizarse para dar sentido y calor humano a la ciencia jurídica y, en fin, para recristianizar a todo el Derecho positivo.

Esta nuestra convicción, por su misma firmeza, determina el decidido propósito de que este Anuario no esté monopolizado por nuestra ni por cualquiera otra tendencia, de que en sus páginas se oigan, con plena libertad e igual fuerza, las voces de los juristas de todas las escuelas. Nuestra primera aspiración es buscar la verdad; "donde está la verdad está Dios, en cuanto a verdad"—dice Cervantes—, y la experiencia enseña que nada como la discusión serena y objetiva sirve tanto para que la verdad científica resplandezca.

El título del Anuario indica exactamente los límites de

su contenido; conforme al significado tradicional y amplio del Derecho civil se tratarán las materias que no sean peculiares del Derecho público; se recogerán así cuestiones y temas del estricto Derecho civil, común y foral, de Derecho hipotecario, mercantil, procesal, notarial, de las llamadas propiedades especiales y, en fin, de todas las ramas en que se ha ido especializando su estudio.

Objeto del Anuario será todo lo que pueda interesar al civilista. Se intentará superar la irracional separación y alejamiento de teoría y práctica, pues sin saber mirar y discernir, ¿cómo actuar con discreción?; sin conocer los hechos de la realidad, ¿cómo y para qué fórmulas, definiciones, clasificaciones y sistemas sobre ellos? El Anuario ofrecerá estudios de instituciones, comentarios de disposiciones legales, referencias jurisprudenciales, críticas de sentencias del Tribunal Supremo, Audiencias y Juzgados, examen de casos prácticos, dictámenes, información sobre todo lo que ataña al *vivir* jurídico.

El ANUARIO DE DERECHO CIVIL, editado por una institución cuya única finalidad es el fomento de la ciencia jurídica, nace con la máxima independencia y con propósito de completa objetividad científica. Obra de juristas y para juristas, estará al servicio exclusivo del Derecho y ofrece a tal fin sus columnas a todos los hombres de estudio. Su lema es, y a él ha de ser fiel, la primacía y exaltación de la justicia: "*per arma Justitiae a dextris et a sinistris*".



# **ESTUDIOS MONOGRAFICOS**



# La potestad marital

ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL  
Catedrático de Derecho civil y Abogado  
del I. C. de Sevilla

SUMARIO: I. *El artículo 57 del Código civil. Antecedentes históricos.*—II. *La capacidad de la mujer casada en las legislaciones modernas.*—III. *Los derechos del marido.*

## I. El artículo 57 del Código civil. Antecedentes históricos

Según el artículo 57 del Código civil, “*el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido*”. Esta relación jurídica que impone, de una parte, el deber de obediencia, y de otra, el de protección, en cuanto implica sometimiento de la mujer al marido, no es otra cosa que la consecuencia del poder marital que nuestro Código consagra, siquiera dotado de un contenido ético y de una finalidad trascendente que, al limitarle a las exigencias del bien de la familia, proscribiera la posibilidad de cualquier abuso. El poder marital supone un conjunto de derechos propios del marido, a los cuales corresponde una posición subordinada de la mujer: “Los maridos, decían las *Partidas* (3, 2, 5), usen de los bienes de sus mujeres e se acorran con ellos cuando les sea menester: e otrosi que gobiernen ellos a ellas, e que les den aquello que les convenga según la riqueza y el poderío”.

La extensión de este poder ha variado con los tiempos, a medida que se ha ido reconociendo la capacidad jurídica y afirmando la independencia de su personalidad frente a los maridos. Nuestro Código civil se inspira en el napoleónico, cuya fórmula reproduce casi literalmente. Las legislaciones más modernas, en cambio, tienden a equiparar, en mayor o menor grado, en cuanto a derechos y obligaciones se refiere, a ambos cónyuges. Esta evolución se traduce, paralelamente, en dos órdenes de transformaciones que mutuamente se condicionan: la incapacidad de la mujer y la potestad del marido. En tanto que en

el derecho primitivo aquélla es la causa de extensión de ésta, en cuanto supone una debilidad física y psicológica de la mujer que exige un complemento, en las legislaciones modernas esa potestad se concibe como la forma necesaria para mantener la unidad doméstica, y la incapacidad es tan sólo la consecuencia que de esa unidad de dirección se deriva.

En el antiguo derecho romano, la mujer *sui juris* se hallaba sometida a una tutela análoga a la de los menores, *potestas* unilateral, organizada en favor del tutor, que se refería a la persona y bienes de la pupila, y que permitía al tutor legítimo realizar incluso una *in jure cessio*. Con el tiempo, estas facultades se restringen, no exigiéndose la *auctoritas tutoris* más que para la realización de determinados actos, como la enajenación de *res mancipi*, ciertos procesos, la formación de obligaciones, la *acceptilatio*, la adición de herencia, la manumisión de esclavos y la constitución de dote. Dada esta concepción, nada de extraño tiene que la potestad marital fuese reconocida con tanta amplitud: la *manus mariti*, ya lo hemos visto, es una de las formas en que se manifiesta el señorío doméstico sobre los miembros de la casa, correlativa a la patria potestad. La *uxor in manu*, o *mater familias*, por virtud de la *manus*, entra a formar parte de la "casa" jurídicamente —*filiaefamilias loco*—, así en lo personal como en lo patrimonial, y es considerada por el derecho como una hija respecto a su marido, o al padre de su marido, si éste fuere *alieni juris*. Al igual que el hijo, hállase sometida al poder disciplinario absoluto del *pater familias*, que, en determinados casos, puede darle muerte e incluso venderla en esclavitud.

• Sólo la tradición limita estos derechos absolutos del marido, obligándole, en casos graves, a escuchar el parecer de un tribunal familiar (*judicium propinquorum*). Pero, aun en estos casos, la suerte y la vida de la mujer quedan a merced de los poderes privados omnímodos del marido y sus parientes. La ulterior evolución del derecho, al mejorar la condición de los hijos de familia, suaviza también el rigor de la *manus marital*. La mujer, como los hijos, adquiere siempre para su marido, y su patrimonio, en su totalidad, pasa también a ser propiedad de éste por ministerio de la ley, y en virtud de la sucesión universal (*per universitatem*). En los matrimonios libres, o *sine manu*, transfórmase por completo tal concepción: no es que en ellos no exista poder marital, antes bien, este se configura como algo distinto esencialmente de la *patria potestas*. Consiste aquel poder—como dice Соум— en la prerrogativa que tiene el marido de exigir que sea respetada la comunidad conyugal de su vida: si un tercero, aunque sea su propio padre y en uso de su poder paterno, retiene a su mujer, dispone, para recobrarla, del *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*, y a este derecho se añade el de disponer en todos los asuntos referentes a la vida conyugal: elección de domicilio, educación de los hijos, etc.

El derecho germánico ofrece la misma contradicción que el romano: a una alta estimación social de la mujer, se une una serie de limita-

ciones a su capacidad de derecho, explicables sólo por la especial constitución de la familia entre los pueblos antiguos. La mujer se halla constantemente sometida al *Munt* de su padre, de su tutor o de su marido, aun en el caso de que haya ya llegado a la mayoría de edad. Puede decirse que es una eterna menor, jurídicamente una incapaz, en medio de un pueblo que, por regla general, vinculaba la capacidad de derecho a la capacidad para el manejo de las armas. Ello no obstante, el *Wergeld* que debía pagarse por la muerte de una mujer es, en muchas legislaciones germanas, superior al correspondiente a los hombres: así entre los alemanes y los bávaros, *quia femina cum armis se defendere nequiveri*, y entre los lombardos, *quod inhonestum est mulieribus facere*. A medida que el poder político se fortalece y los lazos que mantenían la unidad originaria de la *Sippe* se van quebrantando, la independencia de la mujer se afirma, y los últimos restos de la antigua tutela desaparecen. Desvinculada la capacidad militar de la procesal, se reconocen a la mujer derechos sobre la herencia y sobre los bienes inmuebles que antes le eran negados, y la función tutelar se limita a la cooperación, con fines de asesoramiento, en determinados actos procesales. No se llega nunca, sin embargo, a la idea de una equiparación jurídica de los sexos, y persisten siempre importantes limitaciones de capacidad femenina. Ello no obstante, en algunos lugares, como en Regensburg, se llega a reconocer la capacidad plena de la mujer comerciante. A pesar de ello, a partir del siglo XVI, se señala un retroceso en el camino de la capacitación emprendida, y brota por todas partes, en forma más o menos encubierta, la *cura sexus*.

En el derecho español encontramos no pocas muestras de esta limitación de la capacidad de la mujer, sobre todo en cuanto se refiere a la mujer casada. Así, decía el *Fuero de Molina*: "La mugier que fuere maridada non haya poder de empennar nin de vender sin mandamiento de su marido"; y el de *Fuentes*: "Toda muger que haya marido non puede facer fiadura ninguna, nin fiço emparentado"; el de *Alcalá*: "Mulier maridada de Alcalá o de so termino que alguna cosa fiare ad alguno home o mandar fiar nol preste; e venga su marido e del una telada, e escase de la fiadura". Y, con más claridad, el *Fuero de Sepúlveda*: "Toda muger casada o manceba en cabello, o vibda que morare con padre o madre en su casa, non haya poder de adebdar ninguna debda mas de fata un maravedi, nin de vender seyendo de seso. si non fuer con placenteria del pariente con qui morare: et quiquier que mas le manlevare, ol comprare lo suyo, a menos de como sobre dicho es pidalo el que lo comprare". Legislación que se hizo general en Castilla, como se deduce del *Fuero Viejo* (5, 1, 12). Por otra parte, ya Recesvinto (4, 5, 2) limitó sus facultades dispositivas de la dote, "Porque es cosa averiguada que las mujeres casadas, abusando del favor de las leyes, consumen sus dotes con personas extrañas, cómplices de sus torpezas y desordenes, establecemos que aunque por ley antigua gozasen de facultad de hacer de tales bienes lo que quisieren,

decretamos ahora y ponemos ley, que dichas mujeres, teniendo hijos, nietos o biznietos, solamente puedan disponer de la cuarta parte a favor de las Iglesias o de los extraños.”

Las *Partidas* se inspiran directamente en el derecho justinianeo, caracterizándose por su imprecisión, reconociéndola amplias facultades en relación a los parafernales, y la ley 12 del título XXIII, Partida 1.<sup>a</sup>, le permitía hacer limosna de cosas que apartadamente tuviera como caudal propio, y aun de las que están en poder del marido como cosas de uso doméstico cuya administración, por costumbre, toca a la mujer. Las leyes 54 a la 59 de *Toro*, vinieron a dar forma clara a este problema, y constituyen—a través de la Ley de matrimonio civil de 1870—el antecedente directo de nuestro Código civil, que con toda amplitud consagra la institución de la *licencia marital*.

## II. La capacidad de la mujer casada en las legislaciones modernas

Hasta 1870 predominó en Inglaterra el sistema rígido del *Common-law*, que consideraba al marido y a la mujer como una sola persona. Se desconocía la individualidad jurídica de la mujer: desprovista de todos los derechos y acciones, no podía contratar, ni estar en juicio, ni disponer de sus bienes por testamento. El marido era el administrador único. Esta incapacidad e inferioridad jurídica de la mujer se va atenuando ya a lo largo del siglo XIX, para desaparecer casi por completo en muchos países en el siglo XX.

En *Francia*, las leyes posteriores al *Code civil* y la jurisprudencia vinieron atenuando las condiciones de inferioridad de la mujer: la ley de 1884 estableció la igualdad de ambos sexos para la obtención del divorcio; las de 1885 y 1889 la reconocen el derecho de renunciar a su hipoteca legal en provecho de los adquirentes de su marido y de sus acreedores, pudiendo aportar al concurso de aquél sus propios créditos; las leyes de 1880, 1886 y 1889 dispensaban a la mujer de la autorización marital para las inversiones en las Cajas de Ahorros, de seguro de la vejez y de las sociedades de socorros mutuos; por la ley de 1893, la mujer casada separada *quoad thorum* recobra el pleno ejercicio de la capacidad civil. La ley de 1907 le concede la libre disposición de los productos de su trabajo y de su industria, reconociéndosela el derecho de ejercer libremente el comercio. Finalmente, la ley de 18 de febrero de 1938, al modificar el Código civil, establece que la mujer casada tiene el pleno ejercicio de su capacidad civil, y reemplaza, en los artículos 213 y 214, la autoridad marital, por el principio de preponderancia del marido como jefe de la familia, en la fijación de domicilio, el derecho de veto contra la elección de una profesión no mercantil por la mujer y los derechos que resulten del régimen matrimonial adoptado. En *Italia*, la incapacidad personal de la mujer casada—no la dependiente del régimen de bienes—fué abrogada por una

ley de 17 de julio de 1919, que, además, le autorizó para administrar y disponer libremente de sus bienes parafernales. Análogas disposiciones encontramos en *Bélgica* (ley de 20 de julio de 1932) y en *Rumania* (ley de 20 de abril de 1932).

Los Códigos de *Prusia* y de *Austria* no admitían la institución de la licencia marital. El Código alemán marca una cierta mejora de la situación jurídica de la mujer; pero, sin embargo, la preponderancia del marido se acusa en la mayor parte de las relaciones. Los derechos sobre la comunidad matrimonial de bienes son idénticos para ambos esposos, en tanto que uno de ellos no abuse de su derecho; si, sin embargo, las intenciones de los esposos son discordantes, corresponde al marido decidir, como también elegir la residencia. El abuso del derecho, por parte del marido, dispensa, sin embargo, de obediencia a la mujer. Esta tiene la competencia exclusiva en la dirección del hogar, el llamado "derecho o potestad de las llaves", en virtud del cual puede proveer a todas las cosas y representar a su marido en el dominio de los negocios domésticos. El marido debe, por su parte, garantizar las obligaciones contraídas por su mujer; tiene, sin embargo, la facultad de privarle o limitar la potestad de las llaves; pero si abusa de esta facultad, el Tribunal de Tutelas puede privarle de ella. La mujer debe ocuparse de los negocios domésticos y de los del marido, en tanto que una actividad de este género se halle consagrada por el uso, según las condiciones de vida de los esposos.

El Código civil de *Suiza* elimina la concepción tradicional de la mujer subordinada y, con ella, la obligación de obediencia al marido, estableciendo (art. 159) que los cónyuges se obligan a cooperar a la prosperidad de la unión y a proveer en común a las necesidades de la familia, debiéndose asistencia y fidelidad mutuas. El marido, sin embargo, es el jefe de la unión conyugal (art. 160), escoge el domicilio y cuida del sustento de la familia. La mujer toma el nombre y nacionalidad del marido, pudiendo ejercer una profesión u oficio con el consentimiento expreso o tácito del marido, pudiendo, en caso de negativa, recurrir a la autorización judicial, que procede igualmente, cuando uno de los cónyuges olvida sus deberes domésticos, o hay peligros graves para la salud o economía de los cónyuges, o el marido descuida sus deberes para con la mujer y los hijos. Ambos cónyuges ejercitan conjuntamente la potestad paterna, decidiendo la voluntad del padre en caso de desacuerdo.

En *Suecia* se reconoce a la mujer la plena capacidad personal, aunque el marido es considerado como su representante legal; tiene aquélla la facultad de realizar actos de disposición y de contraer obligaciones. Según la ley de 11 de junio de 1920, "los esposos se deben fidelidad y asistencia recíprocas, debiendo obrar de concierto en interés de la familia". En *Noruega*, la ley de 1888 concede a la mujer casada la misma capacidad que a la soltera: las obligaciones contraídas por ella en provecho de la familia son ejecutorias sobre los bienes comunes. Cada uno de los esposos administra sus bienes, a menos que,

por una convención o disposición especial, la administración haya sido atribuida a la autoridad tutelar o a otra autoridad. La mujer dispone exclusivamente de sus ganancias y economías. Análogos principios rigen en *Dinamarca* a partir de la de 1899.

En *Inglaterra*, cada vez la mujer adquiere una independencia más considerable. La ley de 1882 la permite contratar. Cuando sus bienes son constituidos en dote, esta es enajenable o inalienable, a su elección, y cuando se reserve la alienabilidad de su dote, puede obrar como si no estuviese casada; cuando la dote ha sido declarada inalienable, está obligada a confiarla a un fiduciario que la entregue las rentas. Las leyes de 1870 y 1882 hacen a la mujer propietaria de la dote, y de todo lo que gane o reciba por sucesión o donación. Estas disposiciones no pueden ser cambiadas más que por contrato especial entre esposos. Por la ley de 1878, cualquier Tribunal o Juez competente puede autorizar a la mujer para abandonar el domicilio conyugal en caso de violencia del marido, concediéndole una pensión, y, en ciertos casos, la guarda de los hijos. La ley de 1907 permite a la mujer casada la enajenación de sus bienes propios, sin la autorización del marido, y la de 1923 establece la igualdad de ambos sexos en los casos de divorcio, y en 1935 se le concede la misma capacidad contractual que si fuera soltera (*Married Women and Tortfeasers*). Los *Estados Unidos* de América, con excepción de algunos en que se manifiesta la influencia de la legislación latina, como *Luisiana, Texas, Carolina del Sur*, etc., se acusa, por lo general, la misma tendencia.

Esta tendencia liberadora de la mujer, que llega incluso a concederle la plenitud de los derechos políticos, y que es característica de todas las constituciones de la postguerra de 1914-1918, encuentra en la *Rusia Soviética* su más amplia consagración. El Código civil reconoce a la mujer el derecho a conservar su nombre de familia; el cambio de residencia del marido no crea para la mujer la obligación de seguirle, y no se admite ninguna comunidad de bienes. Cabe el divorcio por mutuo disenso o mera voluntad unilateral. No se establece ninguna diferencia entre la prole legítima y la nacida fuera del matrimonio, lo que supone una protección de la mujer seducida. La potestad paterna es común al padre y a la madre, resolviendo el Tribunal en caso de desacuerdo. La mujer no adquiere la nacionalidad de su marido. En *México*, el Código de 1928 reconoce la capacidad de la mujer para administrar, contratar o disponer de sus bienes propios y ejercitar las acciones u oponer las excepciones que a ellos corresponden, sin que para tal objeto necesite de la autorización del marido, salvo lo que se estipule en las capitulaciones matrimoniales sobre administración de bienes (art. 178).

### III. Los derechos del marido

El Código civil español, como hemos visto, se inspira en el sistema tradicional, reconociendo al marido una autoridad que se traduce en una serie de derechos concretos y concretas limitaciones de la capacidad de la mujer casada, cuyo justo alcance trataremos de determinar por separado. Pero, previa y brevemente, hemos de tratar de señalar la naturaleza de esa potestad, y su influencia en la esfera de actuación jurídica de la mujer. Nos encontramos no con un mero derecho subjetivo, sino con una potestad familiar, exigida por la institución jurídico-moral que es la familia misma, y que determina un estado jurídico, que no es otro que el de marido y mujer. En este sentido se nos ofrece como fuente de derechos y obligaciones, inalterables por la autonomía privada, y orientadas a una finalidad trascendente, que excede del personal interés de los mismos cónyuges, que, aunque supone por parte de la mujer sometimiento o preeminencia por la del marido, no puede en ningún caso afectar en su ejercicio a la libertad personal de aquélla, y que, aunque puede traducirse en actos de transcendencia económica, en cuanto afecte al patrimonio común o personal de la mujer, no pueden integrarse, dado su sentido ético, dentro de la categoría de los derechos patrimoniales.

Consecuencia de ello es que el marido carezca, en nuestro derecho, de la facultad de corregir, aunque sea moderadamente, a su esposa, hasta el extremo de constituir una causa de divorcio “los malos tratamientos de obra” (art. 105, núm. 2.º), o de atentar a la libertad de su conciencia, impidiéndole, por ejemplo, practicar su religión, o imponiéndole una ideología determinada. Admítense, en cambio, por la ley las siguientes facultades, derivadas de esta potestad:

1.º *Fijación de domicilio*.—Según el artículo 58 del Código civil, “la mujer está obligada a seguir a su marido dondequiera que fije su residencia. Los Tribunales, sin embargo, podrán, con justa causa, eximirla de esta obligación cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o a país extranjero”. Es este derecho consecuencia del deber mutuo de cohabitación, y fundamento a su vez del párrafo primero del artículo 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, que establece que “el domicilio de las mujeres casadas que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan”.

Entiéndase, sin embargo, que aquí es preciso distinguir dos aspectos de la cuestión absolutamente distintos, aunque íntimamente relacionados: de una parte, la obligación de convivencia, de carácter recíproco, que vincula tanto al marido como a la mujer, y que si supone para ésta el deber de seguir a su marido, implica para éste, a su vez, el de acoger a ésta; y de otra, el problema de determinar el domicilio legal de la mujer. Por lo que a la primera cuestión se refiere, tiene el Tribunal Supremo declarado, en sentencia de 7 de enero de 1933, que, dada la nota de reciprocidad característica de las relaciones familiares, infringe los deberes que le imponen los artículos 56 y 57 del Có-

digo civil, el marido que se niega a recoger a su mujer que estaba en un manicomio, durante los períodos en que se la dió de alta en su tratamiento y se la permitió la salida. Igualmente, el artículo 487 del Código penal vigente define y pena el delito de abandono de familia, que afecta tanto al marido como a la mujer:

Se ha discutido por la doctrina francesa, si se puede, en los casos de abandono por la mujer del domicilio conyugal, obtener *manu militari* el retorno de ésta junto a su marido, y aunque en un principio la jurisprudencia se mostró contraria a tal solución por estimarla atentatoria a la libertad individual, no faltan fallos más recientes, y a nuestro juicio más conformes con la verdadera naturaleza del matrimonio, que autorizan tal procedimiento, llegando alguno de ellos a reconocer a la mujer el derecho a hacerse abrir por la fuerza la casa de su marido. Sin embargo, aun considerando legítimas estas resoluciones, se puede dudar justificadamente de su eficacia práctica.

En cuanto a la segunda cuestión, es decir, al problema de la determinación del domicilio conyugal, aunque en principio, y según el citado artículo 64 de la ley de Enjuiciamiento civil, sea el domicilio del marido el que determine el de la mujer, ello no supone, en modo alguno, una norma de derecho necesario, pudiendo, por lo tanto, ser modificada por la voluntad de los propios interesados, que en este caso, sin embargo, habrá de ser concorde. En este sentido, tiene declarado el Tribunal Supremo que si la mujer hubiere residido habitualmente en otro lugar, con el consentimiento y autorización expresa o tácita del marido, tal domicilio ha de reconocerse por éste a todos los efectos legales (sentencias de 23 de octubre de 1899, 14 de octubre de 1905, 24 de enero de 1911, 27 de octubre de 1911, 22 de octubre de 1926 y 25 de octubre de 1927). No debe, sin embargo, confundirse la mera tolerancia del marido, aconsejada por razones de prudencia, con la autorización adecuada (sentencia de 5 de octubre de 1918).

2.º *Cambio de nacionalidad de la mujer.*—A tenor del artículo 22 del Código civil, “la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido. La española que casare con extranjero, podrá, disuelto el matrimonio, recobrar su nacionalidad española, llenando los requisitos del artículo anterior”. Justifícase tradicionalmente la atribución a la mujer de la nacionalidad de su marido, por la unidad moral y jurídica que la familia representa: “la mujer magüer sea de otra tierra—decían las *Partidas*—debe responder ante el juzgador que ha poderío sobre su marido”. Hoy día, sin embargo, las tendencias legislativas se muestran contrarias a esta solución: así, el artículo 23 de la Constitución española de 1931 establecía que la extranjera que casare con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción, regulada por las leyes, de acuerdo con los Tratados internacionales. Derogado tal precepto, y vigente el artículo 22 del Código civil nuevamente, sólo sufrirá esta excepción en el caso en que la ley del marido no atribuya su nacionalidad a la mujer.

3.º *Dirección personal de la mujer.*—Se deduce del artículo 57

del Código civil, que impone a la mujer un deber de *obediencia* al marido. Parece que, en virtud de este derecho, puede el marido controlar las visitas y amistades de su mujer, evitando, sin embargo, el ejercicio abusivo de esta facultad, que, llevada al extremo último, podría traducirse en un secuestro que ninguna ley autoriza. Asimismo, y dentro de ciertos límites racionales, se le reconoce el derecho de intervenir la correspondencia de la mujer, siempre que no haya un motivo fundado que autorice el secreto de la misma: por ejemplo, secreto profesional de la mujer, o pleito de ésta con su marido. Igualmente, sería abusivo e inadmisibles que hiciese uso de tal facultad para privar o proveerse de las pruebas necesarias en un litigio pendiente entre ellos.

La mujer no puede ejercer una profesión determinada sin autorización de su marido. Así, el artículo 6.º del Código de Comercio dispone que “la mujer casada mayor de veintidós años podrá ejercer el comercio con autorización de su marido, consignada en escritura pública, que se inscribirá en el Registro mercantil”; y el artículo 7.º, que “se presumirá igualmente autorizada para comerciar, la mujer casada que, con conocimiento de su marido, ejerciere el comercio”. Esta autorización se diferencia de la licencia marital ordinaria, que luego estudiaremos, en primer lugar, por su carácter general, y, en segundo, por ser eminentemente revocable: “El marido, dice el artículo 8.º del Código de Comercio, podrá revocar libremente la licencia concedida, tácita o expresamente, a su mujer para comerciar, consignando la revocación en escritura pública, de que también habrá de tomarse razón en el Registro mercantil, publicándose, además, en periódico oficial del pueblo, si los hubiere, o, en otro caso, en el de la provincia, y anunciándolo a sus corresponsales por medio de circulares. Esta revocación no podrá en ningún caso perjudicar derechos adquiridos antes de su publicación en el periódico oficial”. Los artículos 9.º, 10, 11 y 12 del propio Código completan esta doctrina.

4.º *Administración de la sociedad conyugal*.—Según el artículo 59 del Código civil, “el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384”. Concentra en sus manos los ingresos necesarios para la vida común y atiende con ellos a los gastos del matrimonio. Esta facultad le corresponde con independencia del régimen económico de la familia, y le es concretamente atribuida por el artículo 1.357, con relación a los bienes dotales, y por el 1.412, en orden a los gananciales. Cabe, sin embargo, al amparo del artículo 1.315, que el contrato de capitulaciones matrimoniales se estipule otra cosa. Sin embargo, dada la limitación contenida en el artículo 1.316, que declara la nulidad de todo “pacto depresivo de la autoridad que, respectivamente, corresponde en la familia a cada uno de los cónyuges”, cabe preguntarse si será posible privarle en absoluto de dicha administración. A este respecto, tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de diciembre de 1932 que es nulo, por mermar considerablemente o destruir el carácter de administrador legal que al marido atribuye este

artículo, e incurso también en la prohibición del artículo 1.320 sobre la alteración de las capitulaciones matrimoniales, lo pactado en escritura posterior al matrimonio, en que, después de acordar vivir separadamente los cónyuges, estableciase que el marido pasaría a su esposa determinada cantidad para alimentos, que ella haría efectiva mediante la administración de varias casas cuyas rentas percibiría (a cuyo efecto, el mismo día se le otorgó poder para tal administración), asegurándose el cumplimiento de la obligación de alimentos, con hipoteca sobre las propias casas.

Esta facultad de administración tradicional en nuestro derecho ("Los maridos usen de los bienes de sus mujeres e se acorran con ellos cuando les sea menester", P. 3, 2, 6; "El marido debe ser señor e poderoso de todo e de recibir los frutos de todo, comunalmente, para mantener e guardar el matrimonio", P. 4, 2, 7) tiene una limitación natural en el artículo 1.384, en cuanto dispone que "la mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiere entregado al marido ante notario, con la intención de que los administre", si bien no es dable confundir la administración de los bienes parafernales con la de sus productos, porque si aquélla corresponde a la mujer, la de éstos corresponde al marido, según el artículo 1.385, en relación con los 1.401 y 1.412; de donde se infiere la obligación de la mujer de entregar a su marido los frutos o productos de los bienes parafernales que administre, para que éste, a su vez, atienda con ellos al levantamiento de las cargas matrimoniales, mientras dentro del matrimonio conserve la integridad de sus derechos, que, por regla general, se mantiene aun cuando de hecho se hallen separados los cónyuges más o menos accidentalmente por asentimiento expreso o tácito (sentencia de 27 de octubre de 1909).

a) Nada obsta en contra de esta general doctrina que el artículo 62 de nuestro Código civil declare la validez de las compras ejecutadas por la mujer cuando "se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia". Luego añade dicho precepto que "las compras de joyas, muebles y objetos preciosos, hechas sin licencia del marido, sólo se convalidarán cuando éste hubiese consentido a su mujer el uso de tales objetos". La sentencia de 18 de junio de 1917 declara, en aplicación de este precepto, que establecido en la sentencia impugnada (condenatoria para el marido, en virtud de la demanda de la casa vendedora), como consecuencia de las pruebas aducidas y de tener por confesa a la mujer, como hecho cierto el de haberse consumado el contrato de compraventa entre aquélla, en concepto de compradora, y la casa demandante, en el de vendedora de los objetos que reseña (sombreros, trajes, manguitos), la factura unida a la demanda, cuyo pago, con los intereses legales, se reclama; teniendo presente que estos efectos fueron adquiridos en distintas ocasiones, que, por sus condiciones, clases, precios y circunstancias, son los usuales y proporcionados al rango social, fortuna, costumbre y modo de vivir de la compradora, una vez que se trata de

prendas de vestir destinadas al uso personal de la demandada; y al tomar en cuenta todos estos datos y elementos de juicio para estimar las pretensiones de la demanda, el Tribunal juzgador, lejos de infringir el párrafo primero del artículo 62, se ajusta con fidelidad y aplica con acierto al caso actual dicho precepto, tanto más cuanto que, dada la separación de hecho en que viven los cónyuges, condena al marido en el concepto de representante legal de su mujer. La misma doctrina fué ya sentada por la sentencia de 24 de febrero de 1883. En cambio, la de 17 de octubre de 1916 declara nula la compra de unos pendientes cuando no se ha probado la autorización expresa o tácita del marido.

La doctrina se ha esforzado en determinar la verdadera naturaleza de la facultad que el artículo 62 del Código civil concede a la mujer, siendo la tesis más extendida la que ve aquí un *mandato tácito* del marido, derivado de la presunción de que éste la ha encomendado, en razón a su especial situación y condiciones dentro de la familia, el encargo de realizar los gastos precisos para atender a las necesidades cotidianas del hogar. Consecuencia de esta doctrina será: 1.º Que el marido puede revocar, cuando lo juzgue oportuno, el mandato doméstico de la mujer. 2.º Que el mandato deja de subsistir, como carente de fundamento, en el caso de separación de hecho. El Código alemán resuelve la cuestión en su párrafo 1.357: frente a su marido, la mujer tiene en la esfera de su acción doméstica, facultades de representación y de gestión; está obligada legalmente a ello, y puede reclamar de aquél las cantidades necesarias, sin perjuicio de rendirle después cuentas (*Schlüsselgewalt*). Puede, frente a los terceros, obrar en su propio nombre o en el de su marido: en el primer caso, el contratante sólo puede accionar contra la mujer; en el segundo, exclusivamente contra el marido; pero siempre a condición de que el negocio entre dentro de la competencia doméstica de la mujer. Si obra más allá de estos límites, debe probarse la autorización marital. El marido puede restringir en cualquier momento tal derecho de la mujer, que, en caso de abuso, tiene un recurso ante el Tribunal de tutelas. Frente a los terceros, la limitación o exclusión del derecho en cuestión no produce efecto más que mediante la inscripción en el Registro de regímenes matrimoniales. El Código civil suizo establece un sistema semejante: "La unión conyugal, dice el artículo 163, está representada, para las necesidades corrientes de la casa, por la mujer como por el marido. El marido está obligado por los actos de la mujer, en tanto que ésta no exceda de sus poderes de una manera reconocible por los terceros". Sin embargo, "el marido puede retirar todos o parte de los poderes de la mujer, cuando ésta abusa de su derecho de representar la unión conyugal, o es incapaz de ejercitarlos. Esta retirada de poderes de la mujer no es oponible a los terceros de buena fe, sino después de haber sido publicada por la autoridad competente" (art. 164).

No nos parece admisible ni adecuada la teoría del mandato tácito acogida por la jurisprudencia francesa: si admitimos, como luego ve-

remos, que la capacidad de la mujer es la regla en nuestro derecho, y la limitación lo excepcional, es indudable que aquélla, al actuar dentro de los límites que el artículo 62 le señala, realiza actos que le son perfectamente lícitos, utiliza un derecho que la ley excepcionalmente le reconoce. No debe, pues, admitirse que el marido puede, caprichosamente, privarle de esta facultad. Por otra parte, tal norma es impuesta por las exigencias de la seguridad del tráfico, en cuanto el matrimonio crea una relación de confianza, en la que lógicamente pueden creer los terceros, que de otra manera quedarían defraudados. Ello no obsta, naturalmente, y el bien familiar así lo exige, que el marido, mediante causa justificada, pueda restringir o negar a la mujer tal derecho; pero semejante medida nunca podrá ser eficaz frente a terceros de buena fe. Tales facultades, en cuanto expresa y públicamente no hayan sido revocadas, subsisten en el supuesto de separación de hecho: de una parte, porque tal situación carece en nuestro derecho de eficacia jurídica; y, de otra, porque esas facultades son exigidas por la vida ordinaria, y sería absurdo exigir a la mujer, para la contratación (imprescindible para la satisfacción de sus necesidades), una expresa y concreta autorización marital; en tales casos, más que en ningún otro. enojosa y dilatoria.

b) Nada tienen tampoco que ver con esa facultad las que expresa o tácitamente, con mayor o menor amplitud y generalidad, concede el marido a la mujer, bien en las capitulaciones matrimoniales, bien mediante una autorización posterior al matrimonio, para la realización de determinados actos o negocios. Claro está que la diferencia entre el primer supuesto, autorizado implícitamente por el artículo 59 del Código civil, y el segundo estriba en la revocabilidad o irrevocabilidad de las facultades concedidas a la mujer. El Tribunal Supremo tiene declarado que cuando la mujer obró con poder de su marido, puede ser demandada, citada y requerida de pago por la obligación que contrajo, usando del poder, sin que sea necesario, cual en otro caso lo sería, la intervención del marido (sentencias de 21 y 27 de junio de 1894); que el poder conferido por el marido a su mujer presupone la licencia de aquél, necesaria para cumplir el mandato (sentencia de 30 de diciembre de 1905), y que puede el marido conceder, licencia general a la mujer para que pueda celebrar contratos en beneficio de la sociedad conyugal (sentencia de 13 de mayo de 1916).

c) Si el marido "fuere menor de dieciocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, de su madre, y, a falta de ambos, sin el de su tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la existencia de dichas personas" (art. 59, párrafo segundo). Urge, para la clara comprensión de este precepto, advertir que, aunque otra cosa pudiera desprenderse de su letra, por imperativo del artículo 315 ("El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el artículo 59"), es no sólo aplicable al marido, sino incluso a la mujer, suponiendo, por otra parte, una restricción de las facultades concedidas por el artículo 317

del Código civil al emancipado mayor de dieciocho años. En cuanto a la forma de completar la capacidad de estos menores, tenemos que, según la resolución de la Dirección General de los Registros, de 27 de septiembre de 1921, no puede completar la capacidad de los menores emancipados la madre que haya perdido la patria potestad al contraer segundas nupcias, pues la exigencia del consentimiento paterno en los actos del emancipado es una derivación natural de la patria potestad, que si bien se acaba como poder civil por el matrimonio del menor, subsiste como función de asistencia.

A falta de padre y madre, a tenor del propio precepto, debe intervenir el tutor, habiendo declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de febrero de 1902 que "la intervención obligada del tutor, en defecto del padre o de la madre, cuando el menor de edad casado intenta tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes raíces, es absolutamente idéntico a la de éstos (el padre o la madre), toda vez que la ley no distingue ni exige que el tutor, a su vez, impetre para ello del consejo de familia la correspondiente autorización, como la requiere expresamente para casos distintos, y no sería conforme, no ya con la letra, sino con el espíritu de la ley, extender las funciones del consejo de familia a otros actos que a aquellos que taxativamente estén señalados en la misma, pretendiendo aplicar la restricción del número 9.º del artículo 269, establecida exclusivamente para el tutor, cuando la tutela funciona en toda su integridad, cuando el tutor absorbe totalmente la personalidad del menor, cuando se trata de actos propiamente suyos, a un estado de derecho fundamentalmente distinto, creado por el matrimonio del menor, para el que rigen las disposiciones especiales que el legislador ha conceptuado suficientes al objeto de garantizar los intereses del menor en su nuevo estado, cual lo revelan los preceptos de los artículos 1.352, 1.359 y 1.361, encaminados a igual fin, siendo de tanta mayor fuerza estas consideraciones, cuanto que el consejo de familia interviene sólo aquellos actos del tutor expresamente determinados". El tutor del que habla el artículo 59, dice Manresa, es un tutor especial, un verdadero defensor de los intereses del menor, pero no administra ni ha de prestar fianza.

d) "En ningún caso, continúa el párrafo primero del artículo 59 del Código civil, mientras no llegue a la mayor edad, podrá el marido, sin el consentimiento de las personas mencionadas en el párrafo anterior (padres o tutor), tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes raíces". Comparado este precepto con el contenido en el 317, vemos que la norma es idéntica, con la sola diferencia de que este último precepto establece que "tampoco podrá comparecer en juicio sin licencia de dichas personas". Si además tenemos en cuenta que el párrafo segundo del artículo 59 impone idéntica limitación a los casados menores de dieciocho años, podemos, dada la especialidad del precepto contenido en el párrafo tercero, y el principio general que rige en materia de capacidad, que hace presumir ésta a falta de limitación expresa, podríamos concluir lógicamente que el marido mayor

de dieciocho años y menor de edad *puede comparecer en juicio por sí solo* sin asistencia de sus padre o tutor. En tal sentido se pronuncian las sentencias de 8 de junio de 1904 y de 19 de junio de 1906, y según la de 14 de mayo de 1929, la capacidad de los casados mayores de dieciocho años no tiene más restricciones que las señaladas en este párrafo tercero, no siéndole aplicable la incapacidad para administrar y comparecer en juicio que impone a los menores de dicha edad el párrafo segundo del propio artículo 59.

Se ha discutido, como arriba indicábamos, la aplicabilidad de la norma del artículo 59 a la mujer: la resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de diciembre de 1896 se pronuncia por la tesis negativa, y con ella las de 21 de diciembre de 1896, 20 de diciembre de 1899 y 24 de enero de 1901. Sin embargo, con posterioridad, en las resoluciones de 5 y 8 de julio de 1907 y 13 de marzo de 1914 mantuvo la tesis contraria, aceptando la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, de 8 de junio de 1904 y 19 de junio de 1906, y declarando que el matrimonio, lo mismo del varón que de la mujer, produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el expresado artículo 59, de lo cual lógicamente se deduce que la mujer casada menor de edad necesita también obtener el consentimiento de dichas personas, por el orden en que subsidiariamente se indican, para gravar o enajenar los bienes raíces de su propiedad, puesto que ésta es una de las limitaciones que dicho artículo contiene. Sin embargo, cuando interviene el padre, como parte interesada en el contrato, con conocimiento de la menor edad de su hijo, ha de estimarse cumplido tal requisito (sentencia de 3 de marzo de 1911).

Por otra parte, a tenor del número 3.º del artículo 50, en los matrimonios celebrados en contra de las prohibiciones del 45, "si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado, no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue a la mayor edad. Entretanto sólo tendrá derecho a alimentos, que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes".

e) Rígen, por imperio de la ley, normas especiales en orden a la administración de los bienes, en el mismo supuesto de infracción del artículo 45. "Se entenderá contraído el matrimonio, dice el artículo 45. En tales casos, "se entenderá contraído el matrimonio, dice el número 1.º del citado artículo 50, con absoluta separación de bienes, y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas matrimoniales".

Asimismo, según el artículo 1.436, en caso de ausencia del marido o de divorcio por culpa de éste, la mujer recibirá la administración de su dote y de los demás bienes que por resultado de la liquidación le hayan correspondido, y cuando el juez se la conceda, de acuerdo con el artículo 184 del Código civil, en caso de ausencia de los del ma-

rido. Si la separación se hubiere acordado a instancia de la mujer por interdicción del marido, la corresponde igualmente la administración de los bienes del matrimonio, y, según el artículo 1.441, además de en los casos anteriores, cuando sea tutora de su marido, con arreglo al artículo 220. “Los Tribunales, añade el último párrafo del precepto citado, conferirán también la administración a la mujer, con las limitaciones que estimen conveniente, si el marido estuviese prófugo, o declarado rebelde en causa criminal, o si hallándose absolutamente impedido para la administración, se hubiere proveído sobre ella”.

5.º *Representación y licencia maritales*.—Según el párrafo 1.º del artículo 60 del Código civil, “El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador”. Y el artículo 61, dispone: “Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas en la ley”.

Responden estos preceptos, no al principio romano *defendi uxores a viros, non viros ab uxore, aequum est* (D, 47, 10, 2), sino a la idea de la unidad familiar impuesta por el matrimonio, y acogen el sistema consagrado en nuestra legislación, como ya con anterioridad indicamos, por las *Leyes de Toro*: “La mujer durante el matrimonio, decía la Ley 55, como no puede hacer contrato alguno, así mismo no se puede apartar ni se desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quitto a nadie de él; ni puede hacer cuasi contrato, ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo, sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí o por su procurador, mandamos que non vala lo que hiciere”; y la Ley 57 establecía que: “El Juez, con conocimiento de causa legítima y necesaria, compela al marido a que de licencia a su mujer para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, que el Juez se la pueda dar.” Igualmente se negaba a la mujer la facultad de aceptar o repudiar la herencia testada o intestada (Ley 54).

Representación y licencia marital son aquí manifestaciones diversas de una misma idea: la protección del bien común de la sociedad conyugal. No aparece la mujer en nuestro derecho, a diferencia de lo que ocurre con el menor o con el incapaz, en una postura de inferioridad determinada por una falta de madurez moral o psicológica que obligue a sustituir su voluntad por la del representante legal, constituido en verdadero órgano de gestión dotado de iniciativa propia y especial autonomía; sino que la actividad de la mujer se limita sólo en la medida que se reputa necesaria para el mantenimiento de la armonía personal y económica de la sociedad conyugal. Así como el padre y el tutor protegen exclusivamente los intereses personales del pupilo, el marido, sin olvidar los de la mujer, debe en su intervención considerar preferentemente superiores los de la familia. Por lo demás, ni aun en los casos en que tal intervención es exigida por la ley, se asigna a la mujer una actividad meramente pasiva, sino que su consentimiento se mues-

tra siempre necesario, no bastando por sí solo el del marido, pudiendo además aquélla, en los casos en que la negativa de éste se muestre injustificada o lesiva, impetrar la autorización judicial subsidiariamente. Podemos, refiriéndonos a conceptos clásicos, afirmar que la licencia marital equivale a la *auctoritatis interpositio* del derecho romano, y la representación legal, a la *gestio*; ello muestra que la similitud de la licencia es mayor con la concepción antigua de la tutela (protección de intereses diversos de los del menor) que con la moderna (protección de la persona y bienes del pupilo), y ello corrobora, indirectamente, las afirmaciones que más arriba dejamos establecidas.

a) Esto visto, cabe preguntarse hasta qué punto es cierta la afirmación contenida en el artículo 60 del Código civil, de que *el marido es el representante de su mujer*, y en qué medida puede verse aquí una aplicación concreta de la general doctrina de la representación legal. Sánchez Román entiende que la consideración de *representante legal* de la mujer viene incorporada a la de *marido*, cualesquiera que sean las condiciones de edad que en él concurren, siquiera por ser menor haya éste de necesitar, a su vez, ser representado por su padre, madre o tutor; en cuyos casos, dichos padre o madre o tutor, le representan y suplen su defecto de capacidad en el derecho de representación legal que de su mujer le corresponde, y en su concepto personal, constituyéndose de esta suerte una especie de representación legal de otra que también lo es. El Código, añade, no distingue, al hacer esta declaración, entre la representación judicial y la extrajudicial; y aunque en lo demás de su texto refiere dicho principio a aplicaciones de carácter judicial, es lo cierto que ha de entenderse tal representación legal de la mujer por el marido, lo mismo para los actos judiciales que para los extrajudiciales. Tal es también la opinión de Valverde.

El problema dista, sin embargo, mucho de ser claro; a diferencia de lo que ocurre con las demás formas de representación legal establecidas por el Código civil, no es aquí posible substituir la voluntad de la mujer por la de su marido, constituyendo a éste en órgano autónomo de gestión de los intereses de aquélla. Si la ley reconoce capacidad para realizar determinados actos por sí sola, y exige para otros su expreso consentimiento, aunque complementado por la marital licencia, es claro que ni en uno ni en otro caso será suficiente la voluntad del marido para vincularla jurídicamente contra la suya propia. ¿Quiere esto decir que los actos realizados por el marido como representante legal, sin la voluntad de la mujer, precisan la ratificación expresa o tácita de ésta para alcanzar la plenitud de su eficacia judicial? En realidad, ningún precepto autoriza al marido para actuar contra o sin la voluntad de la mujer, y ello sería contrario a los principios generales de derecho que orientan esta materia en nuestra legislación tradicional y vigente. Ciertamente el marido es el jefe y administrador de la sociedad conyugal, y, como tal, lo mismo con arreglo a la legislación antigua que a lo prescrito en el artículo 60 del Código civil, es el representante de su mujer para comparecer en juicio, salvo los casos en

que ésta puede hacerlo por sí, sin la marital licencia (SS. de 25 de septiembre de 1871, 3 de abril de 1876, 7 de noviembre de 1884, 20 de junio y 16 de julio de 1894, 5 de octubre de 1901 y 12 de abril de 1907); pero cuando se trata de derechos o de bienes propios de la mujer, que no tengan la condición de dotales, es absolutamente preciso el consentimiento de ésta; el marido, dice la S. de 5 de julio de 1904, no puede ejercitar acciones de ninguna clase respecto de bienes parafernales sin intervención ni consentimiento de su mujer, doctrina y precepto consiguientemente aplicable, cualquiera que sea la época del matrimonio; porque si bien la regla general es que el marido es el representante legal de su mujer en juicio, así como ésta no puede comparecer sin licencia de aquél, semejante regla fundamental se halla subordinada a las condiciones especiales que rigen la materia de los bienes parafernales. Puede, sin embargo, el marido ejercitar acciones sobre bienes parafernales de la mujer, y, por lo tanto, reclamar créditos de aquella clase, como representante legal de su cónyuge, debiendo estimarse cumplido el artículo 1.383 cuando la interesada firma la demanda en prueba de conformidad; en otro caso cabría excepcionar una falta de acción, no simplemente de personalidad (SS. de 23 de noviembre de 1894 y 15 de marzo de 1934).

Por otra parte, el Tribunal Supremo tiene declarado que un marido puede defender los intereses sociales sin necesidad de recabar para ello de su mujer el consentimiento mencionado en el artículo 1.383; mucho menos siendo demandado, porque de toda suerte, la cuestión del pleito (retracto de fincas lindantes con otras de la propiedad de la mujer del demandado) afecta a los intereses comunes de la sociedad, y no específicamente a los bienes parafernales de la mujer, que conserva íntegro su derecho sobre ellos, haciendo, por tanto, innecesaria la intervención personal de ésta en el pleito (S. de 1.º de diciembre de 1902). Asimismo declara que como los productos o rentas de los bienes parafernales tienen el carácter de gananciales según el artículo 1.385, y el marido es el administrador de éstos, hay que reconocer que tiene personalidad y acción por sí solo para impugnar los actos y contratos que su esposa celebre respecto a los parafernales, si tales convenios pueden disminuir los productos, aunque aquellos actos los lleven a cabo aparentemente con autorización judicial, pues si bien fué concedida para vender o gravar, a fin de liberar ciertos gravámenes, si después el marido facultó a la mujer para obtener las cantidades necesarias a tal fin, constituyendo una hipoteca, desapareció tal finalidad de la autorización judicial, que era encaminada a aquel fin ya logrado, y, por lo tanto, no pudo luego, amparándose en dicha autorización, enajenar, aparte que esa enajenación se califica de simulada (S. de 21 de enero de 1928). En la misma dirección tenemos las SS. de 16 de mayo de 1905 y 12 de abril de 1907, según las cuales puede el marido comparecer, sin consentimiento de la mujer, en un juicio de desahucio, aunque se trate de bienes parafernales.

En el campo de la actuación extrajudicial, establecen las SS. de 20

de octubre de 1908 y 24 de febrero de 1926 que si el marido celebró un contrato de arrendamiento de bienes de su mujer autorizado por ella, aunque inexactamente se hubiere dicho que los bienes eran del primero, no hay nulidad de contrato, porque, atendido el carácter de representante legal de la mujer que tiene el marido dentro de la sociedad conyugal, y aun el de administrador que le corresponde generalmente, y la misma circunstancia de hallarse establecidas en beneficio de la mujer las disposiciones que rigen el sistema de bienes parafernales, no se impone la necesidad de que en actos de mera administración tenga el marido que alegar y acreditar el concepto con que lo hace, ya lo haga por su propio derecho, ya por razón del de su mujer, porque supuesta dicha representación legal, no se precisa que la ostente especialmente para la validez de los contratos que celebre, debiendo entenderse facultado, en uno y otro concepto, para realizar tales actos de administración, sin perjuicio de las garantías y precauciones que quien contrata con el marido pueda exigir, y sin perjuicio también de las consecuencias legales que se produzcan si llega a demostrarse que aquél se extralimitó contratando sin conocimiento ni anuencia de la mujer; que el artículo 1.723 corrobora la doctrina al distinguir entre los actos de administración y los de enajenación, siendo arbitraria la hipótesis de que por tratarse de bienes parafernales era precisa la intervención de la mujer, pues no es lógico deducirlo de los artículos 4.º, 1.280, número 2.º; 1.381 a 1.384 y 1.548, y, especialmente, del 1.383, pues todos ellos nos conducen a la conclusión inversa, o sea, que nada obsta a que el marido ejercite actos de administración sobre parafernales, contando con la anuencia de la mujer; que las disposiciones del mandato entre extraños no son aplicables a las relaciones entre el marido y la mujer, que se encuentran especialmente reguladas, y, por consiguiente, el haber obrado el primero de acuerdo con la última es exactamente lo mismo que si ésta hubiese realizado directamente el arrendamiento, resultando cumplida la exigencia de los artículos 1.548 y 1.383, si aparece probado que la mujer quiso y consintió un arrendamiento superior a seis años.

La representación en juicio de la mujer por el marido no alcanza hasta rendir válidamente confesión por hechos que a la misma afecten (S. de 20 de enero de 1912), así como tampoco puede el marido aceptar herencias de la mujer sin que ésta le hubiere autorizado expresamente en virtud de poderes especiales (S. de 22 de junio de 1923). Sin embargo, la S. de 29 de noviembre de 1927 declara que no puede estimarse la excepción alegada por los demandados de ser ineficaz el allanamiento prestado a la nulidad de las particiones en el acto de conciliación por los maridos de las interesadas en unas particiones, pues al hacerlo no desconoció el carácter de parafernales de los bienes que les correspondían en la herencia, limitándose a admitir, con todos sus efectos legales, la representación que a los maridos otorgan los artículos 60 del Código civil y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando las mujeres han de comparecer en juicio, sin distinción de la clase de

los bienes discutidos, y mucho más, constando, como en autos consta, que las citaciones para el acto de conciliación se hicieron personalmente a los interesados, hecho que engendra la presunción de que la comparecencia tuvo lugar con su consentimiento, que es lo más que puede exigirse tratándose de bienes parafernales, dando al artículo 1.383 una interpretación extensiva indebida, ya que el mismo sólo tiene aplicación cuando del ejercicio de acciones se trate, pero no en los demás casos en que la comparecencia debe hacerse. Finalmente, la S. de 26 de enero de 1916 llega a establecer que la licencia para comparecer en juicio que el marido otorga a la mujer, a tenor de lo que prescribe el artículo 60 del Código civil, no es obstáculo para que éste, en uso de la representación que dicho precepto le concede, comparezca en cualquier estado del juicio para representarla, desde cuyo momento queda implícitamente revocada, doctrina que está de acuerdo con las declaraciones que esta Sala tiene consignadas en diferentes fallos, y, muy especialmente, en el de 2 de diciembre de 1915; y no habiéndolo así entendido el Tribunal sentenciador, que negó al recurrente el derecho a ser parte en concepto de marido y representante legal de su esposa en el juicio que ésta venía instando sobre nulidad del contrato de préstamo, ha infringido el citado artículo 60.

Del examen de estas sentencias y de otras muchas que pudieran citarse, se deduce que el Tribunal Supremo carece de una doctrina clara y terminante acerca de esta materia, y que sólo las circunstancias especiales de hecho determinan las soluciones, por fuerza contradictorias, en cada caso concreto. Confúndense conceptos que, aunque tengan la misma raíz, interesa mantener distintos: una cosa es que la mujer no pueda realizar determinados actos sin la licencia marital y otra muy distinta que el marido pueda sustituir la voluntad de la mujer por la suya propia. El marido representa a la mujer por imperativo del artículo 60, que, según afirma la sentencia de 2 de diciembre de 1915, es de orden público, no pudiendo aquél, general e irrevocablemente, renunciar a la representación legal de la mujer en determinada clase de bienes, pues sería depresivo para la autoridad que le corresponde en la familia, por lo que la ley, previsoramente, expresa que únicamente puede dar la licencia, que es esencialmente revocable, siendo uno de los modos de revocación del poder la comparecencia por sí mismo y como representante legal de aquélla, conforme al artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y al artículo 1.735 del Código civil. Pero entendemos nosotros que el ejercicio de tal representación legal debe ajustarse al cumplimiento de los requisitos que de otros preceptos de la ley se deducen como necesarios: de la misma manera que el artículo 262 del Código civil confiere al tutor la representación del pupilo, pero el artículo 269 condiciona la eficacia jurídica de su actuación; en determinados casos, a la autorización del Consejo de familia, estimamos que el marido precisará del consentimiento de la mujer para poder vincular a ésta, ya que, en otro caso, la antimonía legal sería patente. Lo que ocurre es que tal consentimiento no se precisa que sea

expreso, y que los actos sin el mismo verificados podrán ser posteriormente ratificados, no siendo, por lo tanto, radicalmente nulos, sino tan sólo anulables, pudiendo sólo impugnarlos, según el artículo 1.302 del Código civil, la propia mujer o quien de ella traiga causa, sin perjuicio, naturalmente, de la acción de resarcimiento que a los interesados pueda corresponder en contra del marido.

b) Precisamente esta vinculación de la representación marital a otros preceptos sustantivos, hace que su contenido se halle supeditado a la solución de dos problemas previos: extensión de la incapacidad de la mujer y naturaleza y alcance de la licencia del marido, que expon-dremos con la separación debida:

a) *Capacidad de la mujer casada.*—Hemos, con anterioridad, señalado la tendencia general de la legislación moderna a reconocer la capacidad plena de la mujer, suprimiendo o reduciendo los casos en que la venia marital es exigida. Aunque nuestro Código civil, siguiendo la tradición jurídica patria, mantiene la institución de la licencia del marido con gran amplitud, no resuelve con claridad el problema de si la incapacidad de la mujer casada es la regla general o la excepción. Como observa Castán, el artículo 1.263, en su núm. 3.º, parece considerarla como simple excepción, pues al señalar las personas que no pueden contratar, se refiere “a las mujeres casadas, en los casos señalados por la Ley”, y, en tal sentido, la resolución de 31 de mayo de 1895 declara que es “indudable que en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, la regla general hoy en vigor es la de que hay que reputarlos válidos, regla que no tiene más excepciones que las expresadas en la ley”. Pero los artículos 60 y 61, al establecer con fórmula tan comprensiva que el marido es el representante de su mujer, y que ésta no puede adquirir, enajenar ni obligarse, parecen llevarnos a la conclusión contraria.

Aunque los artículos 60 y 61 del Código civil, por el lugar en que se hallan colocados, y los amplios términos en que aparecen concebidos, pudieran abonar la segunda solución, la más autorizada doctrina (Castán, De Buen, De Diego y Bonet, entre otros autores) estima que en materia de capacidad la interpretación debe ser favorable al incapacitado, y restrictiva, por lo tanto, en sus aplicaciones concretas, la norma que determine la incapacidad, siempre que a ello no se oponga un texto legal expreso, que aquí no se da. Por otra parte, si la jurisprudencia hipotecaria estima, tesis, por lo demás, discutible, como luego veremos, que en este caso no se puede hablar de verdadera incapacidad, sino simplemente de prohibiciones, nada autoriza a extender estas más allá de donde lleguen las palabras expresadas de la ley. Sin necesidad de admitir esta última construcción, tenemos que los citados artículos 60 y 61 no determinan que la mujer precise siempre, salvo disposición legal en contrario, la licencia marital, sino que se limita a exigir ésta para que aquélla pueda “comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador” (art. 60, párrafo 1.º), y para “adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar sus bienes u obligarse” (art. 61). ¿Para

¿qué esta enumeración si la voluntad del legislador hubiese sido extender la incapacidad a otros supuestos, cuando hubiera sido mucho más fácil establecer una regla general y formular después las posibles excepciones? No hay, por otra parte, contradicción alguna, como luego veremos, entre el artículo 61 y el 1.263, núm. 3.º, ya que los términos contratar y obligarse no son sinónimos ni mucho menos. Concluimos, pues, que la mujer puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito, interpretación de acuerdo, por lo demás, con la conciencia jurídica actual y las nuevas tendencias legislativas.

Aparte de las limitaciones expresamente contenidas en los artículos 60 y 61 del Código civil, en otros lugares de dicho Cuerpo legal se establecen con carácter más concreto, entre otras, las siguientes: comparecer en juicio para litigar sobre bienes parafernales (art. 1.387), aceptar el mandato (art. 1.716, párrafo 2.º), hacer donaciones por contrato (art. 624), aceptar donaciones condicionales u onerosas (art. 626), hacer pago en obligaciones de dar (art. 1.160), legitimar hijos por concesión del Jefe del Estado (art. 125, núm. 4.º), enajenar, gravar o hipotecar los bienes parafernales (art. 1.387); obligar los bienes de la sociedad de gananciales (art. 1.416), aceptar o repudiar herencias (artículo 995), pedir la partición de bienes (art. 1.053), ser albacea, a no estar legítimamente separada (art. 893, párrafo 2.º); ejercer el comercio (arts. 6 al 10 del Código de comercio), celebrar contratos de trabajo, “salvo el caso de separación de hecho o de derecho” (art. 11, apartado d) de la Ley de Contrato de Trabajo).

Después de lo dicho, cabe afirmar que la mujer puede, sin necesidad de autorización de su marido, realizar válidamente todos aquellos actos en que ley no impone taxativamente tal exigencia. Ello no obstante, con notoria redundancia, señala el Código, en diversos lugares, casos concretos en que tal licencia no es precisa. Así tenemos, entre otros, los siguientes: defenderse en juicio criminal, o demandar o defenderse en los pleitos con su marido, o cuando hubiere recibido la habilitación conforme a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 60, párrafo 2.º); comprar las cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia (art. 62), responder de las obligaciones delictuales y de las nacidas de hecho de otro o de la ley, ejercer los derechos que en los bienes del matrimonio se le otorguen por las capitulaciones (art. 1.315), exigir la constitución de la hipoteca e inscripción de bienes que impone al marido el Código civil, por razón de la dote estimada (art. 1.352); administrar los bienes parafernales que no hubiere entregado al marido con la intención de que los administre (arts. 1.384 y 1.390), dar en arrendamiento fincas rústicas que tengan carácter parafernales (art. 3.º, ap. c) de la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935), solicitar a su nombre libretas de renta vitalicia en el Instituto Nacional de Previsión (art. 27 de la Ley de 27 de febrero de 1908), hacer imposiciones en la Caja Postal de Ahorros, y disponer del capital e intereses sin la asis-

tencia de sus maridos, salvo oposición notificada judicialmente (Reglamento de 13 de enero de 1916, arts. 17 y 40); hacer operaciones en la Caja de Ahorros Popular (art. 36 del Estatuto de 14 de marzo de 1933), ejercer los derechos o cumplir los deberes que le corresponden respecto a los legítimos hijos o naturales que hubiere tenido de otro, y respecto de los bienes de los mismos (art. 63, núm. 2.º); reconocer hijos naturales (arg. arts. 192, 63, núm. 2.º, y 125, núm. 4.º del C. c.), constituir dote a las hijas que se casen (art. 1.343), otorgar testamento desde que cumpla los catorce años (art. 63, núm. 1.º, y 663, núm. 1.º).

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la representación legal de la mujer por el marido deriva del mismo fundamento que la licencia marital, habremos de concluir forzosamente que a los casos en que esta no es necesaria no podrá extenderse aquélla, ya que, en otro supuesto, se daría la posibilidad de una doble y contradictoria actuación de la mujer y el marido, que ninguna razón puede justificar. Ello no obsta para que aun en estos supuestos pueda la mujer conferir poder a su marido, pero esta representación nada tendrá que ver con la que el artículo 60 le concede, sino que será exclusivamente regida por las normas reguladoras del mandato, y el marido actuará entonces tan sólo como representante voluntario y no legal.

b) *La licencia marital*.—En los supuestos en que la ley la exige expresamente, se hace necesaria, en una u otra forma, la *intervención* del marido para que el acto tenga la plenitud de sus efectos jurídicos. El Código emplea a este respecto, casi indistintamente, las palabras licencia, autorización, consentimiento, poder y representación, adoleciendo de gran vaguedad e imprecisión en esta importantísima materia. Sánchez Román, tratando de introducir cierto rigor científico en ella, estima que esta acción *complementaria* del marido puede revestir diversas formas: 1.º Cuando la licencia constituye una especie de venia y delegación de facultades que el marido hace en la mujer para determinados actos o con cierto carácter general, a fin de integrar, por uno u otro medio la capacidad de aquélla, completándola en lo que tiene de defectuosa por consecuencia del estado civil de casada. 2.º Concurriendo el marido a completar simultáneamente a la celebración del acto la capacidad civil de la mujer, en cuyo caso, y para los efectos del derecho, constituyen una sola persona otorgante o contrayente. 3.º Concurriendo sólo el marido, en los casos en que asume verdaderamente la representación de la mujer. 4.º Cuando por confirmación, en virtud de ratificación ulterior, expresa o tácita, del marido, éste otorga una firmeza civil que originariamente no tenía el acto celebrado por la mujer, sin la licencia, el concurso o representación del marido. “He aquí, concluye, tres ideas en cuanto a la forma, puestas al servicio de un mismo fin: la licencia, el poder y la ratificación del marido para la validez de los actos en que la mujer tiene, por razón de su estado de casada, *defecto de capacidad declarado por las leyes*.”

Querer, sin embargo, de estas distinciones meramente formales deducir consecuencias concretas y materiales, nos parece excesivo; pu-

diéramos reducir nuestro pensamiento a los siguientes términos: el marido puede representar a la mujer, sin necesidad de que ésta intervenga personalmente en el acto, con el consentimiento expreso o tácito de ésta; en otro caso, aquél será *anulable*; la mujer puede actuar en su propio nombre con autorización anterior o simultánea del marido, siendo el acto, a falta de ésta, igualmente *anulable*; la ratificación o confirmación del acto anulable prestada a posteriori, por la mujer en el primer caso, por el marido en el segundo, subsana todo defecto y dota de plena eficacia al acto inicialmente anulable, ya se haya prestado expresamente, ya de un modo tácito. Lo que en modo alguno cabe es confundir, como hace la doctrina, el poder representativo con la autorización prestada a priori por el marido, deduciendo de aquí, como hace Sánchez Román, que “la diferencia más visible entre la licencia y el poder consiste en que éste no sólo ha de ser expreso y escrito, sino consignado en documento público mediante la forma notarial, mientras que la licencia, ni en el derecho anterior al Código ni en éste, hay precepto alguno que ordene se preste en una forma determinada”.

La licencia del marido, indispensable para que la mujer casada pueda obligarse—decía la sentencia de 25 de septiembre de 1861—se ha establecido por la ley a favor de aquel para evitarle los perjuicios y daños que de otro modo se le irrogarían, no bastando para que dicha licencia produzca efectos legales el que se suponga o presuma, sino que es necesario que conste sin género de duda. Y en repetidos fallos, igualmente anteriores al Código civil, se establecía que la licencia marital, indispensable para la validez de los contratos celebrados por la mujer casada, no es necesario que sea expresa, y lo mismo puede prestarse en escritura o documento que manifestarse en actos, siempre que de ellos se deduzca, sin género alguno de duda, que el marido consintió y aprobó la obligación contraída por la mujer (SS. de 10 de octubre de 1861, 9 de octubre de 1868 y 22 de junio de 1880). Y en el mismo sentido, la S. de 8 de abril de 1882, declaró que si el contrato celebrado por una mujer casada, en cuya virtud ésta se encargó de un despacho de pan y harina, fué ratificado tácitamente por el marido con el hecho de haberla sustituido algunas veces en su encargo, procede condenar a la consorte a la liquidación de cuentas y al pago de la cantidad que por saldo resulte contra ellos. Con posterioridad, la S. de 4 de abril de 1911, declaró, *a sensu contrario*, la misma doctrina, estableciendo que no acreditado por el demandante que el marido hubiese autorizado de ninguna manera a su mujer para realizar el préstamo de que se trataba (celebrado por correspondencia con la doncella de la esposa), ni demostrado tampoco que este contrato, nulo en principio, apareciese manifiestamente convalidado por actos de trascendencia jurídica, reveladores de la conformidad del marido con la obligación que sin anuencia suya se permitió contraer su mujer, se llega inexcusablemente a la conclusión de que el Tribunal sentenciador no ha debido declarar legítimo el préstamo, ni responsable, por lo tanto, de su cumplimiento al marido, pues es axiomático que en los contratos celebra-

dos, subsistente la sociedad conyugal, por mujer casada, es tan esencial el consentimiento y la intervención del marido como que de esa solemnidad contractual depende la validez de los mismos. En el mismo sentido, la S. de 13 de mayo de 1916.

La licencia marital, cualquiera que sea el momento en que se preste (autorización, consentimiento o ratificación), no precisa, pues, requisito formal alguno, pudiendo inferirse de la *concludentia facti*, y no exige, conforme declara la sentencia de 4 de abril de 1900, solicitud previa. Es, por otra parte, revocable en cualquier momento, eminentemente personal y, por tanto, no susceptible de delegación. En este sentido, la resolución de 24 de enero de 1898 declaró que, otorgado por un marido, al hermano de éste, poder para que dé licencia marital a la esposa de aquél, siempre que la necesite y crea que proceda, en toda clase de asuntos civiles, criminales, judiciales y extrajudiciales, sin excepción de ninguna clase, no es inscribible la escritura de venta que la esposa hace de finca de su propiedad, con la licencia marital que el mandatario del esposo concede; porque las facultades del marido no pueden ser válidamente conferidas a ningún apoderado, ya que proceden del superior precepto del legislador, que por razones de interés social y de gobierno y régimen de la familia se las concede expresamente al marido y son personalísimas de éste, y, en su virtud, intransmisibles, sin que, por otra parte, haya ley ni precepto alguno que autorice su transmisión o delegación, y el contrato de mandato en que se transmiten o delegan tales facultades no produce efecto alguno, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.275 del referido Código, porque se opone a las leyes, a la moral, y tiene, en su consecuencia, causa ilícita, toda vez que el interponer un tercero entre el marido y la mujer, y obligar a ésta a recurrir a aquél y solicitar su venia, como si fuera su propio marido, sin que la ley le imponga dicha obligación, es desconocer la naturaleza del matrimonio y los respetos y consideraciones que los cónyuges se deben entre sí.

Ocurre, sin embargo, que si bien la autorización concedida por el marido suele ser concreta para un acto determinado, o clase de actos determinados, nuestro derecho tradicional admitía la posibilidad de una autorización general, extensiva a todas las posibles actuaciones jurídicas de la mujer, conferida a la misma. Así, la 56 de las *Leyes de Toro*, decía: "Mandamos que el marido pueda dar licencia general a su mujer para contratar y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia; y si el marido se la diere, valga todo lo que la mujer hiciere por virtud de la dicha licencia." No han faltado, sin embargo, autores, como Mucius Scaevola, que después de la publicación del Código niegan la posibilidad de estas autorizaciones generales, por estimar que podría ser este un medio de variar en términos sustanciales el contenido de las capitulaciones matrimoniales o del régimen legal. Tal objeción carece en absoluto de fundamento, ya que sólo sería posible si tal autorización no fuese revocable en cualquier momento por el marido, consecuencia que ni nuestro derecho histórico

ni el vigente permiten inducir. Así, la S. de 6 de marzo de 1929 declara que, dado el contexto del artículo 60, la mujer casada que tiene poder amplio de su marido como apoderada de éste y, además, concedida la licencia marital que dicho precepto exige con facultad de conferir poderes a procuradores cuando fuere necesario, puede ser citada sin la intervención de aquél para el juicio en que ha sido demandada por hechos propios; y estando de este modo completa la personalidad de aquélla, al ser citada personalmente con entrega de la copia de la demanda, era innecesaria la del esposo, a quien ella puede representar, como lo ha hecho, con el mismo poder para la casación, y no hay términos para dar vida legal al defecto procesal a que se refiere el número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en que se apoya el recurso de que se trata. La S. de 13 de octubre de 1911 determinó, por otra parte, que el poder general para pleitos otorgado por el marido a favor de un Procurador, es suficiente para que éste pueda representar a la mujer de aquél, sin necesidad de que en el mandato se exprese que lo otorga el referido marido en concepto de representante legal de su mujer, porque este carácter lo tiene, según este artículo, por ministerio de la ley, y el poder general comprende todos los negocios del mandante, según el artículo 1.712, entre los cuales es lógico incluir aquellos que al marido corresponden de derecho sin necesidad de amplificaciones impropias de un documento público, cuando consta en éste con claridad, su sentido y alcance.

Apúntase, aunque sin clara conciencia, en estos fallos, una distinción que escapa ordinariamente a la doctrina, y que en la S. de 22 de mayo de 1915 se formula con menor imprecisión: En puridad—dice esta sentencia—la licencia marital es para completar la capacidad de la mujer, cuando obra esta con relación a sus bienes privativos, porque entonces es ella la que contrata y se obliga; pero cuando se trata de bienes gananciales, para obligar al marido por actos que sobre los mismos realice la mujer, lo interesante es que aquel resulte interviniendo en ellos con su aquiescencia y conformidad, bien se manifieste en forma de consentimiento, de licencia, poder o autorización, pues indistintamente las emplea el Código para exteriorizar el concurso de la voluntad marital. En realidad, lo que aquí se quiere decir es que una cosa es que el marido confiera poder a su mujer para que esta le represente y otorgue en su nombre actos que él solo tiene el derecho de realizar y otra que autorice a la mujer, en términos más o menos generales, para que ésta, en nombre propio y no como representante suya, pueda actuar jurídicamente en negocios que le son privativos, pero en que la licencia marital es necesaria. Solo impropriamente puede decirse que la *autorización* del marido es un *poder* conferido por el marido a la mujer, ya que este supone una idea de representación que no se da en este caso. Claro está que el marido puede apoderar a la mujer para que le represente, para que actúe en su caso cuando ello sea preciso; claro está también que de los términos en que este poder aparece redactado puede inferirse que además de su propia represen-

tación ha querido aquél concederla una autorización o licencia más o menos amplia para los actos propios de la mujer en que aquella sea necesaria. Pero siempre se tratará de dos cosas distintas, aunque se contengan en un solo instrumento, deduciéndose de aquí que aunque el poder exija el cumplimiento de determinados requisitos y solemnidades, la autorización, cualesquiera que sea la forma en que se preste, producirá la plenitud de sus efectos jurídicos. El Tribunal Supremo admite esta distinción, implícitamente, pues tiene declarado que al otorgarse un poder por el marido a favor de su mujer, se presupone la licencia necesaria de aquél para cumplir el mandato (S. de 30 de diciembre de 1905).

c') *La autorización judicial.*—Esta incapacidad de la mujer casada puede, además, en determinados casos, ser suplida mediante habilitación judicial. Ello se hace necesario, no sólo en determinadas situaciones anómalas del matrimonio, en que no sería posible conseguir la autorización o licencia marital, sino, además, como subsidiaria de esta, cuando exista oposición de intereses o abuso de su derecho por parte del marido. Aplicaciones de la autorización judicial, como condición precisa y única para subsanar el defecto de capacidad de la mujer, se dan no sólo en los casos de separación judicial, con relación a los bienes cuya administración le haya correspondido, sino incluso cuando, aun no mediando tal forma de separación, la administración le haya sido entregada por ser el marido loco, pródigo, incurso en interdicción civil, ausente en ignorado paradero, prófugo o declarado rebelde en causa criminal, o impedido absolutamente para la administración (Vid. ar.s. 183, 185, 220, 225, 1.436 y 1.441 del C. c.). Así, dispone el artículo 1.444 que “La mujer no podrá enajenar ni gravar durante el matrimonio, sin licencia judicial, los bienes inmuebles que le hayan correspondido en caso de separación, ni aquellos cuya administración se le haya transferido.” Análoga norma se establece en el propio precepto cuando se trata de valores públicos o créditos de Empresas y Compañías mercantiles. En todo caso, “la licencia se otorgará siempre que se justifique la conveniencia o necesidad de la enajenación”. Cabe, sin embargo, en caso de declaración de ausencia, que esa licencia sea concedida a la mujer por el Juzgado con carácter general (Vid. arts. 2.036 y 2.041 reformados de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Fuera de estos casos, y aun existiendo un estado normal de las relaciones matrimoniales, el Código admite la autorización judicial como *subsidiaria* de la licencia marital injustamente negada, en los casos siguientes: para comparecer en juicio (art. 60, párrafo 2.º del Código civil en relación con el 1.995 de la L. de E. c.), para aceptar o repudiar herencias (art. 995 del C. c.), para pedir la partición de bienes (art. 1.053 del C. c.), para enajenar, gravar o hipotecar los bienes parafernales (art. 1.387), para comparecer en juicio al efecto de litigar sobre bienes parafernales (art. 1.387). El criterio legal del Código en este punto, dice Sánchez Román, es el de establecer una regla ge-

neral, que pide para toda esta clase de actos la licencia marital, y una serie de excepciones que son las que expresamente la ley establece en ciertos casos y con determinadas limitaciones, pero no otra regla general expresiva de que sea suplida la licencia marital por la judicial, porque con tal criterio se alteraría el texto y pensamiento del artículo 61, estableciendo dos reglas generales, una principal y otra subsidiaria. Tal es también la opinión de De Diego y Valverde, en contra de la mantenida por Burón, Escosura y Mucius Scaevola. De Buen opina, en términos generales, "que en aquellas cuestiones que no son de interés patrimonial, ni se juega el prestigio social de la familia, del que el marido aparece como árbitro, y en las que una prohibición del marido aparece como un notorio abuso o una falta de asistencia, como un defecto lamentable, el Juez podrá suplir el defecto de autorización marital. La aplicación analógica de los artículos que tratan de la autorización o habilitación judicial y la consideración de que el poder del marido no debe aparecer nunca como una autoridad despótica, sino como un poder de protección, son los argumentos que autorizan tal punto de vista."

Esta opinión, que parece ser también la de Castán, se compagina mal con el sistema de nuestro Código civil, que precisamente se refiere a la habilitación judicial siempre en casos de *interés patrimonial y no personal*. ¿Cómo en virtud de la analogía puede mantenerse tal criterio? Por otra parte, en nuestra legislación tradicional se admitía la habilitación judicial como supletoria *para todos los casos* en que la licencia marital era necesaria, la 57 de las *Leyes de Toro* establecía que "El Juez, con conocimiento de causa legítima y necesaria, compela al marido que dé licencia a la mujer para todo aquello que ella no podía hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar." Ninguna razón intrínseca aconseja limitar, después de la publicación del Código, la autorización judicial a los casos expresamente previstos en su articulado, o sólo a los que con ellos guarden alguna analogía, ya que si el legislador lo hubiese entendido así lo hubiera expresamente dicho.

Cosa completamente distinta es que el Juez, ante la marital negativa, deba proceder con extraordinaria cautela, ponderando debidamente los motivos que pudieron determinarla. El Tribunal Supremo tiene establecido que la habilitación de la mujer casada para comparecer en juicio por negativa del marido a representarla no debe concederse en términos generales para todos los negocios que pueda tener la primera, sino para el especial en que concurra aquella circunstancia, cuando tal habilitación, como previene el artículo 2.001 de la Ley de Enjuiciamiento civil, si el marido se manifiesta dispuesto a representar a su mujer o concederle autorización en cada caso (S. de 12 de enero de 1900). En principio, el marido no queda obligado ni por su autorización ni por la judicial: *quí auctor est se non obligat*. Si el marido impugna la habilitación judicial, ésta, según el párrafo 2.º del artículo

lo 2.000 de la Ley de Enjuiciamiento civil, surtirá todos sus efectos mientras no recaiga sentencia firme (S. de 11 de enero de 1908).

d') *Sanción de los actos realizados por la mujer sin licencia del marido*.—Según dispone el artículo 62 del Código civil, “son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos”, si bien aclara el artículo 65 que “solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente”. De este carácter relativo de la nulidad—la mujer no puede, en modo alguno, impugnar el acto, y la otra parte contratante, únicamente apoyándose en el error, cuando este exista—se deducen, ante todo, dos consecuencias concretas: que el acto inicialmente viciado podrá ser confirmado *a posteriori*, mediante una ratificación expresa o tácita del marido, y que el plazo de prescripción será el de cuatro años que el artículo 1.301 del Código civil concede, que empezará a contarse, por una incongruencia difícilmente explicable del párrafo 5.º del propio precepto, “desde el día de la disolución del matrimonio”. Claro está que siempre y cuando el marido no haya tenido conocimiento de ello, pues en otro caso, su inactividad puede interpretarse como tácita ratificación de lo hecho por la mujer.

Con anterioridad a la publicación del Código, el Tribunal Supremo tenía ya reconocido el carácter de relativo de esta nulidad (SS. de 14 de noviembre de 1862, 27 de junio de 1866 y 30 de enero de 1872), y con posterioridad a su vigencia, que dicha nulidad no pueden pedirla los extraños (S. de 1 de mayo de 1907), ni la mujer, aunque ostente al solicitarla distinta personalidad jurídica (S. de 1 de mayo de 1906), si bien el artículo 65 no prohíbe que la misma mujer ejercite la acción de nulidad del contrato por vicio en el consentimiento, si medió intimidación, porque entonces no se está en el supuesto de falta de licencia o autorización marital (S. de 7 de mayo de 1920). La S. de 24 de mayo de 1928 establece con gran claridad la doctrina: sea cualquiera la doctrina sobre la facultad con efectos retroactivos que tenga el marido, como jefe de la familia dentro del matrimonio y representante de su mujer, para ratificar los contratos de enajenación de bienes de la misma que esta haya celebrado sin su licencia o consentimiento; los que por contrariar a lo dispuesto en el artículo 61 del Código civil declara nulos el 62 del mismo, es indiscutible, como verdadera y pura norma jurídica, que tal nulidad, cuando ha de fundarse en la sola falta de intervención de aquél para completar la capacidad de su esposa, no es absoluta, ni puede derivarse de las disposiciones generales de los artículos 1.261 y 1.262, porque cuando la ley establece excepciones a estos, la regla aplicable es la específica, ya complete, ya modifique la genérica, consecuencia por la que no puede prescindirse en este caso del contenido del artículo 65 del indicado Cuerpo legal, mediante el que solamente el marido o sus herederos podrán reclamar la nulidad que en su beneficio sanciona dicho artículo 62, y a ello en nada se oponen tampoco los artículos 1.300 y 1.310 del Código civil. Es tam-

bién doctrina admitida, derivada de tal precepto, que esos contratos, cuando no se ha demostrado que en ellos concurra otro vicio más que el rituario de la falta de intervención del representante de la esposa para completar la capacidad que la ley no reconoce a ésta, producen sus efectos jurídicos sin originar nulidad plena *ipso facto*, sino que ella está subordinada al ejercicio de la acción, que no compete a ninguna persona extraña a las que nominativamente señala el repetido artículo 65, y por ello, sean cualesquiera los derechos del recurrente comprador que promovió demanda de nulidad de la escritura de venta de un derecho de foro (otorgada por la mujer casada estando el marido ausente) para impugnar por otros motivos distintos del expresado el contrato otorgado por escritura pública por una mujer casada, por el que ésta vendió el derecho real objeto del litigio, desde el momento en que de la sentencia recurrida no aparecen otros vicios de invalidación ni hechos de que deducirlos, hay que estimarla como legítimo título traslativo del dominio a favor del comprador, que le adquirió ya con conocimiento de la falta de la licencia marital y con el riesgo, por tanto, consiguiente a la actividad del esposo o sus herederos, únicos que podían combatirla por ese limitado defecto y antes de la adjudicación que se hizo al actor y recurrente por auto judicial.

La falta de la licencia o habilitación para comparecer en juicio, determina una falta de personalidad de la mujer, que puede ser alegada como excepción (art. 533, núms. 2.º y 4.º de la ley de Enjuiciamiento civil) o generar una nulidad de actuaciones (art. 745 de la ley de Enjuiciamiento civil). Si a pesar del defecto llegare a recaer sentencia, podrá, por el marido o sus herederos, pedir la nulidad de la misma, no ya por los trámites de los incidentes, que no caben una vez terminado el juicio, sino mediante el declarativo que corresponda.

La Dirección General de los Registros tenía declarado que la falta de licencia marital constituía un defecto que impedía la inscripción (resoluciones de 28 de octubre de 1863, 4 de junio de 1879, 13 de junio de 1879 y 23 de mayo de 1892), pero en la resolución de 22 de agosto de 1894 cambia de criterio, y fundándose en que, según el artículo 65 del Código civil, "solamente el marido o sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente, y que el Tribunal Supremo tenía declarado en sus sentencias de 27 de junio de 1866 y 30 de enero de 1872 que, no pidiendo el marido la nulidad, el contrato celebrado sin su licencia surte todos sus efectos legales, la Dirección estima que el acto en cuestión no es necesariamente nulo, sino anulable o rescindible, y declara inscribible la escritura del recurso (la mujer compraba una finca sin licencia marital).

Con posterioridad a esta resolución, el criterio varía nuevamente y la Dirección declara que no estaban redactadas con arreglo a las formalidades y prescripciones legales dos escrituras, una de compra y otra de venta, otorgadas por mujeres casadas sin licencia marital, motivo de las resoluciones de 29 de marzo de 1901 y de 21 de abril de

1908, aunque fundándose para hacer esta declaración, contraria a la de 22 de agosto de 1894, en el hecho de haber interpuesto el recurso los notarios autorizantes y no las partes interesadas, "considerando que, si bien el artículo 65 del Código civil dispone que solamente el marido y sus herederos podrán reclamar la nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia o autorización competente, y el artículo 1.301 que dicha acción sólo durará cuatro años y que este tiempo empezará a contarse desde el día de la disolución del matrimonio, esto no obsta para que resulte siempre cierto que la escritura de que se trata ha sido otorgada con infracción del artículo 61 del mismo cuerpo legal que prescribe que la mujer casada no podrá enajenar sus bienes sin licencia o poder de su marido, y para que, en consecuencia, no pueda declararse, como pretende el notario recurrente, que se halle redactada con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, puesto que dicha infracción es patente y manifiesta". Sin embargo, las resoluciones de 23 de noviembre de 1892, 29 de marzo de 1907, 25 de agosto de 1911 y 19 de julio de 1922 declaran inscribibles escrituras carentes de tal requisito.

Insistiendo en el primer sentido negativo, el artículo 243 del Reglamento Notarial de 7 de noviembre de 1921 dispuso que "los notarios se abstendrán de autorizar contratos de mujeres casadas cuando no comparezcan asistidas de sus maridos o no acrediten con documentos fehacientes que obtuvieron anteriormente la licencia de aquéllos, en los casos en que la licencia fuese necesaria". Vigente la Constitución republicana, la resolución de 15 de diciembre de 1933 declaró, sin embargo, inscribible una escritura de compra por mujer casada sin licencia marital: "Considerando que, como insinúa la Orden de este Ministerio de 4 de octubre último, en el período legislativo, en que nos encontramos, la aplicación de las leyes civiles debe hacerse con un criterio favorable al desarrollo de los nuevos principios constitucionales, y si bien parece necesario para ello que haya una base legal, ya que prestigiosos comentaristas de la Constitución no estiman que los principios que ésta establece constituyan reglas ejecutivas por sí solas, creyendo sea menester un desarrollo complementario que puede darlas verdadera efectividad, es lo cierto que para la inscripción que se pretende, el asentimiento tácito del marido, con el cual alega la recurrente, viene rigiendo su vida y la de su familia, no puede, desde luego, sustituir la autorización o licencia indispensable a la mujer para adquirir y obligarse según los principios de nuestra legislación civil; pero lo mismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la de este Centro directivo, tienen repetidísimamente declarado, en relación con los artículos del Código civil citados, que la falta de licencia del marido en los actos y contratos llevados a cabo por la mujer casada no supone en modo alguno la nulidad, sino su posible anulación, ya que solamente aquél o sus herederos, nunca los extraños, podrán reclamarla en los plazos y condiciones establecidos por la ley; y que, en consecuencia, no pudiendo calificarse el defecto ni de insubsanable

ni de subsanable, no autoriza al registrador a suspender ni a denegar, sino que debe inscribir, si bien cuidando de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital, a fin de prevenir a terceros de que hay pendiente una acción de nulidad.”

En el Reglamento Notarial de 8 de agosto de 1935 desapareció el artículo 243 del anterior, y se estableció la nueva norma del artículo 169, que, con el mismo número, ha pasado sin alteración al hoy vigente de 2 de junio de 1944: “Las mujeres casadas—establece dicho artículo—podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que, con arreglo al derecho civil común o foral, pueden realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o de dominio. Tampoco precisarán la autorización del marido, cuando se trate de poderes otorgados a su favor, o para entablar acciones contra el mismo. En los demás casos el notario, como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. En todo caso, cuando se precisare la licencia marital, podrá otorgarse el documento, siempre que con ella estuviesen conformes los interesados, subordinándole a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo si el marido o sus herederos no lo impugnaran”.

6.º *Contratación entre cónyuges.*—La unidad de personas que el matrimonio produce y la necesidad de la marital licencia impuesta por la legislación, hizo que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros, de acuerdo con la doctrina, negasen la validez de los contratos entre cónyuges, por ver en ellos una inadmisibles forma de autocontratación (vid. sentencias de 23 de octubre de 1857 y 11 de enero de 1859). El Código civil, sin embargo, aunque no niegue expresamente tal principio, parece admitir la posibilidad de tales contratos, ya que sólo en casos concretos los prohíbe, y taxativamente autoriza a los cónyuges para celebrar el contrato de compraventa si viven bajo el régimen de separación de bienes (art. 1.458).

La sentencia de 21 de enero de 1900 declaró que, ni por precepto determinado de la ley, ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que en el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando éste su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y teniendo en cuenta las prohibiciones concretas, establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que los que entren sí realicen, mientras no afecten al régimen de la sociedad ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses o tiendan a eludir alguna ley prohibitiva, son perfectamente válidos,

tanto más cuanto que facilitan el funcionamiento de la sociedad expresada.

En el mismo sentido, la resolución de 31 de mayo de 1895 declaró inscribible la escritura de hipoteca constituida por la mujer en garantía del cargo de depositario conferido a su marido, porque, dado el número 3.º del artículo 1.263 del Código civil, es indudable que en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, la regla general hoy en vigor es la de que hay que reputarlos válidos, regla que no tiene más excepciones que las expresadas por la ley, y después del artículo 1.976 del repetido cuerpo legal, en cuanto concierne al derecho civil común, no es lícito invocar ley alguna contenida en nuestros antiguos cuerpos legales, infiriéndose de ahí que las excepciones a que alude el número 3.º del citado artículo deben estar consignadas precisamente en el mismo Código, sin lo cual carecen de fuerza ante la regla general mencionada, y por esta razón, al resolver el presente recurso, hay que descartar en absoluto de todo precepto legal que arranque de nuestro derecho civil, histórico o tradicional, invocando tan sólo disposiciones terminantes y categóricas del Código vigente, y ninguna de ellas prohíbe a la mujer el contrato de que se trata, y tampoco a la que está casada el salir fiadora de su marido, prohibición que no faltara de haber estado en la mente del legislador establecerla, por lo mismo que fué secular en nuestro derecho, y ante la carencia de artículo o precepto del Código que haya estatuido la incapacidad que establecieron el Senado Consulto *Velezano*, la Auténtica "*si qua mulier*", diversos fueros municipales y la famosa ley 61 de *Toro*, hay que concluir lógicamente que, puesto que no nos hallamos en un caso de excepción, rige el principio del artículo 1.263, y, a su tenor, puede la mujer casada prestar consentimiento a un contrato de fianza, aun en favor de su propio marido, y el suponer pasó inadvertida al legislador esta cuestión fuera irrespetuoso y, además, absurdo, por tratarse de un problema jurídico ocasionado a tan arduas controversias entre nuestros antiguos tratadistas, que tantas veces fué planteado ante los Tribunales de justicia, por lo cual es lo más racional y prudente estimar que el contrato de fianza otorgado por la mujer casada pasó, después del Código, a figurar en la regla general del artículo 1.263, sin duda por estimar sus autores que es el que mejor que ningún otro refleja la fisonomía moral del matrimonio y responde a la absoluta y omnimoda confianza que entre los cónyuges debe reinar, y no amengua la solidez del razonamiento que precede el sutil argumento que en la combinación de los artículos 1.458 y 1.839 del Código basa el registrador calificante, por la sencilla razón de que el primero de esos artículos no prohíbe a la mujer vender a tercero bienes de su marido, ni que se le adjudiquen en pago de una deuda que contra él tenga, y a una u otra cosa es a lo que se reduce en definitiva la subrogación legal establecida por el último artículo.

Sin perjuicio de esa regla general, permisiva de los contratos entre cónyuges, el Código establece una serie de prohibiciones concretas.

pudiéndose, con Castán, señalar las siguientes: otorgar capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio (art. 1.315); alterar, después de celebrado el matrimonio, las capitulaciones otorgadas antes (art. 1.320); otorgarse donaciones, a excepción de los regalos módicos hechos en ocasión de regocijo de la familia (art. 1.334); recibir cosa alguna un cónyuge del otro por donación o testamento, si el matrimonio tuvo lugar con infracción del artículo 45 (art. 50, regla 2.ª); constituir dote el marido en favor de la mujer después de celebrado el matrimonio (art. 1.338); transigir el marido y la mujer sobre los bienes y derechos dotales, a no ser en los casos y con las formalidades establecidas para enajenarlos u obligarlos (art. 1.811); renunciar a la sociedad de gananciales, a no ser en el caso de separación judicial (art. 1.394); venderse bienes recíprocamente, excepto cuando se hubiera pactado la separación de bienes, o cuando hubiera separación judicial de los mismos (art. 1.458); celebrar permutas, puesto que se rigen éstas por las disposiciones concernientes a la venta (artículo 1.541); contraer sociedad universal, por ser personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja (artículo 1.677); celebrar contrato de transacción, puesto que, según el Tribunal Supremo, la transacción exige, por su analogía con la venta, los mismos requisitos de capacidad en los otorgantes, y le alcanza, por consiguiente, la prohibición de celebrar la impuesta a los cónyuges (sentencia de 12 de diciembre de 1899); constituir el marido hipoteca en seguridad de la dote confesada después del primer año de matrimonio, conforme a la resolución de 6 de abril de 1894.

# Intangibilidad de la legítima

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil y Abogado  
del I. Colegio de Madrid

SUMARIO: *Indicación preliminar.—Limitaciones impuestas al causante.—I. Prohibición de disponer de la cuota legítima.—II. Garantías de los derechos de los legitimarios.—A) Actos “mortis causa”. B) Negocios “inter vivos”: a) Donaciones inoficiosas; b) Contratos simulados que atacan la legítima: a’) Simulación absoluta y relativa; b’) Negocios absolutamente simulados que atacan la legítima; c’) Negocios relativamente simulados que atacan la legítima; a”) Heredero testamentario; b”) Heredero forzoso.—III. Aspectos del principio de intangibilidad de la legítima.—A) La legítima no soporta cargas.—B): La legítima debe pagarse, al menos en principio, “in natura”.—1. Prohibición de imponer gravámenes de todas clases: Casos concretos: a) Prohibición impuesta por el causante al legitimario de practicar la división judicial; b) Retención de los bienes hereditarios por los albaceas ordenada por el causante; c) Imposición a los legitimarios de un administrador inamovible, de los bienes otorgados en pago de la legítima.—2. Intangibilidad cualitativa de la legítima: Casos excepcionales.—IV. Cautela socimiana o gualdense.—V. Limitaciones impuestas al futuro heredero forzoso.—Análisis del artículo 816 del Código civil: A) Antecedentes históricos; B) Significado de la norma prohibitiva: a) Toda renuncia de la legítima es nula; b) La transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula; c) Obligación de colacionar.*

## INDICACION PRELIMINAR

Conforme al tenor literal del artículo 806, *legítima es la porción de bienes de que el testador, no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos.*

Pues bien, la ley, al reservar tal porción hereditaria, regula el destino de los bienes que la integran mediante normas de Derecho imperativo, que constituyen el medio más adecuado para que esa reserva logre efectividad, y que se imponen tanto a la voluntad del causante como a la del futuro heredero forzoso. Por lo que se refiere al causante, el artículo 813 dispone en el primero de sus párrafos que *el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley*. En lo que al futuro legitimario respecta, el artículo 816 significa una garantía, a la par que un límite, al establecer que *toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél...* Veamos de qué modo es posible construir sobre la base de los dos aludidos preceptos una teoría general de la intangibilidad de la legítima; examinaremos primeramente las limitaciones que a tal fin se imponen a la facultad de disponer del testador y nos haremos cargo después de las que con el mismo objeto restringen la libre voluntad del futuro heredero forzoso.

## LIMITACIONES IMPUESTAS AL CAUSANTE

### I. Prohibición de disponer de la cuota legitimaria

Fundamentalmente, el juego combinado de esas normas de Derecho necesario (arts. 813 y 816) vienen a imponer al *de cuius* la prohibición de disponer de la cuota legitimaria.

La aplicación de tales preceptos plantea un grave problema por la necesidad de conciliar el principio de inviolabilidad de los derechos de los herederos forzosos con el respeto debido a la facultad de disponer *inter vivos* y a título gratuito del causante en tanto que no lesione los antedichos derechos. La razón determinante de la dificultad es clara. La legítima no consiste en el conjunto de tales o cuales bienes concretamente determinados. Es, simplemente, una cuota hereditaria, una parte alícuota del haber relicto cuya cuantía no puede fijarse hasta el momento de la muerte del testador, porque sólo entonces es posible el recuento de los bienes que pasaron por sus manos, distinguiendo entre aquéllos que salieron de ellas por actos a título gratuito y aquéllos otros que fueron sustituidos en el patrimonio por una contraprestación. Es en ese momento cuando al heredero forzoso se le atribuye acción para reclamar una cuota parte del conjunto formado por los bienes relictos y los que salieron de su patrimonio a virtud de enajenaciones gratuitas, y es entonces también, y sólo entonces, cuando puede determinarse el posible carácter inoficioso de las donaciones efectuadas, por cuanto siendo el patrimonio de una persona algo sometido a posibles aumentos.

y disminuciones, ocurrirá en muchos casos que una donación, inoficiosa al tiempo de realizarse, venga a resultar correcta más tarde, a virtud de un aumento del patrimonio producido a consecuencia de adquisiciones de carácter lucrativo.

## II. Garantías de los derechos de los legitimarios

Los peligros que de todo ello resultan para los derechos de los herederos forzosos, unidos a la *posibilidad* de que el testador intente burlarlos por distintos procedimientos, obliga a examinar los diferentes cauces por los que puede discurrir el ataque a la legítima por parte del *de cuius* y los varios medios que la ley arbitra para lograr la inviolabilidad de aquélla.

Examinaremos sucesivamente los ataques que revisten la forma de actos *mortis causa* y los que tienen lugar a través de negocios *inter vivos*, distinguiendo, dentro de estos últimos, el caso de *donaciones inoficiosas* del supuesto de *negocios onerosos simulados que encubren una donación*.

### A) ACTOS "MORTIS CAUSA"

Este primer caso se desdobra en variedad de supuestos. Merecen mencionarse especialmente los siguientes:

1.º La lesión se produce como consecuencia de la división de la herencia practicada por el causante. Los artículos 1.056, 1.057 y 1.075 defienden en este caso la cuota de legítima, declarando expresamente que las facultades del causante tienen como límite natural el respeto a los derechos de los herederos forzosos.

2.º El acto lesivo consiste en ordenar el testador un legado de cosa propia del heredero legitimario, caso particular del legado de cosa ajena admitido por los artículos 861 y 862 del Código. En evitación de este riesgo, el artículo 863, párrafo segundo, dispone que la autorización para llevar a cabo una disposición de esta índole *se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos*.

3.º La disminución de los derechos del heredero forzoso se opera mediante la imposición sobre su cuota de gravamen, condición o sustitución de cualquier clase. Tal imposición viene prohibida por el artículo 813 en su segundo párrafo, reforzado en materia de sustituciones por los artículos 777 y 782.

4.º La dispensa de colación realizada con intención de disminuir la *portio debita* del legitimario. Previendo el daño resultante para los intereses de este último la ley dispone en el artículo 1.038 del Código civil que la voluntad del causante sólo deberá respetarse si no perjudicare a la legítima de los coherederos de los que deban colacionar.

5.º El testador desconoce totalmente en el testamento al heredero

forzoso en línea recta. Para tal supuesto—preterición—el Código ordena en su artículo 814 la anulación de la institución de heredero, sin perjuicio de la validez de las mandas y mejoras que no sean inoficiosas, e incluso de la misma institución de heredero si el legitimario falleciera antes que el testador.

6.º La lesión de los derechos del heredero forzoso podría resultar también del ejercicio de la facultad, realmente excepcional, que concede el artículo 831: “Podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes.” Al añadir el artículo que todo ello se entiende “sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”, se prevé y evita la vulneración de la legítima a que venimos refiriéndonos.

## B) NEGOCIOS “INTER VIVOS”

### a) *Donaciones inoficiosas.*

La lesión de los intereses del legitimario puede resultar también de un negocio *inter vivos* de carácter gratuito. La donación que implica una disminución de la *portio debita* se designa, en recuerdo del concepto romano del *officium pietatis*, con la denominación de inoficiosa (véase artículo 636, 2.º).

La garantía de intangibilidad de la legítima viene dada en tal supuesto por la *acción de reducción de donaciones inoficiosas*, que el Derecho pone a disposición del heredero forzoso para que pueda obtener la disminución de la cuantía de la liberalidad en la medida en que ésta vulnere la reserva legal.

### b) *Contratos simulados que atacan la legítima.*

Otra posible forma de ataque a la legítima es la realización por el causante de contratos onerosos simulados. Para el examen de este punto veremos primeramente la doctrina general sentada por el Tribunal Supremo sobre legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación de contratos simulados, haciéndonos cargo más tarde del caso concreto del heredero forzoso.

### a) *Simulación absoluta y relativa.*

En materia de simulación es siempre preciso distinguir dos clases fundamentales: la simulación *absoluta* y la simulación *relativa*. La primera es la apariencia de un acto jurídico que no encierra en sí negocio alguno. La segunda es la apariencia de un negocio jurídico que contiene en su seno otro distinto. En aquella hay un único acto, inexis-

tente en realidad. En ésta hay dos actos distintos: uno encubierto, disimulado, que existe o al menos puede existir en realidad; otro, meramente aparente, que sirve de máscara al anterior.

La simulación absoluta es un caso concreto de inexistencia de negocio. El acto jurídico es absolutamente inexistente porque, dándose una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos indispensables para que pueda hablarse de contrato. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 1.261 y 1.275 del Código civil.

En la simulación relativa, las cosas ocurren de manera distinta. El negocio simulado es nulo como falto de causa verdadera; pero el disimulado será válido conforme al artículo 1.276 si se apoya en una causa lícita y reúne, además, los requisitos correspondientes a su propia naturaleza.

b') *Negocios absolutamente simulados que atacan la legítima.*

Cuando la lesión a la legítima de los herederos forzosos proviene de actos absolutamente simulados, el problema no ofrece la menor dificultad. Como los negocios absolutamente simulados son inexistentes, no rige aquí el principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos", y, en consecuencia, tienen acción para impugnarlos lo mismo las partes que sus herederos, ya que éstos se subrogan en los derechos y acciones de su causante.

Baste citar, en confirmación, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1931.

La acción tendrá, naturalmente, carácter de imprescriptible, pues no cabe hablar de prescripción sanatoria de un negocio inexistente. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1909, 11 de enero de 1928 y 10 de abril de 1933.

c') *Negocios relativamente simulados que atacan la legítima.*

Tratándose de negocios relativamente simulados, la cuestión se complica extraordinariamente, por cuanto no es posible entonces ni reconocer al heredero con carácter general la legitimación activa para el ejercicio de la acción de impugnación ni negársela de modo absoluto. Procede en tal caso distinguir entre herederos testamentarios y forzosos.

a'') *Heredero testamentario.*

Se ocupa de este supuesto la sentencia de 30 de junio de 1944, conforme a la cual:

"Quien actúa procesalmente impugnando por simulación, ha de probar que es titular de un derecho subjetivo de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza..."

Principio éste que lleva a nuestro Tribunal Supremo a negar al heredero voluntario la legitimación activa de que nos venimos ocupando, por cuanto:

“La posición jurídica del heredero voluntario no atribuye a éste otro derecho que el comprendido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo el causante, siquiera fuera por acto de liberalidad disfrazado con causa onerosa.”

La doctrina, absolutamente correcta, no requiere comentario. Baste indicar que es también aplicable a los herederos abintestato.

b") *Heredero forzoso.*

El problema ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de abril de 1944, comentada por BONET y DÁVILA GARCÍA.

En el caso que motivó la sentencia se había alegado que el actor, hijo de la vendedora, no estaba activamente legitimado para ejercer la acción declarativa de simulación como consecuencia de su obligación de estar y pasar por las declaraciones de su causante. Y el Tribunal Supremo adopta la siguiente interesantísima posición:

“Esta doctrina (se refiere a la de la obligación del heredero de estar y pasar por las declaraciones de su causante en cuanto continúa su personalidad jurídica), si en general es acertada por obra del fenómeno de la sucesión a título universal, falla en cambio, lógica y justamente, cuando en virtud de la sucesión resultan afectados los derechos legitimarios del sucesor, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos; y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de unos continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación; distinción razonable a los ojos del derecho y aun a los de la equidad, que los legitima para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos los liga con el causante de la sucesión.”

BONET RAMÓN al comentar la anterior sentencia (1), estima acertado el parecer del Tribunal Supremo; pero entiende que “hubiese sido oportuno no reconocer la cualidad de heredero al legitimario, en cuanto parece extraño que asuma la posición jurídica del *de cuius*, cuando es la

---

(1) *Revista de Derecho privado*, XXVIII, 1944, pág. 551.

ley con su autoridad y contra la voluntad del testador quien le atribuye una porción del activo hereditario". BONET considera que *cuando el legítimo, como tercero, impugna por simulación un acto lesivo de su causante, no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto más que hasta integrar su cuota hereditaria.*

DÁVILA GARCÍA (2), siguiendo el mismo camino, extrae las últimas consecuencias de la doctrina. Critica la posición del Supremo y niega rotundamente al heredero forzoso acción para anular los actos relativamente simulados de su causante que lesionen su cuota legitimaria, concediéndole únicamente la acción de rescisión para lograr la impugnación y reducción de los mismos en la medida de su inoficiosidad. La solución contraria—dice—conduce a un absurdo. Si en virtud de la acción de impugnación el legítimo consigue la nulidad del acto o contrato, ésta aprovechará también al heredero voluntario; pero si, por el contrario, es el heredero voluntario el que impugna, fracasará en su intento y ninguno de los dos alcanzará ventaja alguna. El argumento dista mucho de ser convincente.

En apoyo de la tesis de DÁVILA pudiera citarse la sentencia de 6 de mayo de 1902—que él no recoge—, la cual distingue el fin y la causa de los contratos y declara que la ilicitud del primero no entraña la inexistencia del contrato:

“No debe confundirse el sentido léxico de la palabra causa con la acepción jurídica de la misma voz, que si unas veces equivale a título, en materia contractual tiene un significado especial y concreto, definido con esmero por el artículo 1.274 del Código civil, según el cual se entiende por causa en los contratos onerosos para cada parte la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra; de donde se sigue que la causa en el contrato de compraventa no es la razón primera determinante de la voluntad o el fin u objeto que se persigue por cima o con independencia de los efectos propios de la convención, sino que lo es para el vendedor el precio estipulado y para el comprador la cosa a cuyo dominio aspira; y, por consiguiente, *el fin ilícito que los contratantes o alguno de ellos se proponga realizar por medio de la venta o de la compra podría tener sus consecuencias, pero no es causa del contrato ni convierte en torpe o ilegal la verdadera cuando no afecte a la esencia de la misma.*

Por lo expuesto, siendo efectivo o real un contrato de venta, si en la sentencia recurrida se afirma que no fué simulado y se da en el mismo el concurso de cosa y precio, parte del cual fué entregado por el comprador en el acto del otorgamiento de la

---

(2) *Herederos y legítimos. Actos y contratos simulados*, “Revista crítica de Derecho inmobiliario”, 1945, pág. 107 y sig. En igual sentido se manifiesta VIRGILI SORRIBES: *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica*, en “Revista crítica de Derecho inmobiliario”, XXI, 1945, pág. 491.

escritura, y aunque no se estime probado el recibo anterior de la otra parte confesada por el vendedor, es visto que al declarar el Tribunal sentenciador la nulidad del contrato por obedecer á causa ilícita, entendiendo que lo es el propósito del vendedor de privar a un hijo suyo de su legítima infringe los artículos 1.274 y 1.275 del Código civil, aquél por su errónea interpretación, y éste por aplicación indebida, tanto más cuanto que *si por consecuencia de la enajenación hubiera quedado el hijo defraudado de sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de la causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en su perjuicio.*

Aun en el supuesto de que el mencionado móvil pudiera estimarse como causa de la venta, carecería el hijo, fallecido su padre, el vendedor, de acción para reclamar la finca enajenada, porque siendo de su padre continuador de la personalidad jurídica, en el concepto de heredero del mismo, siquiera se hubiese acogido al beneficio de inventario que no produce otros efectos que los establecidos en el artículo 1.023 del Código civil, le alcanzaría la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 1.306, si el otro contratante estuviera exento de culpa, doctrina que, con relación a un caso análogo, ha sido declarada por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de junio de 1896.”

La doctrina de la sentencia que acabamos de transcribir, y que carece de concordante, se encuentra contradicha por el propio Tribunal Supremo en otros varios fallos.

Así, el de 28 de octubre de 1897, según el cual

“La venta que el padre simula hacer a uno de sus hijos para perjudicar a otros sustrayendo de la sucesión los bienes, es *ilícita.*”

Criterio que reitera la sentencia de 12 de noviembre de 1920, al decir:

“Que según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la acción de nulidad de los contratos pueden ejercitarla, no sólo los obligados principal o subsidiariamente, sino también aquellas personas a quienes perjudique la obligación, entre las cuales figura *el hijo, quien en el caso de venta simulada de su padre a otro hermano, puede pedir la nulidad de la venta y que se distribuyan los bienes entre los herederos, como si tal venta no hubiera existido.*”

Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 19 de mayo de 1932:

“Aunque los herederos continúan la personalidad del causante, tienen acción para pedir la *simulación e inexistencia* de

sus actos, *porque no deben estar obligados a respetar y consentir lo que hiciere contra la ley en su perjuicio.*"

Es de advertir, sin embargo, que en el pleito se discutió sólo la simulación absoluta de cierta compraventa en perjuicio del único heredero forzoso del vendedor.

Merece citarse, por último, la sentencia de 12 de abril de 1946, que, siguiendo la línea trazada por las anteriores, plantea y resuelve en términos de gran claridad y precisión el problema que venimos examinando. Por su importancia, estimamos conveniente recoger en su integridad los considerandos de dicha sentencia, que dicen así:

*"Considerando:* Que en punto a los hechos procesales no se plantea problema alguno en el recurso, pues en éste se aceptan los que declara probados la Sala sentenciadora afirmando: a) Que el marido de la demandante otorgó escritura de venta de la nuda propiedad de unos inmuebles de su privada pertenencia a favor de la demandada por un precio aparente o sin existencia real; b) *Que los otorgantes se propusieron ocultar bajo la rúbrica de compraventa un contrato de donación encaminado a burlar los derechos sucesorios que en los bienes donados pudieran corresponder a la mujer y a los hijos legítimos del donante;* y c) Que fallecido el marido vendedor o donante en el año 1940, su viuda entabló demanda de nulidad de la venta por simulación contra la demandada en el año de 1941.

*Considerando:* Que en el aspecto jurídico de los hechos procesales tampoco hay disconformidad en las tesis mantenidas por el recurrente y por la sentencia recurrida en cuanto se estima radicalmente nulo el contrato de venta por carencia del requisito esencial de precio cierto y verdadero; pero como la venta fué el disfraz utilizado para encubrir una donación y este contrato, una vez puesto al descubierto, puede ser o no puede ser válido, según concurran o falten los requisitos materiales y formales que le son propios, surge la discrepancia entre el recurso y la sentencia impugnada al ser enfocada en ésta la donación como contrato con causa falsa, no obstante su ilicitud, caracterizada por la finalidad de burlar a la legítima de la viuda e hijos, lo que lleva a la Sala de instancia a considerar que la donación sería anulable si la acción se hubiera ejercitado dentro de los cuatro años que señala el artículo 1.301 del Código civil, y como no se ha ejercitado en tiempo procedía desestimar la demanda; mientras que el motivo primero del recurso acusa la infracción por aplicación indebida del citado precepto legal, porque, a juicio del recurrente, no se trata de donación anulable por falsedad de la causa, sino de donación nula por ser la causa ilícita y no entrar en juego la prescripción breve de la acción de nulidad que regula el artículo 1.301.

*Considerando:* Que el tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la vez sugestivo e intrincado, fué objeto de examen por esta Sala en múltiples sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades técnicas para delimitar el ámbito de la causa del contrato y el móvil que lleva a su celebración, hay casos en que una y otro se confunden y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito o inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa finalidad, apreciada en su conjunto; por lo que, aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, *se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legítimos de la mujer e hijos del donante la causa que domina y la razón de ser del contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del Código civil, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras sentencias en la de 12 de junio de 1941 y en la de 12 de abril de 1944.*

*Considerando:* Que por lo expuesto no es correcto el calificativo de contrato con causa falsa que el Tribunal de instancia ha dado a la donación, ni por esta vía se podría mantener la tesis de que el contrato es meramente anulable cuando la causa, aun siendo verdadera no es lícita, pues la ilicitud vicia sustancialmente el negocio y le vuelve radicalmente nulo, según se desprende de los términos en que están concebidos los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, siquiera no sean tan expresivos como los del artículo 985 y concordantes del proyecto del año 1851, que incluye explícitamente la licitud de la causa entre los requisitos esenciales del contrato, dando así mayor luz en materia de nulidad y anulabilidad, aunque en realidad no sea dudoso que los artículos 1.300 y 1.301 del Código vigente excluyen de su ámbito el contrato con causa ilícita, tanto porque la ilicitud equivale a carencia de causa según el artículo 1.275, como porque para nada se menciona el caso de ilicitud en el cómputo de los cuatro años que dura la acción de anulabilidad.

*Considerando:* En consecuencia, que por ser radicalmente nulo por carencia de causa el simulado negocio de compraventa

y nulo también absolutamente el disimulado de donación por ilicitud de la causa, procede casar la sentencia recurrida por la infracción apreciada de los artículos 1.275, 1.276 y 1.301 del Código civil, según se denuncia en el primer motivo del recurso, sin que sea preciso entrar en el examen del motivo segundo, que ha sido formulado subsidiariamente para el caso de que se estimase que la acción de nulidad entablada duraba solamente cuatro años.”

La doctrina que sanciona el Tribunal Supremo en la sentencia transcrita es verdaderamente transcendental, y a nuestro juicio se ajusta a las más elevadas exigencias de la moral y de la justicia.

Obsérvese que, con acierto y perspicacia, se declara la nulidad de la donación sin apoyarse ni en la teoría de la causa objetiva del contrato ni en la simulación realizada. El Tribunal Supremo evita ambos escollos con gran sagacidad.

Conforme a la teoría clásica de la causa objetiva, toda liberalidad es válida, cualquiera que sea el pensamiento que la haya inspirado y el fin perseguido por el donante. Y a esto no es óbice la circunstancia de que la liberalidad se disfrace bajo una compraventa, pues, como se sabe, la simulación por sí sola no es causa de nulidad: *plus valet quod agitur quam quod simulatur*. Probada la simulación, quedará al descubierto la liberalidad, que, a lo sumo, podría ser reducida—mas no declarada nula—si es que resultara inoficiosa.

Sólo era posible perseguir la conducta aviesa del fingido vendedor, acudiendo a la teoría de la causa individual, impulsiva y determinante (3), que aprecia los actos jurídicos en función de los móviles que lo han inspirado, para anularlos si son ilícitos o inmorales; teoría que, como bien indica SAIGET, corresponde a necesidades prácticas y aparece en la línea evolutiva de la causa, cuya historia se desarrolla constantemente (4).

La sentencia viene a decirnos en concreto—como ya apuntaran las de 28 de octubre de 1897, 12 de noviembre de 1920 y 19 de mayo de 1932—que la compraventa simulada para lesionar los derechos de un legítimo es inmoral y, por serlo, hace ilícita la causa de la liberalidad disfrazada, con lo que debe aplicarse el artículo 1.276 del Código civil, que sólo admite la validez del negocio disimulado cuando se pruebe que su causa existe y que, además, es lícita.

A la vista de esta doctrina de nuestro Tribunal Supremo, podemos afirmar, como conclusión interesante a nuestro objeto, que la donación disimulada bajo un contrato de compraventa y realizada con objeto de burlar los derechos legítimos de los herederos forzosos del otorgante, rebasando el área de los contratos simulados, penetra

(3) Vid. el comentario de BONET a la Sentencia de 12 de abril de 1944, en *Revista de Derecho privado*, XXVIII, 1944, pág. 549 y sig., y especialmente página 553, donde cita abundante bibliografía sobre el tema.

(4) *Le contrat immoral*, París, 1939, pág. 219.

en el campo de los negocios ilícitos y con ello adquiere el carácter de absolutamente nula.

Precisa notar, empero, que en algún supuesto la tesis contraria antes citada de DÁVILA GARCÍA debe considerarse exacta: tal ocurre en el caso de celebrarse una donación disimulada sin propósito de burlar los derechos sucesorios del donante.

Puede servir de ejemplo el que presenta JOLIVET al hablarnos de donaciones disimuladas por razones que no son de orden pecuniario, sino simplemente sentimental. Así, cuando un padre, que desea beneficiar a uno de sus hijos, pero siempre sin traspasar los límites de la disponibilidad legal, prefiere encubrir su donación bajo la apariencia de una compraventa, con el fin de evitar susceptibilidades de los otros hijos, que ignorarán, tal vez, lo sucedido, por lo menos hasta el momento de la muerte del padre (5).

Es de advertir, finalmente, que el heredero voluntario del heredero forzoso está legitimado—*iure transmissionis*—para ejercitar las acciones defensivas de la legítima no ejercitadas por el segundo. Así resulta de los artículos 657, 661 y 1.006 del Código civil y de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943.

### III. Aspectos del principio de intangibilidad de la legítima

A la hora de determinar el alcance del principio de intangibilidad de los derechos de los legitimarios, precisa hacer una advertencia preliminar de carácter sistemático, a saber: la de que la regla se desarrolla en otras dos distintas:

#### A) LA LEGÍTIMA NO SOPORTA CARGAS

Esta primera manifestación del principio se refiere a la titularidad del heredero forzoso sobre los bienes que se le asignan en pago de su legítima, y significa que éstos no pueden quedar sometidos a condición, término, carga modal o limitación de la facultad de disponer.

#### B) LA LEGÍTIMA DEBE PAGARSE, AL MENOS EN PRINCIPIO, "IN NATURA"

El principio se refiere a la composición material de la cuota legitimaria, esto es, a la clase de bienes en que debe ser satisfecha. Si la anterior prohibición significa que el causante es impotente jurídicamente para alterar la titularidad que la legítima supone, esta otra entraña para el causante un límite en lo que se refiere a la adjudicación o privación de ciertos bienes al legitimario (6).

(5) JOLIVET: *La validation des donations déguisées et ses conséquences en jurisprudence*, París, 1941, pág. 46.

(6) Estudia ampliamente la regla, con observaciones interesantes, JEANTET: *Le droit à la réserve en nature*, París, 1939.

Precisa, sin embargo, advertir con algún autor (7) que ambos principios, o, mejor, ambas manifestaciones del principio de intangibilidad, responden probablemente a un mismo fundamento, y por ello en la práctica es imposible en general deslindar los campos de aplicación respectivos.

### 1) Prohibición de imponer gravámenes de todas clases

Es norma fundamental en esta materia el artículo 813. párrafo segundo, cuyo tenor literal dice así, refiriéndose al testador:

“Tampoco podrá imponer sobre ella (se refiere a la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.”

El precepto, de redacción suficientemente clara en este punto para no requerir mayores comentarios, nos está diciendo que la nulidad es la sanción en él impuesta para los actos realizados por el causante que vulneren la prohibición que entraña. Pero además, y al hablarnos de testador, nos da resuelto el problema de cuáles son los actos por los cuales el *de cuius* no puede imponer los gravámenes a que en él se hace referencia. La prohibición alcanza sólo a los actos *mortis causa*. El causante sólo infringe esta norma a través de sus disposiciones testamentarias. Por acto *inter vivos* puede imponer sobre los bienes que han de formar parte de la cuota legitimaria toda clase de restricciones, que serán perfectamente válidas porque la garantía para la legítima viene por una vía completamente distinta: el bien deberá estimarse en su verdadero valor, esto es, descontando la cantidad en que su valor total venga disminuido por virtud del gravamen. Podrá ocurrir, en ocasiones, que los gravámenes sean de tal naturaleza que el legitimario se vea obligado, para lograr plenamente la satisfacción de sus derechos, a echar mano de la acción de reducción; pero ello nada tiene que ver con la sanción que el artículo 813 lleva consigo, dado que los actos realizados son, como queda dicho, perfectamente válidos.

Para determinar la esfera de aplicación de la norma, conviene examinar ciertas excepciones al principio general en ella comprendido, excepciones que de antemano podemos calificar de aparentes en cuanto no rozan para nada el contenido de la misma. Son las siguientes:

a) La consagrada en el propio artículo 813 párrafo segundo, *in fine*, que constituye una norma de remisión a las disposiciones reguladoras del usufructo del viudo (arts. 834 y 835), de cuyo examen conjunto parece desprenderse la existencia de un gravamen sobre la legítima de los hijos o descendientes.

b) La contenida en el artículo 840, de cuya lectura parece dedu-

(7) FRETTEL, en su fundamental obra *L'inviolabilité de la réserve légale*, París, 1869, núm. 504.

cirse la existencia de un gravamen por el valor de los gastos de entierro y funeral sobre la legítima de los hijos naturales reconocidos.

c) La tipificada en el art. 841, en referencia también a la legítima de los hijos naturales legalmente reconocidos y al supuesto de concurrencia con el cónyuge superviviente.

En estos tres casos es bien fácil comprobar que no se trata de excepciones al principio general del artículo 813, 2.º, por cuanto tal norma hace referencia a gravámenes impuestos en su testamento por el *de cuius*, y en los supuestos que quedan examinados se trata de cargas establecidas por imperativo de la ley y no por voluntad del causante.

d) Una nueva excepción, a primera vista dotada de mayor efectividad, nos la da el artículo 824, conforme a cuyo tenor literal "no podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes".

Como tengo dicho en otro estudio anterior (8), la inteligencia de la frase "en favor de los hijos o sus descendientes", ha ocasionado una polémica entre los autores, opinando los más (9)—con argumentos, a mi juicio, decisivos—que sólo pueden ser beneficiados con el gravamen los hijos y descendientes legítimos del causante, únicas personas que pueden ser destinatarias de la mejora misma (10).

Con esto resulta claro que no estamos en presencia de una excepción de la regla del artículo 813, sino ante el simple acoplamiento de la misma al caso singular del tercio de mejora, caracterizado por ser una legítima colectiva, que se debe a los descendientes como grupo y no aisladamente (11), por lo cual puede distribuirse como plaza al causante, siempre que lo haga en el círculo de personas entre las cuales por imperativo de la ley ha de distribuirse, es decir, siempre que lo haga entre los legitimarios de la mejora.

Finalmente, y para terminar esta consideración general, baste decir que por la regla del artículo 813, 2.º, resultan prohibidos toda clase de gravámenes. SÁNCHEZ ROMÁN afirma que en la prohibición vienen comprendidos así los gravámenes *reales* como los *persona-*

(8) *La mejora en el sistema sucesorio español*, Coimbra, 1946, págs. 7 y 11.

(9) Vid. por todos MORELL: *Mejoras*, en "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", LXXXIII, 1893, pág. 561 y sig.

(10) Es curiosa la posición contraria sostenida por GONZÁLEZ REBOLLAR. Para reducir el art. 824 a su tesis de que no es posible mejorar a los nietos en vida de su padre, estima que existe contradicción entre dicho precepto y el art. 813. Este último es de carácter terminantemente prohibitivo (no permite otro gravamen sobre la mejora que el usufructo legal en favor del viudo), mientras que el primero es permisivo o simplemente facultativo, por lo cual—a su entender—debe ser sacrificado, ya que cualquier uso que se hiciese de la facultad en él concedida incidiría necesariamente en la prohibición del otro. (*Sobre mejoras a los nietos en vida de su padre*, en "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CV, 1904, páginas 8 y 9.)

(11) Acertadamente decía el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de octubre de 1867: "es regla elemental de Derecho que el tercio de mejora no forma parte de la legítima de ningún descendiente en particular".

les (12). Aunque no aparece del todo claro lo que quiere decir con la expresión de "gravámenes personales", no puede dudarse que al testador no le es dado establecer ningún derecho real, condición, término o carga modal. Lo mismo ha de decirse de las sustituciones fideicomisarias por cuanto implican una prohibición de disponer: resulta del propio artículo 813 y lo confirma el 777. En resumen: el testador no puede establecer sobre la legítima gravamen de ninguna clase.

## CASOS CONCRETOS

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de fijar en distintas sentencias la extensión y el significado del principio que acabamos de examinar. Entre los diferentes supuestos concretos que fueron objeto de sus resoluciones merecen mencionarse los que siguen:

- a) *Prohibición impuesta por el causante al legitimario de practicar la división judicial.*

Es punto claro acerca del cual ha hecho precisas declaraciones la jurisprudencia, estableciendo como inconcusa la doctrina de que los herederos forzosos se encuentran facultados para solicitar la división judicial de la herencia no obstante la prohibición del testador de que intervenga la autoridad jurisdiccional en las operaciones particionales. Así lo establecen, entre otras, las sentencias siguientes:

*Sentencia de 8 de febrero de 1892:*

"La prohibición del testador en punto a la intervención judicial en su testamentaria, no tiene eficacia ni por la legislación antigua ni por la vigente, en cuanto condiciona los derechos legítimos de los herederos necesarios de aquél."

*Sentencia de 17 de octubre de 1893:*

"La prohibición impuesta por el testador para la promoción del juicio voluntario de testamentaria, únicamente alcanza a los herederos voluntarios y a los legatarios de parte alícuota, no pudiendo de ningún modo ser extensiva a los forzosos como son los hijos por razón de su legítima, en la cual suceden con y sin la voluntad de los padres, y la tienen que percibir libremente sin ningún gravamen, según el artículo 813 del Código civil, lo cual no acontecería si se limitase por el testador el ejercicio legítimo que la ley concede a los herederos forzosos para promover dicho juicio."

---

(12) *Estudios de Derecho civil*, VI, 2.º, Madrid, 1913, pág. 935.

*Sentencia de 14 de mayo de 1895:*

“La facultad que con arreglo al artículo 1.057 del Código civil pueden conferir los testadores a cualquier persona que no sea uno de los coherederos para hacer la partición, no altera ni modifica el derecho que conceden a los herederos legítimos los artículos 1.037 y 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil para promover el juicio voluntario de testamentaria, sin que se entiendan privados de ejercitarle cuando el testador prohíbe la intervención judicial en la testamentaria, prohibición que sólo alcanza, como expresamente dispone el 1.039, a los herederos voluntarios y a los herederos de parte alícuota, porque a éstos se les puede condicionar por el testador su porción hereditaria, lo que no acontece con los forzosos, como son los hijos, por razón de su legítima, en la que suceden con o sin la voluntad de los padres, y tienen que percibirla, con arreglo al artículo 813 del Código civil, libremente y sin condición ni gravamen alguno, lo que no acontecería privándoles el testador el ejercicio legítimo que la ley les concede para promover el juicio voluntario de testamentaria.”

*Sentencia de 24 de diciembre de 1895:*

“El heredero forzoso tiene el derecho, aun contra la voluntad del testador, de promover el juicio voluntario de testamentaria cuando así lo estime conveniente a sus intereses, no habiendo prescrito.”

- b) *Retención de los bienes hereditarios por los albaceas ordenada por el causante.*

Lo examina el Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 1905:

“*Considerando:* Que si bien es principio de derecho, admitido tanto en nuestra antigua legislación como en el vigente Código civil, que la voluntad del testador debe ser respetada en los términos con que el mismo la consigne en su testamento, también es axiomático en las mismas legislaciones que las facultades de aquél no pueden alcanzar hasta el punto de perjudicar con su ejercicio los derechos legítimos de sus herederos forzosos, según claramente se consignó en las leyes 17, título I, y 11, título LV, de la Partida II, disponen los artículos 763, 2.º, 813, 901, 1.056 y otros del Código civil y lo confirman los preceptos de la ley adjetiva, como se deduce de lo expresado en el artículo 1.046 de la de Enjuiciamiento civil.”

“*Considerando:* Que la disposición establecida por N. N.,

relevando de la obligación de rendir cuentas a sus albaceas, y previniendo que éstos cuiden del caudal hereditario y tengan a su cargo todos los bienes que lo constituyan hasta que, otorgada la escritura de partición, perciba cada interesado lo que se le adjudique en pago de su haber, no puede menos de estimarse, dadas su generalidad y amplitud, como atentatoria a los derechos que en la herencia concede la ley a los hijos de la testadora, que, como tales, son herederos forzosos de la misma, pues siendo indiscutible el derecho de éstos a promover el juicio voluntario de testamentaria, a los trámites y prescripciones del mismo debe ajustarse su sustanciación, salvo lo dispuesto en el artículo 1.096 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto a la retención por parte de los albaceas de la administración del caudal hereditario hasta entregarlo a los herederos, lo que no obsta a la rendición de cuentas y demás acordado en el auto recurrido al efecto de salvar y garantizar los derechos de los herederos legitimarios, debiendo entenderse en este sentido limitado el precepto del artículo 1.096 del mismo modo que expresamente lo está el 1.046 de la indicada ley procesal; deduciéndose por ello que el referido auto, respetando el principio de que los testadores no pueden perjudicar los derechos de los herederos forzosos, estima acertadamente que, a pesar de lo establecido por la testadora en la referida cláusula de su testamento, deben los administradores o albaceas desempeñar su cometido con arreglo a las prescripciones de la ley de Enjuiciamiento civil que menciona.”

- c) *Imposición a los legitimarios de un administrador inamovible de los bienes otorgados en pago de la legítima.*

El Tribunal Supremo en sentencia de 15 de diciembre de 1922 declaró, interpretando la ley 27 de Toro con referencia a un testamento otorgado antes del Código civil, que no debe considerarse como gravamen de la mejora el relativo a la administración, en cuanto que sólo impropiamente puede calificarse de gravamen “la restricción temporal en el manejo de dicha clase de bienes”.

Contra esta doctrina pueden verse las razones aducidas en la consulta número 153 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (13). Con acierto se indica en esta consulta que no debe hablarse en tal caso de “restricción temporal en el manejo de los bienes”, sino de “entrega de los bienes en administración”, lo cual constituye, sin duda alguna, un gravamen prohibido, en cuanto se merman las facultades del legitimario, al imponerle un administrador forzosos, que no puede despedir.

---

(13) Tomo CL. 1927, págs. 127 y 128.

## 2) Intangibilidad cualitativa de la legítima

El segundo de los dos principios en que se manifiesta el de inviolabilidad de los derechos de los legitimarios, constituye lo que la doctrina extranjera llama *intangibilidad cualitativa de la legítima* y que los autores expresan diciendo que la cuota de los herederos forzosos debe satisfacerse en *cuerpos hereditarios*. Se trata de una mera consecuencia del carácter de heredero del legitimario, que le lleva a formar parte de la comunidad hereditaria, descompuesta en tantas comunidades parciales como elementos integran el patrimonio relicto (14).

Desenvolviendo el principio, la doctrina hace notar que el testador no puede cumplir su obligación legitimaria atribuyendo bienes en nuda propiedad al heredero forzoso y otorgando a un tercero el usufructo de los mismos, o viceversa (15). Es de señalar, empero, que tal prohibición de desdoblarse el derecho de dominio entre un tercero y el legitimario no agota, según vamos a ver, el contenido de la regla.

Conviene recordar a este propósito las indicaciones de ROCA SASTRE al ocuparse incidentalmente del problema en su estudio sobre la *Naturaleza jurídica de la legítima* (16). El causante—dice este autor—, en conformidad con el artículo 815, puede libremente elegir la forma jurídica de este cumplimiento (se refiere al cumplimiento del deber legitimario) tanto respecto de su configuración (institución de heredero, legado o donación), como en cuanto a la expresión objetiva del valor que destina o asigna a los legitimarios (inmuebles, muebles, valores o créditos, metálico, etc.). La única limitación que en este punto tiene el causante (aparte de la imposibilidad de gravar la legítima) es que el valor económico fijado por la ley debe ser atribuido a los legitimarios en general en substancia, o sea no desdoblado en usufructo y nuda propiedad.

Esto no es exacto en términos generales. Responde al preconcepto de ROCA, que concibe la legítima como *pars valoris bonorum*. Veamos en qué medida es admisible y en cuál debe rechazarse su afirmación por lo que se refiere al punto que examinamos.

Desde luego, el causante tiene libertad para atribuir al heredero forzoso en pago de su derecho cualquiera de los bienes del caudal:

(14) Seguimos en este punto la doctrina que niega la existencia del llamado "derecho hereditario en abstracto". Cfr. CAMORRO: *Los derechos hereditarios*, en "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", 1941, tomo I, pág. 320; NÚÑEZ LAGOS: *Nota a la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 25 de noviembre de 1942*, en "Información jurídica", núm. 24, enero de 1944; y SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, página III y sig.

(15) Cfr. PORPETA: *Naturaleza de la legítima*, en "Estudios de Derecho sucesorio". Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1946, página 195, que expresa con un ejemplo muy claro la imposibilidad legal de que se satisfaga el derecho del legitimario mediante un derecho de usufructo destinado para tal fin por el testador.

(16) *Revista de Derecho privado*, XXVIII, 1944, pág. 185 y sig.

relicto, pero es preciso en todo caso que esos bienes se encuentren ya integrando la herencia. Puede incluso ordenar que se le pague en metálico cuando éste sea suficiente; pero ello no por la regla del artículo 815, sino en virtud de la contenida en el apartado 1.º del 1.056. Por virtud de lo dispuesto en esta norma, el causante puede, por acto entre vivos o de última voluntad, hacer la división de sus bienes en tanto que con ello no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Practicada tal división, como quiera que habrá de pasarse por ella conforme al mismo artículo, la comunidad hereditaria no se produce y el heredero legitimario tiene que someterse a la voluntad del testador (17).

Resulta, pues, que ROCA tiene razón al decir que el testador puede determinar los bienes que han de integrar la cuota de legítima, pero le falta al afirmar que esa facultad es omnimoda. Partición es atribución (18). El causante no puede ordenar el pago de la legítima en metálico, porque así resulta de la prohibición que de antiguo se establece en lo que mira a la enajenación de bienes de la herencia en el caso concreto de que existan herederos forzosos, cuando el metálico existente en la herencia no baste para el pago.

Así resultaba del artículo 20 de la antigua ley Hipotecaria, en el que no se permitía la enajenación de ningún elemento patrimonial sin la precisa intervención y consentimiento de los herederos forzosos, doctrina que, aunque expresada en términos indirectos y circunscrita a los bienes raíces, fué comúnmente recibida tanto respecto de los inmuebles como de los muebles, aplicándose a todas las enajenaciones en general. Desaparecida en la actualidad dicha disposición del artículo 20, no por ello se cancela la prohibición; antes al contrario, sigue contando con un sólido punto de apoyo en el artículo 1.056 del Código civil, cuyo párrafo segundo no tendría ninguna razón de ser si el pago de la legítima en dinero fuese admitido y permitido como regla general (19).

## CASOS EXCEPCIONALES

El Código contiene las siguientes excepciones al principio de que la legítima debe ser satisfecha en cuerpos hereditarios:

1.º La ya mencionada del artículo 1.056 párrafo segundo.

“El padre que, en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá

(17) Vid. ORTEGA PARDO: *Naturaleza jurídica del llamado “legado en lugar de legítima”*, Madrid, 1945, págs. 145-46. Es de interés sobre el alcance del artículo 1.056 la Sentencia de 6 de marzo de 1945.

(18) Son de interés las observaciones de MARÍN LÁZARO en su trabajo *La partición de la herencia hecha por acto “inter vivos”*, “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, LXXXIX, 1944, pág. 213 y sig.

(19) PORPETA, op. cit., págs. 201-202.

usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos.”

2.º La más aparente que real del artículo 838.

“Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia o los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo, y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge viudo.”

3.º La contenida en el artículo 840, párrafo segundo.

“Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación.”

4.º La recogida en el artículo 829 en referencia al supuesto de mejora en cosa determinada.

“Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.”

En resumen podemos sentar, como principio general de nuestro sistema sucesorio, que el legitimario tiene derecho a percibir *in natura* los bienes de la herencia, por ser comunero, salvo lo establecido para el cónyuge viudo y los hijos naturales en los artículos antes transcritos, lo cual es consecuencia del carácter especial de su legítima. Junto a ese principio general que constituye una limitación del causante, goza éste de cierta autonomía para influir en la formación de la cuota legitimaria: al amparo del artículo 1.056, párrafo 1.º, puede asignar uno o varios de los bienes que a la hora de su muerte se encuentran en su herencia al legitimario, sustrayéndolos de la comunidad hereditaria; y puede también ordenar el pago de la legítima en dinero directamente, en el caso del artículo 1.056, párrafo 2.º, y por vía indirecta en el supuesto del artículo 829.

#### IV. Cautela sociniana o gualdense

La cautela gualdense o de Socino constituye un procedimiento que permite al testador, con una fórmula determinada, pasar por encima de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima. Aparece, a semejanza de las restantes cautelas, como “un remedio de los juristas sobre el modo de concluir prudente y exactamente los actos jurídicos

o de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de los principios de Derecho" (20).

Sancionado ya en el Derecho romano el principio de que sobre la cuota legítimaria no puede el testador constituir gravamen ni condición alguna, pasa al Derecho común y es en el seno de éste donde las conveniencias familiares comienzan a abrir brecha en el dogma y los juristas se preocupan de hallar una fórmula hábil que permita armonizar el derecho de los descendientes a la legítima con cierta libertad de imponer gravámenes, condiciones y sustituciones reconocida al ascendiente y al servicio de su poder familiar (21). Tal fórmula la constituye la cautela sociniana, así llamada por ser MARIANO SOCINO el JOVEN (22) quien en sus *Consilia* hace la primera exposición clara de la misma (23). Parece empero, y así resulta, en efecto, del texto de la *prima pars consiliorum*, en que dicha exposición se contiene, que no es SOCINO quien ideó el procedimiento. LUCCA dice (24) que con anterioridad a él fué la fórmula empleada por ANGELO DEGLI URALDI (*Prohibentes*, de la Auténtica) y por DURANTE (25), y a uno y otro autor suele atribuírsele la dogmática moderna (26).

El caso sometido al dictamen de SOCINO era el de un noble florentino que nombró herederos universales a dos de sus hijos, y al tercero, llamado Juan, le dejó un legado superior a la legítima, pero con el gravamen de restitución si moría sin hijos, añadiendo que de no conformarse con la voluntad del testador, recibiendo el legado en la forma por él dispuesta, lo perdería, sin más derecho que la legítima estricta. Muerto el padre, Juan aceptó el legado en las condiciones dichas, falleciendo después sin hijos, y bajo testamento por el cual instituyó heredero a un extraño, al cual reclamaron los hermanos de Juan los bienes que a éste dejara su padre. Ante esta demanda, alegó el heredero de

(20) BRUGI: *Cautela*, en "Il Digesto italiano", vol. VII, parte primera, Torino, 1887-96, pág. 657. Puede verse abundante literatura sobre cautelas en MARTINI LIPENIT: *Bibliotheca Realis Juridica*, tomus primus, Lipsiae, MDCCCLVII, voz "Cautelae", págs. 198 y 199.

(21) NICOLA STOLFI y FRANCESCO STOLFI: *Il nuovo Codice civile. Libro delle successioni e donazioni*, Napoli, 1941, pág. 145.

(22) Nieto de Bartolomé Socino. Nació en Siena en 1482 y murió en Bolonia en 1566, después de haber enseñado allí, en Siena, Pisa y Padua. Fué maestro de Antonio Agustín y de Pancirolo. Vid. KUTTNER: *Socino Mariano Iunior*, en "Nuovo Digesto italiano", XII, parte primera, Torino, 1939, pág. 543.

(23) *Prima pars consiliorum*. Cons. CXXXII, Lugduni, 1550, folios 234 y 235; titula el argumento: "De filio, cui certa bona reliquuntur cum onere fideicommissi, cum hac clausula quod si non contentatur, habeat suam legitimam tantum".

(24) *Theatrum veritatis et justitiae*. Liber nonus, Venetiis, MDCCXVI, pars III, disc. XVIII, n. 5, pág. 275. Vid. también RUNDE: *Progr. de usu linguaevae cauciacae quem vocant Socini, ante ipsum Socinum*, Cassel, MDCCCLXXVI,

(25) *De arte testandi et cautelis ultimorum voluntatum tractatus*, Romae, MDXL, Cautela XXXI, n. 6, folio LXVI vuelta.

(26) Atribuyen a Angelus la cautela PEDRO FRANCISCO DE TONDUTI: *Quaestionum et Resolutionum Civilium*, Lugduni, MDCLXXXIX, pars II, cap. CLXVI, n. 5, pág. 145, y BARTOLOMÉ CEPOLLA: *Tractatus cautelarum, Varii Tractatus*, Lugduni, MDXLVII, Cautela XXI, pág. 698.

Juan que de tales bienes debía detraerse la legítima de Juan, y además la trebeliánica. Socino opina en su dictamen que tienen razón los hermanos de Juan y no su heredero, pues el padre le puso en la alternativa de aceptar el legado con la carga del fideicomiso o recibir la legítima con todos sus privilegios; de sólo el arbitrio de Juan dependía inclinarse por uno de estos dos términos, con lo cual no puede decirse que su padre le hubiese privado de la legítima, tanto más cuanto que le había otorgado una compensación por medio del legado.

Según resulta de lo anterior, la cautela sociniana no es otra cosa que una cláusula testamentaria en virtud de la cual se grava o condiciona de algún modo la legítima, pero dejando al legitimario la facultad de optar entre recibir la legítima con tales limitaciones y, además lo que a su favor establece el causante en una disposición complementaria; o contentarse con la cuota estricta, perdiendo los beneficios que el testador le atribuye bajo condición. Es, en realidad, una invitación del causante al legitimario, invitación dirigida a lograr el libre sometimiento del segundo a la voluntad del primero. Por su virtud, dos soluciones distintas se ofrecen al heredero forzoso, al que compete decidir cuál de ellas es la más favorable a sus intereses. Se trata de una disposición que a su favor realiza el causante sometida a la condición de recibir la cuota legitimaria con ciertos gravámenes y limitaciones; disposición que en nada atenta a sus derechos, por cuanto es libre en todo momento para rechazar la oferta y percibir, sin limitación alguna su legítima estricta (27). Por este motivo, porque todo depende de la libre voluntad del legitimario, debe evidentemente rechazarse por exagerada la opinión de aquellos autores (28) que no vacilan en calificar de inicuo el procedimiento que la cautela ofrece como instrumento hábil para burlar en cierta medida el principio de que la cuota legitimaria ha de ser transmitida libre de todo gravamen o limitación (29).

(27) Los autores insisten en la libertad que tiene el legitimario para aceptar el gravamen. Así, CÁNCER escribe: "Et si bene attendas, hoc casu non dicitur filius gravari in legitima: nam si ipse magis velit legitimam, quam relictum, in manu sua est" (*Variarum Resolutionum Iuris Caesari, Pontificii, et Municipalis Principatus Cathalonniae, pars prima*, Lugduni, MDCLXX, cap. III, n. 37, pág. 70). (28) CRELL: *Diss. de cautela socini, et quando illa sit inutilis*, Viterbo, MDCCLXI, y LEYSER: *Meditation. ad Pandect.*, Specim. XCIII, medit. 1, y Specim. CCCXCVI, medit. 3.

(29) En contra de la cautela se alegó también: 1.º, que las condiciones impuestas a la legítima se consideran como no escritas, en tanto que no dan lugar a la querrela de inoficioso testamento; 2.º, que la renuncia de los derechos legitimarios ha de ser expresa (C. ley 35, lib. 3.º, tit. 28), y no se presume tácita por la simple aceptación del legado, y 3.º, que la ley 27, lib. 35, tit. 2.º del Digesto trata con respecto a la cuarta Falcidia de un caso igual, en el cual, a pesar de haber adido la herencia, se consideró como no escrita aquella condición. Tales razones no convencieron a la mayoría de los autores, que aceptaron plenamente la validez de la cautela. Sirvan de ejemplo WARKÖENIG: *Commentarii Juris Romani Privati*, III, Leodii, MDCCCXXIX, lib. V, cap. II, § II, n. 1.027, página 292, y MÜHLENERUCH: *Doctrina Pandectarum*, Bruxellis, 1858, § 680, página 613.

Formulado ya el concepto de la cautela gualdense, conviene ahora descender al detalle recogiendo las opiniones de la doctrina y de la jurisprudencia al objeto de determinar su juego y los límites que a su aplicación resultan de la naturaleza misma de las cosas.

Se ha dicho por algún autor (30) que cabe una *cautela sociniana tácita* en cuanto debe entenderse establecida en toda disposición del testador que grave la legítima. No pasa de ser una posición aislada. La *communis opinio* admite tan sólo una cautela expresa. La cláusula, se dice, ha de resultar de la voluntad expresa del testador, no pudiendo, en ningún caso, sobreentenderse (31).

Es de notar también que para LOSANA (32) la cláusula es inútil e ineficaz: "Inútil, dice, cuando el legado, no obstante la carga aneja, igualase o superase el importe de la legítima, porque debiendo el legítimo imputar a la cuota reservable el legado recibido, el exceso en hipótesis vendría a completar íntegramente su porción legítima. Ineficaz cuando el legado, con la carga aneja, viniese a resultar inferior a la legítima. Estando la legítima sustraída al arbitrio del testador, cualquier exigencia o condición tendente a defraudar su legítimo derecho en todo o en parte de la porción al mismo reservada, debería estimarse contraria a la ley y, por consiguiente, *pro non scripta*. Y no se diga que el legítimo tiene plena facultad de exigir la legítima que le corresponde por ley; y que, renunciando y aquietándose al querer del testador, no cabe más que imputarle a él la mala elección hecha; porque la condición establecida por el testador aneja a su liberalidad, tendiendo en sustancia a constreñir al legítimo a aquietarse con un emolumento inferior a la legítima, estaría inspirada en un sentido totalmente contrario a la ley."

La tesis de LOSANA, que aparece totalmente aislada en la doctrina de su país, dista mucho de ser convincente (33). Frente a ella es fácil demostrar la utilidad de la cautela por una sencilla consideración. Cuando la cláusula aparece en el testamento pueden tener lugar una de estas

El parecer de los autores del Derecho común puede verse en MERLINO: *De legitima tractatus absolutissimus*, Genevae, MDCLXIV, lib. III, tit. II Quaest. VII, VIII y IX, pág. 392 y sig.

Entre nosotros se ocupa ampliamente de la cautela y recoge abundantísima doctrina JUAN DEL CASTILLO SOTOMAYOR: *Quotidianarum Controversiarum Juris*, tomo V, Coloniae Allobrogum, MDCCXXVI, cap. LXIV, pág. 34 y sig.

(30) CRAMER: *Progr. de Cautela socini abundante*, Marb., MDCCXLI, n. 23.

(31) GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, libro V, Milano, 1893, pág. 422. que cita a KOCH: *Ueber die socinische Cautel*, Giessen, 1768, § 10.

(32) *Successione testamentaria* en "Digesto Italiano" n. 358.

(33) Cfr. SALIS: *La successione necessaria nel Diritto civile italiano*, Padova, 1929, pág. 130 y sig.; y después de la reforma del Código, CICU: *Successione legittima e dei legittimari*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, 1943, págs. 192-193.

La validez de la cautela es también defendida por la doctrina francesa, alemana y austríaca. Vid. AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, VII, París, 1875, § 679, pág. 765; CROME: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, V, Tübingen, 1912, § 701, pág. 441; y BARTSCH: *Das Osterreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, IV, Wien, 1942, n. 301, pág. 83.

dos cosas: la aceptación por el legitimario de la cuota gravada más la disposición que para tal supuesto hace el *de cuius* con carácter complementario, o el no sometimiento a la condición potestativa impuesta y consiguiente percepción de la legítima estricta, sin gravamen ni limitación de ninguna clase. Si, por el contrario, la cautela no existiese, debería estimarse nulo el gravamen, y recibiría entonces el legitimario lo que el testador le dejó, que sobrepasa su cuota legal, pero sin trabá ninguna.

Frente a la cautela gualdense el Tribunal Supremo ha fijado su posición admitiendo la cautela expresa (sentencia de 29 de diciembre de 1939) y rechazando la tácita (sentencia de 18 de noviembre de 1930).

*Sentencia de 29 de diciembre de 1939:*

“*Considerando:* Que la cuestión principal que en este litigio se debate versa acerca del contenido y efectos jurídicos de la cláusula inserta en el testamento otorgado por D. N. N., por la que legó a su hijo X, en pago de su legítima paterna y demás derechos que pudiera pretender en los bienes del testador y como mera liberalidad en cuanto de dichos derechos excediese la cantidad de trescientas setenta y cinco mil pesetas, que habrían de invertirse por los albaceas, en su mayor parte posible, en bienes inmuebles, sustituyendo al legatario para después de su muerte los hijos del mismo, si los dejare, o, en otro caso, los descendientes del testador en el modo en que en dicho testamento se detalla, y al propio tiempo dispuso que si el referido legatario no aceptaba dicho legado en los términos y con las condiciones señaladas, o impugnaba algunas o todas ellas, quedaría tal disposición sin efecto, y en su lugar, para este caso, legaba a su mencionado hijo la cantidad que en concepto de legítima le correspondiera.

*Considerando:* Que acerca de la disposición referida hay que examinar si al sujetar el testador el legado de 375.000 pesetas al gravamen de la sustitución expresada, y una vez aceptado este legado en las condiciones que el testador estableció por su mencionado hijo X, quedó íntegro, sin embargo, el derecho de éste a percibir su legítima libre de todo gravamen, ya que, según el artículo 813 del Código civil y la *Constitución 2.ª, libro V, ley 6.ª, de la Compilación catalana*, que el recurrente invoca, la legítima no puede estar sujeta a gravamen, condición ni sustitución.

*Considerando:* Que dependía de la voluntad del legatario preferir su legítima estricta libre de todo gravamen, con lo cual quedaban satisfechos sus derechos hereditarios, pero habiendo optado por el otro término de la disyuntiva aceptando expresamente, sin ninguna reserva, el legado de las 375.000 pesetas,

de mayor cuantía que la legítima, en los términos y con las condiciones consignadas en el testamento, debe entenderse aceptado el gravamen de la sustitución tal como en dicho testamento se consigna, es decir como extensivo a la totalidad del legado, y, en consecuencia ha de estimarse renunciado, por incompatible con lo que el propio legatario libremente eligió, su derecho a la legítima libre, en cuanto este derecho se oponga a la sustitución referida, ya que tratándose de una facultad de opción entre dos términos podía elegir uno u otro, pero no conjuntamente los dos, es decir, la libertad de la legítima estricta y al propio tiempo la ampliación de su derecho legitimario a una cuantía notablemente mayor, por lo cual no pueden reputarse infringidas las citadas disposiciones, que están encaminadas a salvaguardar los derechos de los legitimarios, asegurándoles un mínimum de participación en la herencia, pero no tratan de perjudicarles impidiéndoles utilizar una opción que pueda reportarles mayores beneficios que los que su derecho estricto les otorga.”

*Sentencia de 18 de noviembre de 1930.*

Una mujer viuda otorga testamento en 1923, estableciendo que “instituye y nombra por sus únicas y universales herederas a su hija, en plena propiedad y para siempre, y si ésta falleciese antes que la testadora o después sin sucesión, a sus hijastras, a quienes instituye en segundo lugar, también en plena propiedad y por iguales partes”. Fallecida la hija después de la testadora, bajo testamento otorgado en 1925 en que instituye heredero universal a otro pariente, se discute si los sustitutos testamentarios de la viuda suceden en todos los bienes dejados a su hija o si en ellos corresponde alguna porción al heredero de ésta.

El Tribunal Supremo entiende que la madre no puede gravar ni condicionar la legítima de su hija en forma alguna, a tenor del artículo 813 del Código civil, y que, por tanto, el gravamen impuesto a favor de sus hijastras debe entenderse reducido solamente al tercio de libre disposición, quedando los dos tercios restantes, constitutivos de la legítima—según el último párrafo del artículo 808—en la plena disponibilidad de la heredera primera (34).

Comentando la primera de estas dos resoluciones jurisprudenciales,

---

(34) Otro ejemplo de la utilidad de la cautela puede verse en el dictamen de DON ANTONIO MAURA, a propósito de cierto testamento que se estimó nulo en una de sus cláusulas por gravar la mejora en favor de extraños, no obstante haberse beneficiado a los mejorados con el tercio de libre disposición. (Vid. A. MAURA: *Dictámenes*, III, 1930, pág. 67 y sig.) De haberse utilizado la cautela, hubieran prosperado las disposiciones del testador, tanto en este caso como en el de la Sentencia de 18 de noviembre de 1930.

afirma DONDERIS (35) que en ella "... se mantiene y afirma no tanto la validez de la disposición del testador cuanto el principio de la irrevocabilidad de los actos propios del heredero, hechos sin ninguna reserva. La eficacia del testamento prevalece conforme al postulado socino *non ex intrinsicâ validitate dispositionis patris sed ex filii approbatione*. La cláusula cautelar hace al propio heredero juez y árbitro del conflicto concediéndole la opción en el dilema que su causante le plantea".

Pero en lo que no acierta DONDERIS es al afirmar que en nuestro ordenamiento no existe ninguna norma para fundar la cautela. El artículo 820, 3.º, del Código civil puede servir para fundar la licitud de la cautela, al disponer, refiriéndose a la manda consistente en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, que "los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador" (36).

Debe notarse que la afirmación de la validez de la cláusula gualdense no puede formularse con carácter absoluto y que, en determinadas ocasiones, debe tenerse por no puesta. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el testador grave la legítima y atribuya al titular de ésta un legado prohibiéndole exigir a los coherederos la formación de inventario. La cautela es entonces ilícita por cuanto priva al heredero forzoso de la única vía de averiguación de la cuantía de su cuota y viene de tal modo a cercenarle los derechos que la ley le reconoce (37).

La cautela de SOCINO puede ser una fórmula útil para dar solución, imposible por otro camino, a ciertos problemas prácticos de importancia. Así, la cuestión del usufructo universal del viudo. Así también la orden de pago de la legítima en metálico. Es cierto que no se trata de un camino seguro, pero no lo es menos que son muchas las probabilidades de éxito. En general, la cláusula cautelar permite la imposición de un gravamen de cualquier clase.

Finalmente es de interés recoger aquí la opinión de algún autor en materia íntimamente relacionada con la examinada. Nos referimos a las afirmaciones de DÁVILA y VIRGILI SORRIBES.

(35) *De la cautela gualdense o de Socini*, en "Revista general de Derecho", I, 1945, pág. 17.

(36) El precepto tiene su antecedente en el art. 917 del Código francés y en el 810 del italiano de 1865, que toman por base los autores de esos países para fundar la validez de la cautela en sus ordenamientos. Nuestro legislador lo tomó del art. 649 del Proyecto de 1851. (Vid. GARCÍA GOYENA, II, pág. 99.)

(37) El parecer de los antiguos autores sobre este punto puede verse en GLÜCK, op. cit., págs. 422 y 423. Por las mismas razones debe estimarse inválida, aunque se le acompañe de la cautela, la prohibición del testador de que sus herederos forzosos practiquen judicialmente la división. Vid. en tal sentido FRETTEL, op. cit., números 335 y 336; DE PIRRO: *Contributo alla dottrina della legittima*, en "Rivista italiana per le scienze giuridiche", XXI, 1896, pág. 235 y sig., y LEONARDO COVIELLO: *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1938, página 322.

A juicio de DÁVILA (38), el testador puede imponer al legitimario, cuando éste es heredero, todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, por la necesidad en que el último se encuentra de aceptar la herencia en la forma que se le asigna o renunciar a ella enteramente. La doctrina no resiste la comparación con el artículo 813 del Código civil y debe, en consecuencia, ser rechazada por inexacta (39). Según queda dicho, los gravámenes sólo pueden venir impuestos por la vía indirecta de la cautela gualdense.

En opinión de VIRGILI SORRIBES (40) el legitimario tiene que respetar las enajenaciones de bienes reservables hechas por su causante porque hay que entender ordenada *implicitamente* en tales supuestos la cautela sociniana. La afirmación—que no es otra que la de posibilidad de una cláusula de SOCINO tácita, sólo admitida por escaso número de autores—se viene abajo ante la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1930 (41).

## V. Limitaciones impuestas al futuro heredero forzoso. Análisis del artículo 816 del Código civil

El Código civil, después de haber proclamado la intangibilidad de la legítima frente al testador en su artículo 813, se preocupa de defenderla contra los actos de los herederos forzosos al declarar en el 816 que *“toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la renuncia o transacción”*.

### A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La norma, reproducción casi literal del artículo 656 del Proyecto de 1851, carece, en nuestro Derecho, de antecedentes históricos directos. No puede decirse en efecto, que sea una derivación completa, ni mucho menos una reproducción exacta de la Ley 13, Título V de la Partida V, citada generalmente como precedente más inmediato y prohibitiva de los pactos sucesorios, aunque permisiva de la enajenación por venta “de todas las ganancias o derechos que han de venir por razón de heredamientos, onde quier que vengan”, sobre todo cuando se designaba a las personas de cuya sucesión futura se tratase. Con

(38) DÁVILA: *Herederos y legitimarios*, “Revista crítica de Derecho inmobiliario”, XX, 1943, pág. 670.

(39) En contra de DÁVILA, vid. SOLS: *El heredero. Ideas para su estudio*, en “Revista crítica de Derecho inmobiliario”, XXI, 1941, pág. 568 y sig., y especialmente 578.

(40) Op. cit., págs. 492 y 493.

(41) Contra el parecer de VIRGILI SORRIBES se manifiesta VALLET DE GUYTISOLO: *Notas para la interpretación del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código civil*, en “Revista General de Derecho”, IV, 1947, pág. 6.

esta salvedad, excepción al régimen jurídico general de los pactos sucesorios, se enlaza generalmente el artículo 816. El antecedente no es del todo claro, apareciendo por ello como más fundada la opinión conforme a la cual viene a sancionar entre nosotros la prohibición de renuncia que se abre paso en el Derecho francés de la Codificación.

#### B. SIGNIFICADO DE LA NORMA PROHIBITIVA

Basta la simple lectura de la primera parte de la disposición para apreciar que por ella vienen a prohibirse un grupo determinado de pactos sucesorios: los llamados *pactos de renuncia* (BESELER) o *pactos de desheredamiento* (HASSE).

Así entendida, la norma aparece a primera vista como perfectamente superflua por cuanto la nulidad de tales pactos resulta ya de la prohibición, más general, del párrafo segundo del artículo 1.271: "*Sobre la herencia futura no se podrá celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1.056.*"

En realidad, esta impresión es falsa. En primer término, el artículo 816 viene a aplicar a la materia de legítima la norma general prohibitiva de los pactos sucesorios. En segundo lugar—y esto es especialmente interesante—, ofrece un extraordinario valor a propósito de la naturaleza jurídica del derecho del legitimario, pues si estimamos que es mera aplicación de la disposición del 1.271, 2.º, tendremos confirmada la naturaleza hereditaria de aquél. Tal aplicación sólo podrá llevarse a cabo, en efecto, si la legítima es una *pars hereditatis*, no simple *pars bonorum* o *pars valoris bonorum* como pretende ROCA SASTRE. Finalmente, y según podremos comprobar más tarde, no toda la disposición del 816 puede estimarse ya comprendida en la del 1.271, aun cuando éste constituya, como nota SÁNCHEZ ROMÁN (42), una de las bases o fundamentos principales de aquél.

Es, pues, preciso determinar más exactamente el significado de la norma. Las dificultades exegéticas aparecen desde el primer momento por su imprecisa redacción, siendo necesario notar que la primera parte de su texto, conforme a la cual "*toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula*", admite una doble inteligencia:

1.ª Que ese texto rige en toda su extensión lo mismo para la *renuncia* que para la *transacción*, siendo en consecuencia aplicables a ambas especies de actos tanto la palabra *toda* como la exigencia de que sean celebrados precisamente "*entre el que la debe* (la legítima) *y sus herederos forzosos*".

2.ª Que la palabra *toda* es aplicable a la *renuncia*, pero no a la *transacción*, del mismo modo que sólo es aplicable a la *transacción*, no

(42) SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., VI, pág. 938 y sig.

a la renuncia, lo de que se celebre “entre el que debe la legítima y sus herederos forzosos”.

Naturalmente, las consecuencias a que conducen una y otra interpretación son totalmente distintas en lo que a la renuncia hace referencia. De aceptar la primera, la prohibición que se contiene en el artículo 816 debe circunscribirse a la renuncia que resulte de un pacto entre el causante y el futuro legitimario, excluyéndose, por tanto, toda aquélla que se contenga en acto distinto del bilateral resultante de la unión de ambas voluntades. De seguir, por el contrario, la segunda, habrá de ser incluida en la disposición cualquier renuncia, sean los que fueren los términos en que se verifique ya se haga con o sin intervención de la voluntad de persona distinta del renunciante.

La consideración de que “apenas se concibe la finalidad de la hipótesis de que la renuncia se otorgue entre el que debe la legítima y su heredero forzoso”, esto es, de que no resulta suficientemente justificado el sometimiento a trato jurídico distinto del acto de renuncia paccionado y del no paccionado, inclina a SÁNCHEZ ROMÁN a decidirse por el primer criterio, tanto más cuanto que no es “de buen sentido gramatical suponer que la palabra *toda*, con que empieza el artículo 816, es aplicable también a la transacción, para resultar después, según el mismo texto legal, que la de que habla se refiere sólo y concretamente a la que se haga entre el que debe la legítima y el legitimario”.

Su opinión nos parece perfectamente acertada, entendiéndolo, con él, que la exégesis más fiel de la disposición consiste en considerar divididos sus supuestos en estas dos proposiciones:

1.<sup>a</sup> Toda renuncia sobre la legítima o, mejor, de la legítima, es nula.

2.<sup>a</sup> La transacción sobre la legítima entre el que la debe y sus herederos forzosos es también nula.

Veamos una y otra.

#### a) *Toda renuncia de la legítima es nula.*

La doctrina ofrece gran variedad de criterios al clasificar las distintas especies de renuncia. Fundamentalmente, podemos distinguir las tres modalidades siguientes:

1.<sup>a</sup> Abandono de un derecho ya adquirido.

2.<sup>a</sup> Abandono de un derecho todavía no adquirido, pero que puede adquirirse. La renuncia pone en este caso un obstáculo infranqueable para la adquisición, que de posible se convierte en imposible.

3.<sup>a</sup> Abandono de un derecho dudoso o en litigio.

La renuncia de la legítima futura queda evidentemente comprendida dentro de la segunda de las tres especies reseñadas (renuncia preventiva). Si insistimos, sin embargo, en afirmar que toda renuncia del tipo aquí considerado es nula, es porque con lo dicho no se agota la posible clasificación. Todas las modalidades que pudiera ofrecernos la

realidad son, por la disposición del artículo 816, absolutamente nulas. Lo es, pues, la renuncia de cualquier clase en cualquier forma y con cualquiera otorgada; por acto unilateral o bilateral; simplemente o por causa remuneratoria; por título oneroso o gratuito; total o parcial; explícita o implícita; puramente o bajo condición o término; entre el que la debe y el heredero forzoso; o entre uno o varios de éstos y personas que no lo sean; extrañas o no a que la legítima se refiere; interesadas o no por la ley o por acto jurídico en dicha sucesión; en perjuicio de ordinario, del renunciante, o con posible trascendencia del perjuicio a los otros legitimarios: es decir, en *todo caso y forma*.

b) *La transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula.*

Comentando SÁNCHEZ ROMÁN la segunda proposición de la norma prohibitiva, hace notar que mientras en relación con la renuncia puede afirmarse que ésta, de cualquier clase que sea, nunca puede ser válida, no cabe, en cambio, decir otro tanto de la transacción atendido sólo el tenor del artículo, que se refiere únicamente, de modo expreso, a la que se celebre entre el causante y el legitimario, y parece excluir de la sanción de nulidad todas las demás transacciones sobre legítima futura celebradas por los herederos forzosos, ya entre sí, ya con cualquiera otra persona que no sea el *de cuius*.

Cree, no obstante, que la nulidad de las transacciones a que venimos haciendo referencia se impone a todos los casos y formas que las mismas revistan a virtud de la disposición general del artículo 1,271, párrafo 2.º, en cuanto siendo la transacción un contrato y la legítima una parte de la herencia, aquélla viene comprendida en la prohibición de todo contrato sobre herencia futura que no sea el que tiene por objeto llevar a cabo entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1,056. La regla del 1,271, 2.º, completaría así, en lo que a la transacción se refiere, el deficiente enunciado de la del 816—en realidad ya embebida en aquélla en tal medida—.

La afirmación de SÁNCHEZ ROMÁN es discutible, porque el artículo por él traído a colación no hace sino sancionar en nuestro Derecho la prohibición, cuyos orígenes se remontan ya al Derecho romano, de los pactos sucesorios con los que nada tienen que ver ciertas convenciones relativas a la herencia futura—*pacta de hereditate tertii*—a las que la prohibición no alcanza, pues en ellas no concurren las circunstancias que movieron al legislador a mirar con recelo los primeros.

El artículo 816 nos habla de renuncia o transacción sobre la legítima futura, lo cual equivale a establecer que la renuncia o transacción sancionadas con nulidad son las anteriores a la apertura de la sucesión. Esto nos lleva a examinar varias cuestiones concretas.

En primer término, debemos preguntarnos si la prohibición del artículo 816 afecta también a la mejora. La sentencia de 13 de junio de

1903, dictada a propósito de una partición inter vivos hecha por el causante y no fundada en testamento, declaró que "la mejora depende, a diferencia de la legítima, de la voluntad libre de quien la hace, y no puede ser, por lo mismo, objeto de renuncia o transacción". Semejante doctrina no es correcta enteramente, dada la generalidad de sus términos, pues si bien es cierto que por lo regular la renuncia o transacción que afecte a la mejora ha de estimarse nula por lo dispuesto en los artículos 816 y 1.271, no lo es menos que, en ocasiones, serán inaplicables tales preceptos: así, tratándose de donaciones en concepto de mejora, o de mejoras que se ordenen en capitulaciones matrimoniales o mediante contrato oneroso con un tercero. En estos tres casos nos hallamos ante una mejora enteramente válida por vía paccionada, y nada obsta a que los pactos que sirven de ropaje a la mejora contengan transacción o renuncia de alguna de las clases antes indicadas.

Cabe también preguntar si será aplicable el artículo 816 a las donaciones inter vivos que signifiquen un anticipo de la legítima. La contestación debe ser negativa en todo caso. A lo sumo, tales donaciones podrán ser inoficiosas, pero nunca nulas de pleno derecho, debiendo aplicárseles las normas sobre reducción. Es inaplicable el artículo 816 porque el causante tiene facultad para disponer de sus bienes por acto inter vivos, y porque los donatarios no quedan privados de ningún derecho sucesorio a consecuencia de tales donaciones, como expresamente lo declara la sentencia de 26 de junio de 1946 sobre cierta cláusula de donación en concepto de anticipo de legítima.

Otras dos cuestiones plantea NICASIO LÓPEZ R. GÓMEZ (43), que no será inoportuno recoger.

La declaración formal y solemne de un hijo en vida de su padre sobre los bienes que tiene recibidos, para que en su día se colacionen e imputen en su legítima, ¿podrá considerarse como pacto sucesorio o renuncia a la legítima? El citado autor contesta negativamente y nos dice que aquí hay declaración voluntaria y expresa del hijo y que sus efectos se remiten al tiempo de la liquidación del caudal y cómputo de la legítima. Estamos de acuerdo con la solución, pero por un fundamento mucho más sencillo: aquí no entra en juego el artículo 816 porque no existe acto alguno de disposición.

Otro supuesto. El padre reclama contra su hijo para que declare los bienes que tiene recibidos a los efectos antes indicados; si como resultado de esa reclamación se llega a una transacción entre el padre y el hijo, o éste renuncia a su legítima futura, ¿esa transacción o renuncia son nulas conforme al artículo 816? LÓPEZ R. GÓMEZ cree que no, pues a su juicio, si se tienen por nulas tampoco debe admitirse la colación de esos bienes. Su parecer está en contradicción con el propio artículo 816, según el cual han de colacionarse los bienes a pesar de la nulidad. En este supuesto concreto podrá estimarse que existe

(43) *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, 3.<sup>a</sup> ed., I, Madrid, 1916, páginas 526-527.

nulidad, pero como queda constancia del carácter de los bienes, deberán éstos colacionarse.

¿Es aplicable el artículo 816 a los bienes reservables? La sentencia de 1 de abril de 1914 establece que no es nulo el contrato renunciando a bienes reservables, porque no constituye una herencia futura, y el artículo 970 autoriza tal renuncia. Igual doctrina cabe extender a las demás reservas, y, entre ellas, a la del artículo 811. En contra de este criterio se manifiesta LAUREANO MOREJÓN (44). Nos dice este autor que el artículo 816 es el "desarrollo" o "reglamentación especial" del 811, ambos nuevos en nuestro sistema legal; a su juicio, el 816 trata sólo de evitar que por virtud de renuncia o transacción entre reservista y reservatario se frustre el orden de suceder establecido en cuanto a los bienes reservables, que constituyen legítima futura, causada ya a la muerte del pariente común y efectiva al fallecimiento del reservista. Esta opinión, por lo demás original, constituye voz aislada en el concierto de los autores que han estudiado la naturaleza de la reserva lineal, y debe ser rechazada.

Interesante también es el supuesto contemplado por la sentencia de 6 de marzo de 1894, a propósito de la cual discutieron los comentaristas. Puede consultarse al respecto MANRESA (45), y también MUCIUS SCAEVOLA (46), el cual critica duramente dicho fallo.

### c) *Obligación de colacionar.*

Los herederos forzosos, termina diciendo el artículo 816, deberán traer a colación lo que hubieren recibido por la renuncia o transacción. La norma es un complemento de la sanción de nulidad y se inspira en razones de equidad. Al decir que los herederos forzosos "podrán" reclamar la legítima a la muerte del causante, quiere decir que tienen derecho a ejercitar la acción declaratoria de nulidad. No estamos en presencia, sin embargo, de una excepción a la doctrina de que nadie puede venir contra sus propios actos, pues tal doctrina, como indica LÓPEZ DE HARO (47), es aplicable tan sólo a los actos constitutivos de obligaciones, y no lo son los actos nulos. El artículo 816 obliga al heredero forzoso a traer a colación lo que hubiese recibido por la renuncia o transacción, para evitar un enriquecimiento torticero, como bien dice SÁNCHEZ ROMÁN.

---

(44) *El artículo 816 del Código civil*, en "Revista crítica de Derecho inmobiliario", 1943, pág. 323 y sig.

(45) *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, 6.ª ed., Madrid, 1932, página 364 y sig.

(46) *Código civil*, XIV, 4.ª ed., Madrid, 1944, pág. 433 y sig.

(47) *Los "actos propios" en la doctrina del Tribunal Supremo*, en "Revista de Derecho privado", 1913, pág. 17.

# La acción publiciana en nuestro derecho vigente

GUILLERMO G. VALDECASAS  
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. *La "Publiciana in rem actio"*.—II. *La controversia acerca de la admisibilidad de la publiciana en el Derecho moderno.*—III. *El planteamiento de la cuestión en el Derecho español vigente.*  
1) *La legislación.* 2) *Utilidad de la publiciana.* 3) *La publiciana y la acción reivindicatoria.* 4) *La publiciana y la Jurisprudencia.*

## I. LA "PUBLICIANA IN REM ACTIO"

Como es sabido, la acción publiciana (*publiciana in rem actio*) (1) es una acción pretoria, creada a fines de la República por un pretor, tal vez llamado Publicio, con objeto de proteger al poseedor de buena fe que se halla en vías de usucapir (*possessor ac usucapionem*). Tenía carácter reivindicatorio y se basaba en la ficción de que el poseedor que reunía los demás requisitos necesarios para la usucapición (*res ha-*

---

(1) Para la historia de la Publiciana, vid: OBROCK: *De publiciana in rem actione*, 1843; GIMMERTHAL: *Die publicianische Klage und die mancipatio*, Bremen, 1872; SCHULING: *Über einige Anwendungsfälle der pub. i. r. a.*, Marburgo, 1873; HUSCHKES: *Das Recht der publicianischen Klage*, Stuttgart, 1874; LANERY D'ARC: *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne*; 2 vol., París, 1889-90; ERMANN: *Beiträge zur Pub. (Zitschrift der S. stf. für R. G., vol. II, 1899)*; *La publicienne et les revendications utiles* (Rev. Gen. du Droit, 1892); CARUSI: *L'Azione publiciana*, Roma, 1889; BREZZO: *Reivindicatio utilis*, Turin, 1889; LENEL: *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edikts*, Stuttgart, 1878; *Edictum perpetuum*, § 60; PEROZZI: *L'editto publiciano* (Bull. dell'Ist. di D. r., VII, 1894); PACCHIONI: *Una nuova ricostruzione dell'editto publiciano* (Bull. dell'Ist. di D. r., IX, 1896); BONFANTE: *Sull cosiddetto dominio bonitario e in particolare sulla denominazione "in bonis habere"* (Scritti giuridici varii II, Turin, 1918, pág. 371 y sig.

*bilis, titulus, fides*) había cumplido el tiempo prescrito. Gracias a ella, el usucapiente, aun antes de ser verdadero propietario, se ve asistido de una acción que le permite recobrar la posesión perdida frente a cualquier poseedor de condición inferior.

La protección de la acción publiciana alcanza tanto al adquirente cuyo título de adquisición adolece de vicios formales que impiden la transmisión de la propiedad civil (*dominium ex iure quiritium*) como al adquirente que trae causa de un no propietario (*a non domino*) (2). Pero la intensidad de la protección no es la misma en uno y otro supuesto:

En el primero, la defensa es tan fuerte que el propietario civil queda impotente ante ella. De hecho, el adquirente es propietario, aunque para serlo formalmente le falta la sanción del *Ius civile*. Esta situación se expresa diciendo que la cosa ha ingresado en el patrimonio (*in bonis esse*), de donde la doctrina deriva la expresión *dominio bonitario*. El caso típico es el del poseedor que ha recibido la *res mancipi* mediante *traditio* hecha por el propietario (*a domino*) en base a una *iusta causa*; aunque no ha adquirido la propiedad civil, por no haberse utilizado las formas solemnes de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*, puede ejercitar con éxito la publiciana contra el dueño, pues la *exceptio dominii* que éste le opusiera, sería eliminada con la *replicatio rei venditae et traditae* o simplemente la *replicatio doli* (si la causa de la adquisición no era la compra) (3). Así, pues, en este caso, la publiciana otorga una protección absoluta, de modo que el poseedor adquirente *ex iusta causa* y *a domino* viene a ser, en sustancia, un verdadero propietario.

En el segundo supuesto, es decir, cuando el poseedor no trae causa del *dominus*, éste puede paralizar la publiciana con la *exceptio iusti dominii*, quedando reducida la eficacia de aquélla, que sólo prospera frente a los terceros adquirentes de peor condición. En consecuencia, si el demandado es un poseedor de buena fe en vías de usucapir, siendo iguales todos los requisitos de una y otra parte, vence el poseedor actual (4). Sin embargo, si el actor y el demandado adquirieron la cosa de la misma persona, vence aquel de los dos que primero obtuvo la tradición.

En Derecho justiniano, desaparecida la distinción entre dominio quiritario y dominio bonitario, la publiciana se adapta exclusivamente a la protección de la *possessio bonae fidei*. Por otra parte, Justiniano

(2) Cfr. RABEL: *Grundzüge des römischen Privatrechts*, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, de HOLTZENDORFF, I, 1913, § 45, pág. 446.

(3) Contra la reivindicación del enajante, el adquirente se halla protegido por la "exceptio rei venditae et traditae" y por la "exceptio doli".

(4) Sin embargo, en Derecho clásico, si uno de los dos ha obtenido la tradición del verdadero "dominus", merece, en cuanto titular del dominio bonitario, la preferencia sobre el otro, que es simplemente poseedor de buena fe (*Nerat...*, D. 19 1, 31, 2). Vid. BONFANTE: *Corso di D. romano*, vol. II, 1928, pág. 338.

la extiende en función de la confesoria útil al usufructo y a las servidumbres constituídas de buena fe.

Tal como se halla regulada la acción publiciana, en Derecho justiniano, su ejercicio presupone los siguientes requisitos:

a) Un justo título de adquisición; bastando, según la opinión más probable, un título putativo (5).

b) Haber adquirido la posesión y haberla perdido posteriormente. En ciertos casos, sin embargo, se concede a quien no ha estado jamás en posesión de la cosa. La posesión—dice Windscheid (6)—sólo se requiere en cuanto su obtención es parte constitutiva del hecho adquisitivo invocado.

c) Buena fe al tiempo de la compraventa y de la adquisición de la posesión. En títulos de otra especie, basta la buena fe al tiempo de adquirir la posesión (7).

d) Cosa hábil para la usucapión.

En resumen, la publiciana es la acción que protege a la posesión de buena fe apta para la usucapión. Privado de la reivindicatoria, el poseedor en vías de usucapir sólo podría utilizar la defensa limitadísima de los interdictos. Pero el interdicto, en su función recuperatoria, no se daba más que a causa de despojo violento o clandestino, y sólo contra el autor del mismo. En los casos de despojo no cualificado o cuando, siendo el despojo violento, o clandestino, la cosa ha pasado a manos de un tercero, el despojado no puede recobrar la posesión (7 bis). La publiciana, en cambio, permite al poseedor de buena fe entrar de nuevo en el goce de la cosa de la que había sido privado *por cualquier causa* (8); y esto frente a cualquiera, con tal que sea, según hemos visto, poseedor de peor condición. Fúndase, de este modo, un verdadero derecho real—el llamado *derecho publiciano* (9)—análogo a la propiedad, del que, no obstante, se diferencia radicalmente en cuanto su eficacia es sólo relativa, es decir, frente al poseedor sin título o con título inferior.

Creáda la publiciana para personas que en otro caso sólo dispondrían de los interdictos, su uso se extiende a los propietarios, a pesar de hallarse defendidos por la acción reivindicatoria. Y es que, ejercitando la publiciana, el propietario no necesita probar más que la posesión de buena fe y con justo título, por lo que, frente a quien no pueda alegar un derecho preferente, le es más cómodo el empleo de la publi-

(5) Cfr. HUSCHKE, op. cit., pág. 56; BRINZ: *Pandekten*, 2.<sup>a</sup> ed., I pág. 719 y sig.; contra GIMMERTHAL, op. cit., pág. 97.

(6) *Pandette*, trad. FADDA y BENSÁ, § 199, pág. 239

(7) Vid. DERNBURG: *Pandette*, trad. CICALA, vol. I, parte 2.<sup>a</sup>, *Diritti reali*, 1907, pág. 237.

(7 bis) Vid. nuestro trabajo *La posesión incorporal del despojado y la posesión de año*. (R. D. P., 1946, pág. 340 y sig.)

(8) Cfr. BONFANTE, op. cit., pág. 315.

(9) Vid. DERNBURG, op. cit., § 194, pág. 91.

ciana que no el de la reivindicatoria con su difícil prueba de la propiedad (la *probatio diabólica*) y sus trámites formalistas y rigurosos.

He aquí cómo, una institución nacida para proteger a quienes todavía no eran propietarios, provoca, de rechazo, una mayor protección de la propiedad. En la mayoría de los casos, al propietario le bastará con el ejercicio de la publiciana, quedando exento de probar, de modo irrefutable, la propiedad.

La acción publiciana, con la función que tenía en Derecho justiniano, esto es, tutelar la posesión con justo título y buena fe, se conserva en el Derecho medieval y en el Derecho común hasta la aparición de los Códigos modernos. Su uso más frecuente debíase a los propietarios, que solían acumularla a la reivindicatoria como acción subsidiaria. Esto, unido a la desaparición de los nombres de las acciones y a la mitigación del rigor del Derecho romano en la prueba del dominio, habría de inducir más tarde a algunos autores a pensar que la reivindicatoria y la publiciana se habían confundido en una sola acción.

## II. LA CONTROVERSIA ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PUBLICIANA EN EL DERECHO MODERNO

La existencia de la acción publiciana en el Derecho moderno es objeto de controversia, principalmente en las doctrinas francesa e italiana, debido al silencio que, tanto el Código francés como el italiano, guardan acerca de ella.

No ofrece dudas, en cambio, su inexistencia en el Derecho alemán. El B. G. B. (§ 1.007) la ha sustituido, en cuanto a los bienes muebles, por la pretensión derivada de la posesión anterior de cosas muebles, en virtud de la cual la persona que haya adquirido de buena fe la posesión y después la haya perdido involuntariamente, puede exigir la devolución del poseedor actual si éste la adquirió de mala fe o se le extravió a él mismo. Concédese no sólo al poseedor en concepto de dueño, sino también al arrendatario, depositario, comodatario, etc., y no requiere justo título. Esta acción, que, como dice Rabel (10), desempeña en la economía de la ley una función semejante a la publiciana, no deriva, históricamente, de la *actio publiciana* del Derecho romano, sino de la acción del Derecho germánico basada en una *Gewere* corporal más antigua o presente e ideal (11).

En Derecho francés, a pesar del silencio del Código de Napoleón, la generalidad de los autores se muestra favorable a la admisión de la

(10) Op. cit., § 45, pág. 447.

(11) WOLFF: *Derecho de cosas*. Trad. PÉREZ y ALGUER, § 23, pág. 115, nota 1. Cfr. GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, II, 1905, § 113, págs. 204 y 206; § 138, página 597.

acción publiciana. Así, Troplong (12), Durantón (13), Delvincourt (14), Merlin (15), Demolombe (16). Como fundamento de ella se invoca la equidad, la cual, como dice Pothier (17), inspirador de los autores del *Code*, "quiere que aquel que era justo poseedor de una cosa y que aunque todavía no era propietario estaba próximo a serlo, sea preferido para recobrarla, caso de haber perdido la posesión, a un usurpador que se ha posesionado de ella injustamente". También se busca apoyo en el concepto de la posesión como presunción de propiedad.

Otro grupo de autores, que encabezan Aubry y Rau, admiten la publiciana, pero no como acción independiente, sino como acción refundida en la reivindicatoria.

Desde el punto de vista de su interés práctico, afirman Aubry y Rau (18), la controversia se reduce a una simple cuestión de prueba, a saber: cuáles sean, en determinadas circunstancias y en vista de la posición del demandado, las justificaciones que ha de hacer el demandante de reivindicación. Ahora bien, dada la dificultad de probar irrefutablemente la propiedad, hay que admitir por razones prácticas, como también de equidad, que al reivindicante le basta con probar un *derecho mejor o más probable* que el del demandado. Este principio de protección al mejor derecho era fundamental en la acción publiciana y es lo que de ella debe ser recogido por el Derecho moderno. La admisión de la publiciana, en su forma romana pura, es imposible en el Derecho vigente, que, a diferencia del romano, reconoce al poseedor de mala fe la posibilidad de usucapir y que concede al poseedor de más de un año despojado la acción de "complainte" para recobrar la posesión, por lo que, en este aspecto, la publiciana no ofrecería hoy la utilidad que en Derecho romano, en el cual el *uti possidetis* sólo protegía al poseedor actual y no al que había dejado de poseer (19).

Siguen la doctrina de Aubry y Rau, en lo fundamental, Colin y Capitant (20), los cuales advierten ciertas analogías entre la acción publiciana del Derecho romano y el sistema de prueba de la propiedad establecido por la jurisprudencia francesa (20 bis). Si comparamos este sistema con la acción publiciana, fácilmente se advierte que, junto a ciertas analogías (buena fe en el actor, no necesidad de probar el do-

(12) *De la vente*, I, París, 1834, n. 235.

(13) *Cours de Droit français suivant le Code civil*, París, 1825, vol. IV, n. 233.

(14) *Cours de Code civil*, 1824, vol. VI, n. 21.

(15) *Repertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 4.ª ed., 1812-27. Vid. *Revendication*, § 14, n. 3.

(16) *Cours de Code Napoleon*, IX, n. 481.

(17) *De la propriété*, n. 292.

(18) *Cours de Droit civil français*, 4.ª ed., II, París, 1869, § 219, pág. 390 y sig.

(19) Página 392, nota 6. Cfr. *La posesión incorporal del despojado...*, op. citada, págs. 340 y 415.

(20) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., t. II, vol. II, pág. 1188 y sig.

(20 bis) Las reglas que en esta materia ha introducido la Jurisprudencia francesa se pueden reducir a tres supuestos:

minio, peor condición del demandado), destacan radicales diferencias, pues mientras la publiciana presupone como requisito esencial un justo título, la jurisprudencia francesa prescinde de él, en ciertos casos, y llega incluso a considerar suficiente, para el éxito de la acción, una simple posesión anterior. Por eso afirman Colin y Capitant que dicha jurisprudencia no puede ser explicada por la supervivencia de la acción publiciana. Admitiendo en lo sustancial la doctrina de Aubry y Rau, hay que modificar la fórmula del *mejor derecho* en el sentido de que la prueba del reivindicante no se dirige a demostrar la existencia de un derecho mejor o más probable—objeto de la prueba es el hecho de donde nace el derecho—, sino a aportar *presunciones o probabilidades mejores* que las que se deducen del hecho de la posesión del demandado.

También en Italia la doctrina de Aubry y Rau es aceptada por muchos autores. Pacifici-Mazzoni (21) estima que una prueba rigurosa de la propiedad difícilmente se concilia con las exigencias prácticas y señala cómo, “según el espíritu que informa nuestra legislación, parece que no puede pretenderse del actor más que la prueba de un derecho mejor o más probable que el del demandado”. Para la determinación del mejor derecho propone una serie de formas que, en sustancia, coinciden con las establecidas por la jurisprudencia francesa.

Lomonaco (22) reconoce también que el Derecho moderno ha fundido, en cierto modo, la reivindicatoria y la publiciana. Abandonada la forma rigurosa de la “reivindicatoria” romana, hoy trátase de determinar, menos que el derecho absoluto de propiedad, la prevalencia del derecho de las partes. De ahí que la sentencia, contraria a una de las partes, no pueda ser invocada contra un tercero que quiera promover la misma acción.

En igual dirección se orienta la doctrina de Pescatore (23), que pasamos a exponer. En los juicios civiles y en materia de pruebas rige el principio de que, una vez alcanzada la certeza sobre el derecho de una de las partes, manteniéndose este estado mientras no es destruido por la certeza del derecho de la parte contraria. Pero si, agotados todos los recursos, no se ha podido llegar por ninguna de las partes a ese estado de certeza, entonces hay que acudir a lo que más se aproxima a la

a) Si el demandante y el demandado carecen de título, vencerá el primero, justificando una posesión más antigua que la del demandado y mejor caracterizada (p. ej., una posesión legítima frente a una posesión viciosa. Cfr. art. 2299).

b) Si el reivindicante no puede justificar haber poseído anteriormente, pero presenta un título anterior a la posesión del demandado, debe prevalecer sobre éste.

c) Si el reivindicante, sin haber poseído nunca, presenta título, pero el demandado presenta a su vez otro título, hay que distinguir: 1) Si los dos títulos proceden del mismo autor, se otorga la preferencia al que fué primeramente transcrito, y si se trata de dos testamentos, al más reciente. 2) Si los títulos proceden de causas diferentes, el actor, para triunfar, deberá justificar que su causante habría vencido en juicio de reivindicación al causante del demandado.

(21) *Istituzioni di D. civile italiano*, 4.<sup>a</sup> ed. Florencia, 1903, vol. III, pág. 403 y sig.

(22) *Della distinzione dei beni e del possesso*. 2.<sup>a</sup> ed., 1914, pág. 561 y sig.

(23) *Filosofía e dottrine giuridiche*, pág. 361 y sig.

certeza: las presunciones, las probabilidades más fuertes a favor de una de las partes vencerán a las probabilidades y presunciones menos fuertes de la otra parte. Aplicados estos principios al juicio reivindicatorio sobre inmuebles, tendremos que, si una de las partes logra probar la usucapión, se habrá alcanzado un estado de certeza jurídica que sólo podrá ser destruído por una certeza contraria, esto es, por una usucapión posterior contraria a la primera. Pero si falla esta primera y principal indagación, entonces es forzoso que la controversia busque solución en el terreno de la probabilidad; surge la cuestión de cuál de las partes haya aportado en la discusión del petitorio, *potiora iura*; y el Juez, comparadas las posesiones y los documentos rivales, hecha una síntesis de los elementos que derivan de la doble eficacia apropiativa y presuntiva de las posesiones mismas, determinará cuál sea la posesión civil preferente. Éste era el objeto del juicio posesorio plenario consagrado por la jurisprudencia consuetudinaria anterior a los Códigos. Pero éstos han refundido en el juicio petitorio el plenario de posesión, dejando como único juicio posesorio el sumarísimo (interdictos) (23 bis). En consecuencia, el poseedor, en concepto de dueño, de un inmueble, por más de un año, tiene derecho de poseer mientras no sea vencido en juicio petitorio por su adversario. A éste, como actor, le incumbe la carga de la prueba.

Ahora bien, la razón natural aconseja que, en defecto de la prueba de un dominio absoluto, sea suficiente la prueba de una posesión civil preferente en consideración a su origen, duración y justificación. Supóngase que una persona, que lleva poseyendo un fundo durante veinticinco años, es despojado por otro que toma posesión del fundo y se mantiene en ella por más de un año. Conforme a aquella doctrina que concibe la reivindicatoria en los términos rigurosos del Derecho romano y, aunque se admita la publiciana, pasado el año el primer poseedor no podrá recobrar la cosa ni en juicio posesorio ni en juicio petitorio; en posesorio, porque, pasado el año, no puede ejercitar la acción posesoria (interdicto); en petitorio, porque no ha cumplido la usucapión, ni tiene un título. Conforme a los dictados de la razón jurídica natural, en cambio, deberá ser antepuesto al nuevo poseedor por ser su posesión más antigua que la de este último.

Frente a la doctrina que admite en el Derecho moderno la acción publiciana, sea como acción independiente, sea como refundida en la reivindicatoria, existe otro grupo de autores opuestos a su admisión. El adversario más decidido de la acción publiciana en la doctrina francesa es Laurent (24), cuya opinión, sin embargo, encontró pocos seguidores (25). Su argumento fundamental es el silencio del Código.

---

(23 bis) Dudoso en el Derecho español, como ya indicamos en *La posesión incorporal del despojado...*, pág. 422.

(24) *Principes de Droit civil français*, t. VI, 1876, pág. 211 y sig.

(25) Entre ellos, MONTAGNE: *De l'action en revendication en D. français* (tesis), Poitiers, 1879, pág. 213.

¿Compete al intérprete—se pregunta—crear una propiedad ficticia y proveerla de acción? Ciertamente que no. Se dice que la publiciana es conforme a la equidad; pero ¿es que la equidad basta para crear acciones y ficciones? En el Derecho antiguo los jurisconsultos podían basarse en la equidad; pero en el Derecho actual, no, porque se hallan atados a los textos legales. Tampoco es lícito invocar el Derecho romano, que después del Código ha quedado totalmente abrogado. Se alega la autorizada opinión de Pothier; pero el Código, que en tantos puntos sigue sus inspiraciones, es evidente que, en este punto, se ha desviado de ellas. En cuanto a la equidad y a las exigencias de la práctica, sólo el legislador puede apreciarlas; el intérprete, por el contrario, ha de atenerse a la ley. Por consiguiente, tanto la publiciana como la teoría del mejor derecho (Aubry y Rau) deben ser rechazadas, ya que carecen de todo apoyo en la ley y sólo pueden basarse en la equidad. En rigor, el actor en reivindicación deberá probar su derecho de propiedad (*actori incumbit onus probandi*), y si no lo consigue, deberá sucumbir.

Después de la crítica de Laurent, el esfuerzo más notable por revivir la acción publiciana en el Derecho moderno es el realizado por Appleton (26). El principal argumento en contra de su admisión es el silencio total que el Código guarda acerca de ella. Sólo al legislador compete establecer una nueva institución jurídica, y cuando él calla, falta la base necesaria para reconocer su existencia. Pero, si bien se mira—observa Appleton—, son ellos los adversarios de la publiciana, los que hacen hablar al legislador a su modo, presentando sus opiniones personales como dictados del Código. Se invoca el principio *actori incumbit onus probandi* para sostener que, si el reivindicante no prueba irrefutablemente su derecho de propiedad, deberá sucumbir en la lid. Pero el citado principio es consagrado por el Código en materia de obligaciones (art. 1.315, 1.º, del Código civil francés; 1.214 del Código civil español), y aunque haya de admitirse como principio general extensivo a toda clase de relaciones jurídicas, es evidente que su aplicación no puede ser la misma en los derechos reales que en los derechos de obligación. Entre unos y otros hay gran diferencia. Los primeros tienen carácter de normalidad; toda cosa, por lo general, pertenece a alguien. Los segundos tienen carácter de excepción: ser acreedor de una persona constituye una derogación del Derecho común. La propiedad es en principio perpetua; la obligación, en cambio, es transitoria. ¿No influirá todo esto profundamente en la prueba? Aquel principio (*actori incumbit onus probandi*) nos viene del Derecho romano; ¿por qué no hemos de aplicarlo como lo aplicaban los romanos, como lo aplicaban los modernos hasta la promulgación de los Códigos? Guardando éstos silencio en cuanto a la prueba de la propiedad—laguna que todos reconocen—; ¿por qué no acudir a una

---

(26) *Histoire de la propriété pretorienne et de l'action publicienne*, 1889, II, página 351 y sig.

costumbre tan antigua, tan inveterada, tan general, tan bien caracterizada y tan sobradamente justificada como la de la publiciana? Se advierte que la jurisprudencia concede en ocasiones la victoria al reivindicante que no presenta título adquisitivo, precisamente uno de los requisitos de la publiciana en Derecho romano; pero el fundamento es siempre el mismo, esto es, reconocer la propiedad a quien está *in via usucapiendi*; y la prescripción se puede cumplir hoy también sin necesidad de título y de buena fe; modificados los principios, deben también resultar modificadas las consecuencias.

Por lo demás, las soluciones de la jurisprudencia francesa se pueden justificar sin necesidad de hacer referencia a la publiciana. En la gran mayoría de los casos, la prueba de la propiedad es prueba de la prescripción; pero, ante la dificultad de probar esta última, habrá que acudir muchas veces a las presunciones. A la expresión de la jurisprudencia "presunciones de propiedad", es preferible la de "presunciones de prescripción" (27).

Appleton concluye afirmando que, en la práctica procesal, subsiste la publiciana y subsistirá en tanto persistan las necesidades de la práctica y el derecho de propiedad.

Partidarios, como Appleton, de la admisión de la acción publiciana en el Derecho moderno son los italianos Gabba (28), Tartufari (29), Borsari (30), Carusi (31), Ferrini (32) y Filomusi-Güelfi (33). Este

(27) Partiendo de estos principios APPLETON distingue tres hipótesis prácticas:

1) El actor presenta un título de fecha anterior a la posesión del demandado, mientras éste no presenta ninguno. La victoria debe corresponder al actor. Razones: el hecho de la venta es indicio casi cierto de la posesión; en la inmensa mayoría de los casos no se vende lo que no se posee. Por otra parte, el hecho de que la posesión del demandado remonta a una fecha más reciente, viene a confirmar la idea de que el autor del demandante poseía en el momento de la venta. Con estos datos el juez muy bien puede presumir que añadiendo las posesiones de uno y otro se haya cumplido el tiempo necesario para la prescripción.

2) Cuando ambas partes obtuvieron el inmueble de un mismo enajenante, debe presumirse que éste ha cumplido la usucapión por sí mismo o con el concurso de sus autores. Esto supuesto, debe preferirse al primer adquirente, salvo que uno de ellos haya transcrito su título adquisitivo. Si el demandado prueba que el actor no ha podido cumplir la usucapión, entonces, y si se aplican los principios de la prescripción, deberá vencer el demandado, pero si se aplican los principios de la acción publiciana (y de esta opinión es APPLETON) corresponderá el triunfo al demandante. Finalmente, si las partes obtuvieron el inmueble de diversos enajenantes y no se ha probado que uno de ellos ha prescrito será preferido el demandado como poseedor.

3) Si ninguna de las partes presenta título y el demandado no prueba una posesión apta para la usucapión, será preferido el actor que suministre esta misma prueba.

(28) *Della prova a carico di colui chi rivendica beni immobili in relazione col provvedimento speciale per la egazione delle imposte* (Foro it. 1888, I, pág. 980).

(29) *Del possesso qual titolo di diritti*, 1878, I, ns. 305 y 322 y sig.

(30) *Il commentario del Codice civile*, II, sobre el art. 439, § 850 y sig.

(31) *L'azione publiciana*, Roma, 1889, pág. 105.

(32) Nota inserta en el *Annuario critico di Giurisprudenza pratica*, dirigido por COGLIOLLO, año II, fasc. III, marzo 1890, pág. 154.

(33) *Diritti reali*, 2.<sup>a</sup> ed. Roma, pág. 145 y sig.

último rechaza tanto la posición negativa como la intermedia de Aubry y Rau y defiende la existencia de la publiciana como acción distinta de la reivindicatoria, fundándose en que en la posesión con justo título y buena fe hay una razón preferente de defensa (un *plus iuris*) frente al simple poseedor legítimo.

Siguen, en cambio, el camino trazado por Laurent, Chironi (34), Gianturco (35), Ricci (36), Ruggiero (37), Brezzo (38), Bonfante (39), Ascoli (40) y Talassano (41). De especial interés son las opiniones de Brezzo y de Bonfante.

Se invocan en defensa de la publiciana, dice Brezzo, la laguna que en este punto ofrece la ley, la utilidad práctica de conceder dicha acción, el espíritu de equidad que informa las legislaciones modernas. Pero se olvida que hoy, a diferencia del Derecho romano, no es lícito hablar de una acción independiente del derecho material; la acción es hoy el derecho mismo en sus consecuencias prácticas; quien pretenda recobrar la cosa frente a un tercero que la posee, deberá probar la propiedad, pues quien sostiene una pretensión en juicio debe suministrar la prueba del derecho en que se funda. Admitir la publiciana, conceder valor de propiedad a la prueba del derecho mejor, podrá ser en la práctica de gran utilidad, pero es violentar el sentido de la legislación considerando reproducidas en ella leyes romanas que racionalmente debemos pensar se propuso excluir.

Censura Brezzo la tendencia de la jurisprudencia a dar la victoria en el juicio de reivindicación a aquel que pueda tener un derecho mejor sobre la cosa frente al adversario (*qui potiora iura ostenderit*). Por este camino los autores, admitiendo presunciones del derecho de propiedad y presunciones de las presunciones mismas, llegan a conclusiones ni justas en la práctica, ni admisibles ante el espíritu y la letra de las leyes modernas. En Derecho moderno la reivindicatoria no puede concederse más que al propietario; pero adviértase cómo las soluciones propuestas por quienes sostienen aquel principio sólo contienen una lejana referencia al dominio del actor. Ciertamente es principio de razón natural que toda prueba sea admitida con amplitud. También en materia de propiedad son admisibles las presunciones *hominis*. Pero téngase bien entendido que tales presunciones, en tanto serán admisibles y concluyentes, en cuanto prueben una posesión apta para la prescripción y subsistente por todo el tiempo necesario para la

(34) *Istituzioni di D. civile*, Turín, 1888, I, pág. 199.

(35) *Istituzioni di D. civile*, pág. 117.

(36) Derecho civil teórico y práctico, trad. es., I, n. 65, pág. 144.

(37) *Istituzioni di D. civile*, I, 5.ª ed., pág. 622.

(38) *Reivindicatio utilis*, Turín, 1889, pág. 229 y sig.

(39) *L'azione publiciana nel D. civile* (Scritti giur. varii, II, Turín, 1918, página 439 y sig.).

(40) *Inammissibilità della "publiciana in rem actio" nel Diritto italiano* (Foro italiano, 1911, pág. 1117 y sig.).

(41) *Sulla prova della proprietà* (Riv. di D. civile, 1920, pág. 152 y sig.).

misma y siempre con la intención de probar la propiedad como efecto de la prescripción.

De esto a decir que en el juicio de reivindicación corresponde la victoria a aquel que *potiora iura ostenderit* hay gran distancia. Aunque el actor demuestre ser su posición superior a la del demandado (por ejemplo, aporta título mientras éste carece de él, ha poseído por más tiempo, etc.), como existan presunciones graves que hagan inverosímil haya adquirido la propiedad por prescripción, no deberá tener éxito en el juicio. Sobre todo, hay que rechazar la máxima de que la prueba de una adquisición *a non domino* atribuya la preferencia sobre quien no aduce en su defensa más que la posesión actual.

Y no se pueden invocar los principios del Derecho natural, de la equidad y del Derecho romano, que carecen de razón de ser frente a las leyes codificadas. En Derecho romano una razón de equidad podía, en ocasiones, obtener la preferencia sobre el derecho estricto. Pero según las ideas dominantes en el mundo jurídico moderno, al juez no le está permitido derogar los principios legales.

Y termina Brezzo diciendo: "Si, por consiguiente, no se puede acceder a la idea de aquellos que, en materia de propiedad, querrían siempre una prueba absoluta y categórica, tampoco se puede, por otra parte, acoger la tendencia de los autores y de la jurisprudencia a olvidar que la gravedad, la precisión y la concordancia son los requisitos indispensables para la admisibilidad de las presunciones *facti* y que éstas, en tanto valen en materia de reivindicación, en cuanto, por la vía indirecta de la prescripción, conducen a la prueba de la propiedad."

Según Bonfante, con la publiciana se introduciría en el Código una institución completamente nueva; se daría protección jurídica a una relación que el Código no se ha propuesto proteger, no ha querido elevarla a relación jurídica. Ciertamente, la interpretación analógica está permitida; pero tiene sus límites: no puede utilizarse cuando se trata de relaciones no jurídicas. De otro modo, cualquiera relación de la moral, de los usos sociales, podría alcanzar la protección jurídica.

Si, por ejemplo, la ley no sanciona la responsabilidad del marido por la pérdida o deterioro de los objetos recibidos como dote, no por eso cuando, una vez disuelto el matrimonio, haya de restituirse la dote, dejará de ser responsable el marido por el dolo o la culpa, responsabilidad que deberá fijarse por analogía con la relación o relaciones más próximas. Pero todo esto puede hacerse porque en nuestro Derecho existe la institución de la dote, porque la relación es jurídica. Pero, si el legislador no hubiese mencionado la relación dotal, no habría conciencia social, ni fuerza de tradición histórica que valiesen para introducirla en la legislación. Tanto valdría conceder una acción a quien ha sido traicionado por un amigo o abandonado por la novia.

Se invoca la tradición histórica y el Derecho preexistente. Ciertamente constituyen éstos un excelente y amplio medio de interpreta-

ción. Mas, volvemos a lo mismo, son un buen recurso para colmar las lagunas o eliminar las contradicciones en una institución que nuestro Código ha aceptado; pero derivar de ellos la sanción de relaciones que nuestro Código no ha sancionado, esto excede del poder del intérprete o del juez. El intérprete moderno no es un jurisconsulto romano ni el juez moderno un *Praetor*.

La doctrina de Appleton tampoco resiste una crítica ponderada y objetiva. El principio *actori incumbit onus probandi*, más que romano, es un principio general a todo derecho. La ley no concede un derecho subjetivo sino dadas ciertas condiciones (hechos jurídicos). Para hacer valer el derecho habrá, por tanto, que probar la existencia de dichas condiciones. Si el legislador se contenta con la prueba de sólo algunas—no todas—de las condiciones que determinan el nacimiento del derecho, entonces el legislador lo que hace es conceder un nuevo derecho aunque utilizando para ello una forma poco lógica. La prueba debe ser plena, de otro modo se altera el derecho sustancial. Así entendieron los romanos el *actori incumbit onus probandi*. De ningún modo admitieron una facilitación de la prueba en la propiedad, sino que admitieron una nueva institución de derecho sustancial: la publiciana y la relación por ella tutelada. Pero nuestro Código no hace mención alguna de esta relación; por eso la acción publiciana se halla irremisiblemente excluida de nuestra legislación positiva.

En el Derecho español admiten la existencia de la publiciana, como acción distinta e independiente de la reivindicatoria, Sánchez Román (42), Burón (43), De Diego (44) y Valverde (45). Los dos primeros ni siquiera hacen cuestión de ello.

De Diego cree que subsiste, a pesar del silencio del Código, porque los interdictos no bastan a proteger la posesión, pues en ellos no se discute más que el hecho de la posesión y a la verdad que los artículos 438, 445 y 446 hacen suponer que la posesión tiene la consideración de derecho, el cual habrá de tener una acción propia para defenderlo que no puede ser otra más que la publiciana.

De la misma opinión es Valverde. Considerando el Código la posesión como un verdadero derecho, la existencia de la publiciana es evidente, porque, de no admitirla, no se podrían discutir en juicio las cuestiones de derecho que afectan a la posesión, siendo para ello, dada su naturaleza, insuficientes los interdictos. Además, el artículo 445 la admite implícitamente al establecer que, siendo iguales las condiciones de los dos poseedores en conflicto, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes. ¿Y qué es esto—se pregunta—si no un caso de utilización de la acción publiciana?

(42) *Estudios de Derecho civil*, t. III, 1891, pág. 124.

(43) *Derecho civil español*, II, Valladolid 1900, n. 669, pág. 291.

(44) *Instituciones de Derecho civil español*, I, 1929, pág. 331.

(45) *Traatado de Derecho civil español*, II, parte esp., 4.<sup>a</sup> ed. pág. 274.  
Cfr. MANRESA: *Comentarios*, IV, pág. 271.

Más bien confusa es la opinión de De Buen acerca de la acción publiciana (46). Estima que pueden advertirse ciertas reminiscencias de la publiciana en los juicios de reivindicación, en que el actor se limita a probar un justo título de dominio, según admite nuestra jurisprudencia; pero la acción que se ejercita a tenor de la construcción técnica de nuestra jurisprudencia es la reivindicatoria. Sólo queda una hipótesis, dice De Buen, en que la acción publiciana sería ejercitable si subsistiera: la hipótesis de que el poseedor—desposeído—no tenga título para acreditar su derecho ni su posesión sea inmemorial. Se tratará en tal caso de un poseedor cuya posesión comenzó en época reciente; pero que no está fundada en una *iusta causa* ni ha llegado a producir la adquisición por usucapión. Es un caso de posesión como *hecho*, ya que ningún derecho puede alegarse. Por lo tanto, si el poseedor que posee sin título es desposeído, podrá defenderse, además de por los interdictos, por las reglas que establece el artículo 445 al hablar de la contienda sobre la posesión como hecho.

En opinión de Castán (47), la publiciana no existe como acción distinta de la reivindicatoria. No siendo precisa, según nuestra jurisprudencia, la prueba estricta del dominio para ejercitar la reivindicación, pues basta acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el del mero poseedor, la acción publiciana está en cierto modo embebida en la acción de dominio.

Son contrarios a la existencia de la publiciana, en el Derecho español, Planas y Casals (48) y Traviesas (49). Advierte el primero que el Código no la menciona y no tiene razón de ser porque o el poseedor es verdaderamente tal, en cuyo caso tiene los interdictos que le corresponden, o precisa la justificación del dominio, si está prescribiendo, para ejercitar la acción reivindicatoria; según Traviesas, como el Código no establece distinción entre propiedad civil y propiedad pretoria, no puede admitirse que subsista la correspondiente distinción de acciones.

### III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

#### 1) *La legislación.*

A nuestro juicio, el planteamiento de la cuestión en el Derecho español vigente ha de partir de aquel concepto de la acción publiciana que cristaliza en el Derecho justiniano y que, en sus líneas funda-

(46) *Notas a COLIN y CAPITANT*, t. II, vol. II, pág. 1201.

(47) *Derecho civil español común y foral*, II, 1942, pág. 128.

(48) *Apuntes de Derecho civil*, 2.º curso (1902-3), pág. 322.

(49) *Extinción y reivindicación del derecho de propiedad* (R. D. P., julio-agosto 1920, pág. 193 y sig.).

mentales, perdura en los Derechos nacionales hasta la aparición de los Códigos modernos. Desaparecida la distinción entre dominio quiritalio y dominio bonitario, la publiciana queda reducida a ser la acción protectora de la posesión con justo título y buena fe. Desaparecidos igualmente los motivos históricos que determinaron al pretor romano a fundar la acción en la ficción de haberse cumplido el plazo de la prescripción, la publiciana deja también de ser una acción ficticia. Esto supuesto, la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿Compete en nuestro Derecho al poseedor, con justo título y buena fe, acción real para recobrar la cosa frente a cualquier poseedor de peor condición? O, por el contrario, ¿habrá de considerarse que el poseedor, aunque reúna los mencionados requisitos, sólo dispone, para recuperar la cosa, del interdicto de despojo y fuera de éste sólo podría ejercitar, caso de ser propietario, la acción reivindicatoria?

Para responder a estas preguntas, lo primero que hemos de hacer es fijarnos en nuestra legislación positiva. Si hojeamos el Código civil pronto nos convenceremos de que no existe en él la menor alusión a la acción publiciana, ningún precepto que conceda al poseedor de buena fe con justo título el derecho de reivindicar la cosa frente a cualquier poseedor de condición inferior a la suya. Sin embargo, un examen más detenido de nuestras leyes permite descubrir algunas disposiciones que parecen dar margen para admitir la publiciana. Según el artículo 1.658, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en la sentencia dictada en juicio de interdicto, "... se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente". De él se deduce la posibilidad de discutir, después del juicio interdictal, el derecho sobre la posesión definitiva con independencia de la cuestión de propiedad. Este juicio es el plenario de posesión, que, al parecer, deja subsistente nuestra ley procesal (49 bis). Conviene recordar a este propósito que en nuestro Derecho anterior al Código era tradicional la clasificación de los juicios posesorios en plenarios u ordinarios y sumarísimos o interdictos: éstos relativos al mero hecho posesorio; los primeros, en cambio, destinados a dilucidar el mejor derecho a la posesión (50). Pues bien, en este juicio plenario de posesión podría encajar perfectamente el ejercicio de la acción publiciana, uno de cuyos presupuestos es precisamente el mejor derecho del actor (poseedor de buena fe con justo título) a la posesión. La utilización de la publi-

---

(49 bis) También podría considerarse implícitamente comprendido en la referencia un tanto vaga que el artículo 446 del Código civil hace a los medios que las Leyes de procedimiento establecen para la defensa de la posesión. Y en el artículo 445 "in fine".

(50) Vid CARAVANTES: *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, t. 3.º, Madrid, 1858, n. 1.002, p. 234; SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, 2.ª ed., t. 2.º, Madrid 1838, p. 254; GÓMEZ NEGRO: *Elementos de práctica forense*, 4.ª ed., Valladolid, 1838, pág. 201; J. M. RODRÍGUEZ: *Apuntes sobre la práctica forense*, Sevilla 1840, t. 2.º, pág. 95.

ciana por los trámites del juicio ordinario sería un caso más de juicio plenario de posesión.

Sin embargo, en buena lógica, no puede deducirse de la existencia del plenario de posesión el reconocimiento de la publiciana por la ley procesal. Es al Derecho sustantivo al que corresponde fijar los criterios con arreglo a los cuales se decidiría el mejor derecho a la posesión y, en su caso, reconocer un *derecho publiciano* protegido con su correspondiente acción. Pero es lo cierto que tal cosa no sucede en nuestro Código civil. El artículo 445 de este último da reglas para resolver las contiendas sobre el *hecho* de la posesión, no sobre el derecho de poseer, por lo que se explica que su primera decisión sea a favor del poseedor actual. Sólo cuando *de hecho* concurren dos poseedores, se acude al criterio de la posesión más antigua: si falla este criterio, es decir, si las fechas de ambas posesiones fueren las mismas, será preferido el poseedor que presente título, y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósitos o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes.

Hemos recalcado que las posesiones en conflicto son ambas de hecho, o lo que es igual, que la misma cosa es poseída de hecho por dos personas, que mutuamente pretenden excluirse, porque, a nuestro entender, este y no otro es el caso contemplado por el discutido artículo 445. No podemos extendernos en la demostración de que tal es el sentido de dicho artículo, pero a continuación enumeramos unas cuantas razones que nos parecen suficientes: 1.<sup>a</sup>) La afirmación que encabeza el artículo de que la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas fuera de los casos de indivisión. Precisamente porque fuera de los casos de indivisión (p. ej., posesión de varios copropietarios) no puede reconocerse que dos personas posean de hecho, actualmente, una misma cosa, es por lo que el artículo da a continuación las reglas oportunas para decidir el conflicto. 2.<sup>a</sup>) Estas reglas no tendrían aplicación si uno de los dos poseedores no poseyese actualmente, pues, con arreglo a la segunda proposición del repetido artículo, sería preferido el poseedor actual. 3.<sup>a</sup>) El mismo orden de preferencia establecido por las mencionadas reglas evidencia que se trata de dilucidar el mero hecho posesorio; no se comprendería si no que el poseedor más antiguo, pero sin título, sea antepuesto al más reciente, pero con título.

Todo esto nos revela, que el artículo 445 nada tiene que ver con la publiciana, en la cual contienden, acerca del mejor derecho a poseer, un antiguo poseedor privado actualmente de la posesión y un poseedor actual. Por lo demás, el artículo 445, en su última parte, parece aludir al juicio plenario de posesión, al decir "... mientras se decida sobre la posesión o propiedad por los trámites correspondientes". Es claro que en este juicio ya no se discute sobre el mero hecho posesorio, sino sobre el derecho a la posesión.

Así pues, fuera de los indicios de existencia del plenario de posesión, no hay precepto positivo alguno en que poder fundamentar debidamente la acción publiciana.

Mas, por otra parte, tampoco existe disposición legal alguna que explícita o implícitamente sea contraria a la publiciana. En contra de Zachariae, estimamos que la interrupción de la posesión *ad usucapionem* del actor, cuando la posesión del demandado ha durado más de un año (cfr. arts. 460, núm. 4.º, y 1.944), no constituye un obstáculo para la admisión de la publiciana (51). La pérdida de la posesión y consiguiente interrupción de la prescripción, de ningún modo sería un impedimento para la publiciana, la cual se funda precisamente en una posesión *anterior* con justo título y buena fe. Por consiguiente, aunque al término de un año se haya perdido la posesión e interrumpido la prescripción, todavía podría conservarse un derecho publiciano, fundado en la antigua posesión con justo título y buena fe.

## 2) Utilidad de la publiciana.

Cuestión distinta de la que, hasta ahora, venimos examinando, es la de si, *de iure condendo*, debe propugnarse el reconocimiento de la acción publiciana. Aunque es este un problema que no nos toca a nosotros resolver, fácilmente se advierte, que hoy no subsisten muchas de las razones de orden práctico, que en otro tiempo justificaban su existencia.

En nuestro Derecho, el que ha sido privado por otro de la posesión puede recuperar la cosa (mueble o inmueble) dentro de un año, a contar del despojo, y no sólo frente al autor de éste, sino también frente a cualquier tercer poseedor (52). La acción que en este caso corresponde al poseedor difiere radicalmente de la publiciana, tanto por su origen histórico, como por los presupuestos de su ejercicio. Pero es lo cierto, que ella hace superflua la publiciana, al menos durante el plazo de un año, en que el despojado puede ejercitarla (53). Más necesaria era aquélla en el Derecho romano, donde el despojado de un inmueble sólo podía recobrar la posesión si el despojo fué violento (*dejectio* y casos a ella equiparados) y sólo frente al autor del despojo; pasando el inmueble a manos de un tercero, el poseedor despojado queda imposibilitado de recobrarlo. La publiciana, en cambio, colma

(51) Según ZACHARIAE, si la posesión de aquel a quien se pretende demandar con la publiciana ha durado un año, la antigua posesión "ad usucapionem" del actor queda interrumpida y no puede ya tener eficacia legal; si, por el contrario, no ha durado todavía un año, el actor tendrá la acción posesoria: en el primer caso la publiciana sería inadmisibile; en el segundo, inútil (*Cours de D. civil*, trad. AUBRY y PAU, vol. I, pág. 470).

(52) Sobre esto y lo que sigue, véase nuestro trabajo *La posesión incorporal del despojado*, espec. la pág. 419 y ss.

(53) Cfr. DUSI: *Istituzioni di D. civile*, I, Nápoles, 1922, pág. 386. nota 4, AUBRY y RAU: op. cit. II, pág. 392. nota 6.

en parte esta laguna de la defensa posesoria, permitiendo al poseedor de buena fe, en vías de usucapir, recuperar la cosa frente a cualquier poseedor de inferior condición.

Por lo que se refiere a los bienes muebles, la posibilidad de ejercitar la publiciana queda prácticamente excluida en el Derecho vigente, en virtud del principio de que la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título. En consecuencia, la acción que fundándose en su posesión de buena fe ejercitase el poseedor de cosas muebles será la acción reivindicatoria, no quedando margen para la publiciana.

Pero, sin duda, lo que determina que la publiciana no sea hoy prácticamente tan necesaria como en el Derecho romano es la amplitud y flexibilidad que imperan en la prueba del dominio para el ejercicio de la acción reivindicatoria (54). Como ya dijimos, una de las funciones prácticas más importantes que cumplía la acción publiciana era la de permitir al propietario vindicar la cosa sin necesidad de aportar una prueba concluyente de su derecho de propiedad, como se requería para la reivindicatoria. Esta prueba era particularmente difícil en Derecho romano, en el que—como dice Bonfante—“la gradual debilitación y, finalmente, la total desaparición de las antiguas formas de transmisión, como la *mancipatio* y la *in iure cessio*, sin que un ordenamiento nuevo viniese a sustituirlas, habían conducido las cosas a tal punto, que para la prueba del dominio era necesario recurrir constantemente a la usucapación”.

Hoy, en cambio, no existe tal estado de incertidumbre e inseguridad en cuanto al derecho de propiedad. En los bienes muebles el principio de que la posesión de buena fe equivale al título y en los bienes inmuebles el sistema de publicidad del Registro reducen al mínimo la incertidumbre sobre el verdadero titular de la propiedad. Pero si a esto añadimos que nuestra jurisprudencia se contenta, para el ejercicio de la reivindicatoria, con que el actor aduzca un justo título de dominio, se comprenderá que ha dejado de ser un problema la llamada *probatio diabolica* y que la publiciana, caso de admitirla, dejaría de cumplir, por superflua, aquella función originaria de acción protectora del poseedor de buena fe con justo título que aún no es propietario.

En consecuencia, la admisión de la publiciana en nuestro Derecho vigente sólo vendría a llenar esta función: la de permitir al poseedor de un inmueble con justo título y buena fe, que hubiese perdido la posesión, recobrar la cosa frente a cualquier poseedor de peor condi-

---

(54) Sobre la prueba de la propiedad puede verse: UNTERHOLZNER: *Beitrag zu den Untersuchungen über den Beweis der Eigenthumsklage*, Archiv für die civ. Prax. VII, 1824, pág. 233; FALKENSTEIN: *Beitrag sur Theorie vom Beweise der Eigenthumsklage*, Archiv für die civ. Pr. X, 1827, pág. 226; APPLETON: *De la preuve de la propriété et de la publicienne en Droit français*, Rev. Crit., 1889; CASINI: *La prova della proprietà nei giudizi di rivendicazione*, Foro ital., 1887, I, pág. 867; *Sull'obbligo dell'attore in rivendicazione di giustificare il fondamento della sua domanda*, ibid., 1888, I, pág. 218.

ción. Supóngase que un poseedor que reúna las condiciones indicadas sea privado del inmueble sin o contra su voluntad; durante un año, contado a partir del despojo, conserva la posesión, con arreglo al artículo 460, n. 4, y, en consecuencia, podrá recobrar la detentación del inmueble cualquiera que sea el poseedor de hecho actual; para ello dispone del interdicto de despojo. Pero si deja transcurrir un año sin ejercitar este último, ¿cuál será su situación? Dependerá de que se admita o no la publiciana. Si se admite, el antiguo poseedor podrá todavía recobrar el inmueble en juicio plenario de posesión. Si no se admite, el antiguo poseedor habrá perdido, al transcurrir el año del despojo, todo derecho a la posesión; a no ser que sea propietario, en cuyo caso podrá reivindicar la cosa en juicio petitorio.

### 3) *La publiciana y la acción reivindicatoria.*

Después de haber comprobado que en nuestra legislación no hay base suficiente para fundamentar la acción publiciana y de haber visto que hoy no militan en favor de esta última las mismas razones que la justificaban en el Derecho romano, hemos de averiguar si la publiciana se halla refundida en la acción reivindicatoria.

A nuestro parecer, la doctrina del derecho mejor o más probable viene a transformar a la reivindicatoria de acción tutelar del dominio en acción protectora del mejor derecho sobre la cosa. Como dice Filomusi-Güelfi (55), dicha teoría acaba por conceder la reivindicatoria también a quien no es propietario, esto es, al poseedor con buena fe y justo título en vías de usucapir. Pero este es un argumento de orden lógico que no podría prevalecer contra la realidad de una acción reivindicatoria basada en el principio del mejor derecho del actor y en la cual quedaría embebida y confundida la publiciana. Así pues, la doctrina de Aubry y Rau será admisible en nuestro Derecho si termina por prevalecer en nuestra jurisprudencia aquella concepción que ve en la reivindicatoria, no ya la acción característica y exclusiva del propietario, sino la acción que compete al titular de un derecho sobre la cosa mejor que el que ostenta el demandado (55 bis).

A nuestro juicio, en este punto es fundamental distinguir netamente entre la simple facilitación de la prueba del dominio y el principio de que al reivindicante le basta con probar un derecho mejor o más probable que el del demandado. Partiendo de la base de que la acción reivindicatoria sólo compete al propietario, muy bien se puede facilitar al actor la prueba del dominio no exigiendo una prueba estricta y concluyente, como sería haber cumplido por sí o por medio de sus antecesores la usucapición, sino simplemente una prueba rela-

---

(55) Op. cit., pág. 148.

(55 bis) En este sentido, la S. 21 febrero 1941, reseñada al final de este trabajo.

tiva, pero suficiente para llevar al ánimo del juez la convicción de que el actor es propietario, como es la de un justo título de dominio.

En esta hipótesis, la facilitación de la prueba no significa que para vencer en juicio de reivindicación no se necesite ser propietario, bastando tener un derecho mejor que el del demandado. Antes al contrario, entendemos que si el juez, del conjunto de las pruebas aducidas, adquiere el convencimiento de que el actor no es verdaderamente propietario, tendrá que desestimar la acción aunque aquél hubiese aducido un justo título de dominio. Lo que ocurre es que, en vez de exigirse una prueba terminante, irrefutable, como es la de la prescripción, el juez se contenta con una prueba de la que fundadamente pueda deducirse el derecho del actor. Pero si el juez tiene la certeza de que no es dueño el actor, aunque éste reúna las condiciones requeridas para la publiciana, aunque haya probado tener, según criterios preestablecidos, un derecho mejor que el del demandado, habrá de rechazar la demanda.

Resulta, pues, de toda evidencia, que no basta una facilitación de la prueba de la propiedad para considerar comprendida en la reivindicatoria la acción publiciana. Si bien es cierto que esta acción viene a facilitar al propietario la vindicación de la cosa, no puede, sin embargo, hacerse la afirmación inversa: que la facilitación de la prueba del dominio mediante la simple aportación de un justo título implique la admisión de la publiciana.

Cosa muy distinta de dicha facilitación de la prueba es el principio de que al reivindicante le basta con probar un derecho mejor que el del demandado. Con arreglo al mismo, aun constando que el actor no es propietario, vencería al demandado probando un derecho mejor que el de éste. No sólo el poseedor con justo título y buena fe triunfaría frente al mero poseedor, sino también—si adoptamos el criterio de Aubry y Rau—el simple poseedor sin título que llevase poseyendo más tiempo que el demandado, también sin título, debería ser preferido a éste.

El principio del mejor derecho no sólo implicaría la admisión de un derecho publiciano, sino también de otros derechos intermedios entre la propiedad y la posesión, entre los cuales existiría una jerarquía, según la cual el derecho de grado superior vencería al de grado inferior y sucumbiría, en cambio, ante el derecho de grado superior. Pero es lo cierto que en nuestro Derecho positivo no existe ningún precepto de Derecho material en que poder fundar semejante escala de derechos, como no existe ningún precepto que sancione un derecho publiciano.

#### 4) *La publiciana y la jurisprudencia.*

Sentado que en nuestra legislación no se sanciona la existencia de la acción publiciana, compréndese que el problema de su admisibilidad se concrete en el de si la jurisprudencia podrá reconocerla a

pesar del silencio de la ley. Este problema presupone el del valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho, tema que, naturalmente, no constituye el objeto de este artículo (56). Pues lo cierto es que, siendo la acción publiciana una acción fundada en un derecho real específico, el llamado derecho publiciano, constituye por sí misma una institución jurídica independiente. Y su admisión sería verdadera creación de Derecho, en lugar de un simple colmar lagunas legales. Lleva razón Bonfante al decir que el intérprete podrá colmar las lagunas en una institución legalmente reconocida, pero lo que no puede es sancionar como relación jurídica una relación que el Código no ha sancionado.

Tampoco es sostenible que la acción publiciana pueda considerarse como medio de colmar las lagunas que las leyes presentan, en cuanto a la prueba del dominio, para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Precisamente la publiciana prospera independientemente de la prueba del dominio y aunque conste la falta del mismo en el actor. La acción publiciana podrá ser un remedio que permita al propietario vindicar la cosa sin necesidad de ejercitar la reivindicatoria, pero de ningún modo puede ser un *medio de facilitar la prueba del dominio* para el ejercicio de esta última.

Con todo esto no prejuzgamos nada acerca de la potestad de la jurisprudencia para dar entrada en nuestro Derecho a la acción publiciana; lo único que afirmamos es que con ello la jurisprudencia crearía una institución que nuestras leyes vigentes no consagran.

La jurisprudencia española admite la acción publiciana. Hasta fecha reciente la ha venido considerando como acción distinta e independiente de la reivindicatoria. Así, en la Sentencia de 24 de febrero de 1911, después de desestimar la demanda de reivindicación por no haber justificado el actor su dominio, se establece que tampoco cabía juzgar sobre la pertinencia de la *acción publiciana*—que el actor había ejercitado junto con la reivindicatoria, como acción subsidiaria—por no haberse probado la identidad de la finca reclamada. La Sentencia de 30 de marzo de 1927 cita a la publiciana entre las acciones que competen al propietario junto con la reivindicatoria, rescisoria, negatoria y *ad exhibendum*, y aclara: “porque el que tiene el dominio tiene la posesión civil de una cosa contra el que posea sin título o con otro con menos derechos”. La Sentencia de 26 de octubre de 1931 admite también la publiciana, que es la acción que “compete al poseedor civil de una cosa, contra el que la posee sin título o con otro, pero con menos derechos, para que le sea restituida con sus frutos, accesorios y abono de menoscabos...”

Por otra parte, para el ejercicio de la reivindicatoria se exige la prueba *cumplida* del dominio, considerándose suficiente al efecto un

---

(56) Véase, sobre el tema, el magistral estudio de CLEMENTE DE DIEGO: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Publicaciones de la Academia de Jurisprudencia, 1925.

justo título de dominio. Faltando la prueba cumplida del derecho de propiedad, la acción reivindicatoria no puede prosperar aunque el demandado fuese poseedor de peor condición. Así se deduce de la Sentencia de 6 de marzo de 1914, en la cual se dice "que con sujeción a la doctrina legal proclamada en relación al artículo 348 del Código civil, para ejercitar con éxito la acción reivindicatoria, ha de justificar el demandante el dominio que reclama, y caso contrario, debe ser absuelto el demandado, aunque lo tenga sin derecho, como dispone nuestra legislación de Partida".

Más expresiva es aún la Sentencia de 6 de julio de 1920, que, a propósito de la acción reivindicatoria ejercitada por los herederos de una persona, en reclamación de bienes que se le habían adjudicado en tal concepto, establece: Que no puede estimarse como título suficiente para justificar su dominio, en el caso de que los bienes no se hallen inscritos a favor del causante, la mera escritura de partición otorgada por los coherederos o las operaciones divisorias practicadas por los albaceas, si en ellas se manifestó únicamente que los bienes partibles pertenecían al causante, pero sin presentar ni hacer referencia a ningún título escrito confirmativo de sus manifestaciones, pues en tal supuesto es requisito indispensable para el éxito de la acción presentar el título dominical del causante. (Concuerda con Sentencia de 29 de enero de 1926.) Y en el tercer considerando se dice que para apreciar la procedencia o improcedencia de la acción reivindicatoria se ha de examinar si concurren todos y cada uno de los requisitos necesarios para su éxito, bastando la falta de cualquiera de ellos para desestimarla, sin necesidad en tal supuesto de proceder a *comparar las respectivas situaciones jurídicas y títulos de actor y demandado, al efecto de determinar la preferencia entre ellos, comparación que sería inútil, toda vez que no probando el actor su acción debe ser absuelto el demandado, aunque carezca de todo título o sea inferior al de aquél.*

Esta Sentencia confirma plenamente nuestra opinión de que una cosa es facilitar la prueba del dominio y otra cosa muy distinta es dar la victoria en el juicio de reivindicación a la parte que ostente un derecho mejor o más probable. Nuestros Tribunales se contentan con que el actor aduzca un justo título de dominio, pues se considera que este elemento es suficiente para inspirar al juez la creencia fundada de que el actor es propietario. Pero, en definitiva, es el mismo juez el que ha de resolver si el título alegado es o no suficiente para justificar el dominio. Tal es el caso de la mencionada Sentencia de 6 de julio de 1920, en la que se niega esa virtud justificadora a la partición otorgada por los coherederos o a las operaciones divisorias practicadas por los albaceas, si por otro medio no constaba el dominio del causante.

Hay, pues, facilitación de la prueba de dominio, pero no se consagra el principio del mejor derecho, ya que *no probado el dominio, hay*

que desestimar la demanda, aunque el demandado sea frente al actor poseedor de peor condición.

Algunas sentencias hablan de que la inscripción de posesión no perjudica al que tenga mejor *derecho a la propiedad*. Creemos que esta expresión alude a una justificación o prueba del dominio que merece más crédito que la inscripción de posesión, de ningún modo a la existencia de un mejor derecho distinto de la propiedad, como tampoco a una propiedad mejor, pues la propiedad es una y no admite grados.

Creemos que semejante sentido debe darse a la Sentencia de 25 de febrero de 1927, que en su primer considerando señala como requisito necesario para que prospere la reivindicatoria la "preferencia del título en caso de colisión de derechos". Título preferente no puede ser sino el que pruebe cumplidamente el derecho de propiedad, ya que en otro caso, es decir, si bastase la prueba de un derecho que no siendo de propiedad fuese superior al de la otra parte, quedaría desvirtuado el principio, tan reiteradamente afirmado por la jurisprudencia, de que no probada la propiedad debe ser desestimada la demanda.

Pero últimamente, en la Sentencia de 21 de febrero de 1941, el Tribunal Supremo parece desviarse de su anterior doctrina al considerar la publiciana como una faceta de la acción reivindicatoria. "La doctrina científica y la jurisprudencia—dice la Sentencia aludida—han dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción publiciana, no con la fisonomía y peculiaridad que ostentó en Derecho romano, sino como una de las facetas de la propia acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho". La afirmación de que el mejor título puede derivar de la mera posesión nos pone en presencia de un supuesto que rebasa los límites de la publiciana—la cual presupone una posesión con justo título y buena fe—y hace pensar en la admisión del principio, más amplio, del derecho mejor o más probable.

---

(57) Sentencias 6 noviembre 1888; 11 mayo 1889; 11 enero 1890; 29 septiembre 1891; 12 diciembre 1904; 4 abril 1905; 27 mayo 1905; 20 noviembre 1908; 10 febrero y 17 abril 1909; 9 y 24 marzo 1911; 18 abril 1911; 8 marzo, 5 junio y 27 noviembre 1912, o marzo 1914; 25 enero y 12 febrero 1915; 1 abril 1916; 22 junio y 5 julio 1918; 29 octubre 1919; 14 enero 1920; 7 marzo 1922; 19 abril y 23 junio 1923; 7 mayo 1924; 30 junio 1928.

(58) No estiman justificado el dominio, por lo que absuelven al demandado las S. S. 7 noviembre 1914; 24 marzo y 18 abril 1916; 18 mayo 1917; 21 diciembre 1918; 30 enero y 10 julio 1919; 26 marzo 1920; 8 febrero y 6 diciembre 1921; 7 marzo 1922; 19 abril 1923.

# Remuneración del representante legítimo del ausente

(Comentario al artículo 186, I, del Código civil)

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Alcance de la cuestión.*—II. *La teoría de los “frutos por representación”.*—1. *Líneas generales de la teoría.*—2. *Argumentos en pro de la teoría “frutos por representación”:* a) *La posesión temporal.* b) *La posesión de buena fe.* c) *No rendición de cuentas.* d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos.*—3. *Examen crítico de la teoría “frutos por representación”:* a) *La posesión temporal.* b) *La posesión de buena fe.* c) *No rendición de cuentas.* d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos.*—*Motivos específicos en contra de esta teoría:* a) *Las expresiones técnicas.* b) *La “ratio iuris”.*—III. *La remuneración por administración.*—1. *Argumentos en pro de esta teoría.*—2. *Posibles argumentos en contra.*—3. *Alcance inmediato de la teoría.*—4. *Consecuencias inmediatas de la teoría:* a) *La propiedad de los bienes consumibles y fungibles.* b) *Las gastos y mejoras.* c) *La situación de los bienes gananciales.*

## I. ALCANCE DE LA CUESTION

Muchos son los Jueces y Abogados a los que se les ha planteado la cuestión de fijar—para decretarla o pedirla—la remuneración debida al representante legítimo del ausente (1) y serán

---

(1) Aunque se trata del representante legítimo en general, para hacerla menos complicada, la exposición se referirá—al ejemplo de la doctrina—al representante legítimo que puede llamarse privilegiado (cónyuge, hijos y ascendientes), dando por supuesto, en cada caso, la especialidad de la situación de los hermanos (reserva del tercio).

pocos aquellos para los que no fuera motivo de honda preocupación. El artículo 186 del Código civil la regula hasta con farragosa abundancia; pero su poca claridad técnica hace que una parte de la doctrina se abstenga de explicarlo y que los especialistas más autorizados en la materia lleguen a conclusiones que al ser puestas en práctica parecen injustas.

La falta de seguridad de la doctrina sobre la ausencia es natural, no puede extrañar a nadie. La aparición de cualquier nueva ley impone un período de tanteo y prueba; hay que desentrañar su mecanismo, descifrar sus fórmulas, observar el juego de los distintos preceptos, ver su conexión con otras disposiciones legales para, al fin, conseguir dibujar el perfil de sus íntimos y peculiares principios. De aquí que sea—en todos los países y tiempos—tan loable e ingrata la labor de los primeros comentaristas. La Ley de Ausencia es de una especial dificultad para el intérprete; ha sufrido una serie de heterogéneos influjos, incompatibles entre sí y extraños a nuestra tradición jurídica (2). Parece, según se dejó traslucir por voz autorizada, que el choque de los encontrados sistemas y de los diferentes criterios determinaron cortes, mutilaciones, reajustes precipitados de textos y proyectos y, en fin, una redacción a la que el deseo de complacer a todos quitó el debido carácter unitario. Si ello fué así, se explican ciertas despistadoras frases del texto legal, carentes de valor funcional o contradictorias con su general mecanismo; serían residuos de pseudo-mórfosis de la redacción, conservados quizás más que por descuido para dar satisfacción verbal a defensores de sistemas que de hecho se rechazaban. El recuerdo de todo esto permite valorar la ingente labor de desbroce lograda por los primeros intérpretes de la Ley de Ausencia (3); abierto por ellos el camino para una mejor inteligencia de sus preceptos, en base a sus estudios, cabe ahora comenzar a corregir detalles y hacer retoques para—con el esfuerzo de todos—conseguir una interpretación lo más ajustada y justa que sea posible de las innovadoras normas.

El artículo 186 del Código civil, al ser aplicado en el sentido que le diera la doctrina más autorizada, produjo primero sorpresa y luego reacciones de inequívoca repulsa. Un par de casos ejemplares, entre los que más han podido suscitar la insatisfacción de la práctica, serán la mejor justificación de este estudio: declarado ausente el marido de una menor, con un hijo de su matrimonio, se adjudican todos los frutos del patrimonio del ma-

---

(2) Pensando seguir, se dice, los "Códigos más progresivos", ROBLES FONSECA: *La ausencia en el nuevo Derecho*, R. C. D. L., 16 (1940), pág. 266.

(3) Se alude en especial a los finos estudios de COSSÍO: *Teoría general de la ausencia*, R. D. P., 26 (1942) págs. 85-105; *El patrimonio del ausente*, R. D. P., 26 (1942) págs. 369-383, y a la monografía básica y magistral de SERRANO: *La ausencia en el Derecho español* (1943).

rido a la suegra, negándosele alimentos a la mujer por tener algunos bienes propios; desaparecido el padre de tres hijos, se adjudican todos los frutos al mayor, quedando los demás sin nada, presumiblemente durante diez años.

La indicada falta de consolidación de la doctrina, todavía en su período de ensayo, permite atender a ese apremiante toque de alarma dado por los prácticos del Derecho, pues quizá, pese a los graves defectos técnicos de la Ley, un nuevo examen de la cuestión permita llegar por otro camino a una solución más adecuada.

Este estudio se concreta a la remuneración del representante legítimo del ausente; pero al intentar una nueva interpretación del artículo 186 del Código civil es preciso tratar del valor que en la Ley tiene el término "posesión temporal" y al significado mismo de la representación del ausente, tocando así al problema central de la situación del patrimonio del ausente. Se tratarán sólo aquellas cuestiones concretas que la doctrina enlaza directamente con la remuneración de representante legítimo; mas su aclaración permitirá posiblemente, al desembarazar a la dogmática de una serie de prejuicios, enfocar mejor y resolver con más facilidad algunos de los más graves problemas planteados por la Ley.

## II. LA TEORÍA DE LOS "FRUTOS POR REPRESENTACIÓN"

### 1. Líneas generales de la teoría

La fluidez que conserva aún la doctrina impide hablar con exactitud de una "doctrina general", y son todavía bastantes los autores que han reservado su opinión. La teoría que, con las reservas señaladas, ha logrado aceptación más amplia es la que puede llamarse—a efectos de la brevedad—la teoría de "los frutos por representación". Su formulación más autorizada es la siguiente: "El poseedor temporal hace suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos a que pueda dar lugar el patrimonio del ausente", de lo que el representante legítimo ha de deducir, como único "gravamen", "el importe de las pensiones alimenticias y también el tanto por ciento que se deba invertir en los gastos de administración y reparación de los bienes del patrimonio" (4).

---

(4) SERRANO, loc. cit., pág. 219; también BONET, en *Comentarios de Manresa* (ed. 2.ª, 1945) II, págs. 186-187; ORTEGA LORCA, en *Código civil de Mucius Scaevola* (5.ª ed., 1942), III, págs. 818-819; OGAYAR: *La novísima legislación sobre ausencia*, R. G. L. J., 80 (1941), 94, nada dice; tampoco BORRELL: *Derecho civil vigente en Cataluña* (2.ª ed., 1944), IV, pág. 149. CASTÁN: *Derecho civil*

Esta teoría responde exactamente a la primera impresión que nos produjera la lectura del artículo 186 del Código civil a la generalidad de los juristas. Lo extendido del criterio, la autoridad de sus sostenedores y la gran fuerza intrínseca de los argumentos en su favor, recomiendan el mayor cuidado en su estudio; se expondrán por ello, primero, sus puntos de apoyo, para luego examinarlos críticamente.

## 2. Argumentos en pro de la teoría “frutos por representación”

### a) *La posesión temporal*

El artículo 186 del Código civil dice que los representantes legítimos del declarado ausente “disfrutarán de la posesión temporal”. El término posesión temporal es totalmente extraño a la técnica jurídica española. Parece la traducción de “*possesso temporaneo*” del Derecho italiano (5), que a su vez es la versión de la “*possession provisoire*” del Código francés (6). Si el nuevo concepto se ha buscado en los derechos francés e italiano, nada más lógico que pensar que con él se aceptan el contenido y consecuencias que ellos le atribuyen. En base a este razonamiento, el hecho de que el Código francés conceda, en general (7), todos los frutos al poseedor temporal, y lo mismo haga el italiano en favor de los ascendientes, descendientes y cónyuge (8), se estimará decisivo para imponer la misma solución en el Derecho español (9).

Esta conclusión parece reforzada por la actitud del comentarista “Mucius Scaevola”. En su primera edición había interpretado la redacción originaria del Código civil a la luz del Derecho franco-italiano y entendido la administración de los bienes

---

(1941), I, pág. 176, indica sólo que será “en la cuantía que el Juez señale según diversas circunstancias”. Frases de Cossío en *El patrimonio del ausente*, loc. citado pág. 382. 377, han sido interpretadas en el sentido de la primera dirección BONET, loc. cit., pág. 187, nota 2. SERRANO, loc. cit., pág. 218, nota 43, pero —conforme se indica después—no es seguro pueda adscribirse a ella.

(5) Art. 26 C. C. de 1885; art. 47, lib. I, de 1938; art. 50 C. C. de 1942.

(6) Art. 120.

(7) Excepto el quinto de las rentas, si el ausente reaparece antes de los cinco años o el diez por ciento si reaparece después de los treinta años de desaparecido; después de los treinta años, pertenecerán al poseedor todas las rentas, artículo 127.

(8) Art. 30 C. C. de 1865; a los parientes más remotos y a los extraños se les obligaba a reservar el tercio de las rentas durante los primeros diez años, y la sexta parte hasta los treinta años art. 31, según la modificación del D. L. de 16 de noviembre de 1916 (antes era la quinta y décima parte). El art. 50 del Lib. 1.º de 1938, art. 53 del C. C. de 1942, impone, en general, para estas personas la reserva del tercio.

(9) SERRANO, loc. cit., pág. 204.

del ausente (antiguos artículos 187-190) como posesión temporal, teoría que continuará defendiendo en las ediciones posteriores—contra Manresa—con las consecuencias de que el administrador “hace suyos los frutos y las rentas en su totalidad” (10); en su última edición, publicada después de la reforma del Código, dirá que el legislador, “recogiendo, en parte, aquella nuestra opinión íntimamente sentida y defendida, ha introducido en el articulado que ahora hemos de analizar dicha doctrina jurídica” (11), esto es, la de la posesión temporal con su peculiar efecto de atribución general de frutos.

#### b) *La posesión de buena fe*

Sin abandonar el anterior razonamiento, se ha buscado apoyo en disposiciones del mismo Código español sobre la posesión de buena fe para llegar a idéntica conclusión. Se ha encontrado en el artículo 187 del Código civil, que atribuye al poseedor temporal el derecho de guardar los “productos percibidos” hasta la aparición del ausente, “salva mala fe interviniente”, en que se deberán restituir “los frutos percibidos y debidos percibir”; como estas soluciones son paralelas a las de los artículos 451 y 455 del Código, respecto a los poseedores de buena y de mala fe, todo parece inducir a que se asimile de modo general poseedor de buena fe y “poseedor temporal de buena fe” (12).

Admitido este postulado, las consecuencias serán de extraordinaria importancia; así, se aplican a la posesión del representante la doctrina de gastos y mejoras de la posesión (artículos 453 a 458 del Código civil) (13), y se afirma que el representante adquiere la propiedad del dinero, cosas fungibles (14) y consumibles (15), que existiesen en el patrimonio del ausente.

#### c) *No rendición de cuentas*

Los dos argumentos antes citados se ha podido creer que estaban reforzados por el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que el representante, si fuese el cónyuge, un hijo o un ascendiente, puede administrar “sin necesidad de rendir cuentas”. Si no hay frutos que devolver, tampoco habrá cuentas que dar; por ello ha parecido que al no poderse

(10) 3.<sup>a</sup> ed., III, pág. 541.

(11) 5.<sup>a</sup> ed. (1942), pág. 819.

(12) SERRANO, loc. cit., pág. 218; se anota constantemente esta obra no sólo por ser la más completa, sino por ser estimada, muy merecidamente, como fundamental en la doctrina.

(13) SERRANO, loc. cit., pág. 220.

(14) SERRANO, loc. cit., pág. 221.

(15) SERRANO loc. cit., pág. 179; BONET, loc. cit., pág. 181.

pedir la rendición de cuentas será porque aquellos representantes legítimos hicieron suyos todos los frutos (16).

d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos*

Se observa una “analogía notoria” entre la situación de representante legítimo y la del tutor nombrado con asignación de frutos por alimentos, que se refleja tanto en el derecho de uno y otro a la totalidad de frutos como en que ambos están exentos de rendir cuentas anuales y generales (17).

### 3. Examen crítico de la teoría “frutos por representación”

Los argumentos reseñados, cada uno de por sí, son de evidente peso; unidos todos, apoyándose entre ellos, producen la impresión de lo macizo e incommovible. Un estudio reposado vencerá, es de creer, de que tal apariencia de solidez es engañosa y de que ninguno de ellos resistió un especial y detenido examen crítico.

a) *La posesión temporal*

La posesión temporal tiene una naturaleza claramente definida en los Derechos francés e italiano; sus caracteres distintivos pueden resumirse así: 1.º Significa una apertura de la sucesión del ausente (18), con la consecuencia inmediata de abrirse el testamento a petición de las partes interesadas o del Procurador de la República (Fiscal) y fijarse en el momento de las últimas noticias la fecha provisional de la muerte del ausente (19). 2.º Es una sucesión anticipada (20) lo que determina se distribuyan los bienes en posesión temporal a todos los herederos, legatarios, donatarios y, en general, a todas las personas que tuviesen derechos subordinados a la muerte del ausente. 3.º El derecho conferido a los poseedores lleva en sí mismo la posibilidad de convertirse en derecho de propiedad (21).

Basta recordar el contenido de la Ley española para notar que no se da ni uno siquiera de estos caracteres, ya que: 1.º No

(16) SERRANO, loc. cit., pág. 227.

(17) SERRANO, de quien es la frase entre comillas, página 212; BONET, loc. citado pág. 186.

(18) Ya POTHIER la designaba como “presunta”. *Oeuvres* (ed. 1817-1820). X, página 177.

(19) Art. 123 C. C. francés; art. 26 C. C. italiano de 1865; art. 47 del libro I, de 1938; art. 50 C. C. italiano de 1942.

(20) Así la calificaba HUGUET: *Motivos* (ed. 1807-1820), II, pág. 207.

(21) Por eso GIERKE: *Deutsches Privatrecht* (ed. 1895), I, núm. 42, pág. 365, habla de entrega en “Gewere” del patrimonio a los herederos del ausente. Compárese CALLAGARI: *N. D. It.* (1937), pág. 804.

se puede pedir la presentación, apertura, protocolización o expedición de copia del testamento (artículos 712, 713, 714, 689 a 693 Código civil; 1.956 sig. L. E. C.; 226 R. N.), ni fijarse el momento provisional de la muerte hasta la declaración de fallecimiento (artículo 196 del Código civil). 2.º Los bienes del ausente se entregan a una sola persona, elegida no por su titularidad hereditaria, sino por su presumible mayor aptitud personal (mayoría de edad, soltería y viudez de las hermanas, más edad del hijo y menos edad del ascendiente, artículo 184 del Código civil). 3.º La posesión temporal no lleva en sí la posibilidad de convertirse en propiedad; es un ciclo que se cierra para abrirse otro en la declaración de fallecimiento, la que determinará nuevas titularidades en beneficio, probablemente, de personas distintas (artículos 195, 196 del Código civil; 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (22).

La posesión temporal en el Derecho francés e italiano no es igual ni siquiera semejante a la situación del representante legítimo de la Ley española; no será permitido, por tanto, aplicar una regla propia de la posesión temporal de aquellos Derechos a la remuneración del representante legítimo del Derecho español (posesión temporal del artículo 186 del Código civil), en base a una identidad o analogía entre ambas instituciones. La comparación entre los dos tipos de posesión nos enseña su radical diferencia y ella nos puede ya inclinar a negar la atribución de la totalidad de los frutos al representante legítimo. En efecto, el poseedor temporal francés e italiano obtienen todas las rentas del patrimonio del ausente a título de presunto heredero, mientras que el representante legítimo español carece de carácter hereditario, con lo que desaparece el porqué de la atribución de todos los frutos.

No se han ocultado — naturalmente — tales diferencias a la doctrina (23). Muy ingeniosamente se ha dicho que la posesión temporal llena distintas finalidades, según el representante de que se trate: si es el cónyuge, servirá “para que se consigan los fines del matrimonio, sobre todo si el ausente dejó hijos”; si es un padre, representante de hijo menor sometido a la patria potestad, “viene a ser lo mismo que el usufructo legal” (24). Estas atinadas consideraciones serán útiles para aclarar los resultados de hecho de cada institución, pero no para explicarnos la

---

(22) La posesión temporal concebida por Mucius Scaevola es la francoitaliana, incompatible con la regulación de la Ley vigente; para él los poseedores temporales serán la pluralidad de herederos; p. ej., todos los hijos o ambos padres, “las personas que habrán de sucederle (al ausente) en el caso de presunción de muerte” (edición 1893). III, pág. 590.

(23) SERRANO, loc. cit., pág. 203; consúltese su cuidadoso estudio de la doctrina francesa e italiana, págs. 204-205.

(24) SERRANO, loc. cit., pág. 204; BONET, loc. cit., pág. 186.

naturaleza de la posesión temporal y menos la extensión que se le atribuye.

Puede hablarse de pluralidad de funciones como una consecuencia y semejanza de hecho, en el sentido indicado, pero no desde un punto de vista jurídico. Así, por ejemplo, la entrega de la posesión temporal al cónyuge no puede tener jurídicamente la finalidad de conseguir los fines del matrimonio, pues en otro caso habría también que reconocer que al entregarse la posesión al padre o hermano del ausente, por ser la mujer menor, se frustrarían—jurídicamente—los fines del matrimonio, lo que no puede imputarse a la Ley.

El padre representante legítimo de su hijo ausente menor (25) no tiene, como tal representante, una condición jurídica distinta que la que tendría si representa a un hijo mayor, ni hay, por ejemplo, diferencia jurídica entre el poder representativo del padre y el de la abuela. Estas observaciones son indicios de la verdadera base jurídica que impide la explicación pluralista: la unidad institucional de la ausencia y de la representación del ausente y su especialidad respecto a la relación conyugal y a la patria potestad (26). Un precepto de la regulación de la ausencia parece que bastará para poner en evidencia esa diversidad de uno y otros campos: mientras el usufructo paterno no admite injerencia extraña, en la representación legítima es siempre posible la intervención judicial limitando sus facultades (artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

El término posesión temporal (artículo 186 del Código civil) resulta inútil—según lo dicho—como base para la teoría criticada, pues no basta la semejanza verbal para probar la analogía con las instituciones de igual denominación de los Derechos francés e italiano, ni puede entenderse que se use como sustitutivo de ciertas funciones que corresponden a instituciones específicas de nuestro Derecho de familia.

#### b) *La posesión de buena fe*

Este argumento, aunque haya sido utilizado junto con el anterior, es independiente de él, y como tal debe examinarse. Mejor dicho, uno y otro se excluyen entre sí, porque la naturaleza de la “posesión temporal” francoitaliana, de típico carácter germánico, es completamente distinta de la posesión de buena fe, de procedencia romana. Se recurre—uniéndolos—a ambos, por la semejanza externa de la adjudicación de la totalidad de los frutos y para contar con algún apoyo en la legislación española.

(25) Piénsese en este caso, no por singular menos posible: El padre que pierde la patria potestad por el art. 73, núm. 2, del C. c., sería representante legítimo por el art. 184, núm. 3.

(26) La patria potestad y el usufructo legal correspondiente se basan en la relación personal de convivencia; compárese arts. 155 y 160 C. c.

Una observación preliminar ha de hacerse: el argumento examinado parte ya en sí mismo de un equívoco. El poseedor de buena fe obtiene los frutos de la cosa porque la posee “*loco domini*” o en concepto de dueño (27); el representante del ausente, por mucho que se le aumente su remuneración y su poder, no será nunca más que un poseedor en nombre ajeno (artículo 431 del Código civil).

Las reglas mismas sobre ausencia muestran la dificultad de basar en el artículo 451 del Código civil la teoría de “frutos por representación”; cualquier poseedor de buena fe obtiene todos los frutos; en cambio, el hermano, aunque es también poseedor de buena fe—además de ser “poseedor temporal”—, en ningún caso puede retener más de los dos tercios de los productos líquidos (artículo 186, II. del Código civil).

El artículo 187, que a primera vista parece acercar la situación del representante del ausente a la del poseedor de buena fe, es precisamente el que da el golpe de gracia a esta asimilación. La frase de que si apareciese el ausente deberá restituírsele su patrimonio, “pero no los frutos percibidos”, no puede entenderse en el sentido de “*todos los frutos percibidos*” (28), sino en el sentido de “los productos *legalmente* percibidos”; impone esta interpretación restrictiva el mismo artículo 187, que se refiere, no sólo a las personas que tuviesen el disfrute de la posesión temporal (cónyuge, hijo, ascendiente, como también el hermano), sino también al que estuviese en el “ejercicio de la representación dativa” (29). La regulación del artículo 187, al no ser peculiar de la representación legítima y al comprender a la representación dativa, impide que pueda asimilarse, en su base, a una y otra, a la posesión de buena fe.

La diferencia entre posesión temporal y posesión de buena fe explica también el porqué de que el representante legítimo tenga el derecho de hacer suya una cierta cuantía, fijada judicialmente, de los “*productos líquidos*” (artículos 186, 187, 188 del Código civil) y el que la Ley nunca hable de un derecho en o a los *frutos*, como es el que le está atribuido al poseedor de buena fe (451 del Código civil).

### c) *No rendición de cuentas*

La exención de rendir cuentas contenida en el artículo 2.046 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en favor del representante

(27) Art. 451 C. c. Recuérdese que el caso originario de esta regla es la protección del que cree adquirir la propiedad de una cosa por haberla comprado de quien aparece como dueño; Partidas 3, 28 39; Digesto. 41, 1, 48.

(28) A lo que parece inducir la reserva de “salva mala fe interviniente”.

(29) La mala fe interviniente del art. 187 no es la mala fe posesoria del artículo 438; no se refiere a la creencia en la legitimidad del título o modo de adquirir, sino a la realidad de la ausencia (conocimiento del fallecimiento, ocultar noticias, conocer la posibilidad de obtenerlas y no procurarlas).

legítimo, no aporta nada nuevo en apoyo de la teoría “frutos por representación”. Adviértase, al efecto, que el Juez tiene poder para limitar la exención y que sólo se refiere a las cuentas semestrales. El artículo 2.046 significa—respecto a la regulación del Código civil—un reforzamiento de la vigilancia judicial durante el período de ausencia; al aparecer el ausente o a la apertura de su sucesión el representante legítimo deberá en todo caso rendir cuentas de su gestión administrativa, del estado de los bienes y de sus frutos, pues sólo podrá retener “los productos recibidos en la cuantía señalada” (artículos 188, 187 del Código civil (30).

d) *Asignación al tutor de frutos por alimentos*

La similitud entre la tutela en la que se asignen frutos por alimentos (artículos 279, 290, número 4.º del Código civil) y la representación legítima del ausente sólo es externa (31). La naturaleza de la asignación de frutos por alimentos ha sido muy exactamente señalada por el Tribunal Supremo, como un convenio de carácter oneroso, mediante el cual el tutor recibe todos los frutos y rentas de su pupilo, aceptando la “obligación correlativa con aquel derecho, no sólo de administrar los bienes del menor o incapacitado, sino también de suministrarle alimento, vestido y educación con arreglo a su clase y circunstancia” (32); lo que implica hasta correr con el riesgo de que resulte inferior el beneficio a la prestación a que se obliga. El artículo 185 del Código civil no permite inducir que se le imponga otra obligación al representante legítimo que la de procurar la buena administración del patrimonio que se le confía, y el artículo 186 del Código civil dispone sólo que ha de satisfacer con los productos del patrimonio del ausente—pero no con los del propio—las obligaciones y cargas que a aquél afecten o graven.

Hay, pues, una diferencia esencial entre ambas instituciones, está en la misma médula de ese especial derecho del tutor, que tiene también una peculiar causa, la de la carga y el riesgo asumidos al obligarse a alimentar al pupilo.

---

(30) Incluso respecto de la tutela con asignación de frutos por pensión, el Tribunal Supremo, que libera al tutor de rendir cuentas anuales y generales (sobre los frutos), muy justamente, ha señalado la obligatoriedad de que se “rinda cuentas de la administración”, acción “distinta e independiente” de la de rendir cuenta anual o general; S. 13 enero 1930 (192, 208).

(31) Al hacer esta asimilación se incurre fácilmente en el error lógico de anteponer el consiguiente al antecedente. No se puede partir de una dada analogía, la de que en ambas instituciones hay una total adquisición de frutos por un representante, pues esto es, precisamente, lo que hay que probar. Para obtener esta conclusión, lo primero ha de ser demostrar la analogía institucional—la de cada peculiar “ratio iuris”—entre el tipo especial de tutela con retribución de “frutos por alimentos” y la representación legítima del ausente.

(32) S. T. S. 28 noviembre 1905 (102, 708).

Examinadas las distintas razones que pueden alegarse en favor de la teoría "frutos por representación", parece ineludible concluir que ninguna es convincente. En cambio, pueden encontrarse motivos específicos para rechazarla, aparte de los que después se expondrán en favor de la teoría de la "remuneración por administración".

a') *Las expresiones técnicas*

La teoría de "frutos por representación" se dejó seducir de tal modo por la nueva expresión "posesión temporal", que fué llevada a darle en nuestro Derecho, sin vacilaciones, el valor que tiene en los Derechos francés e italiano; por ello, probablemente, no ha tenido en cuenta otros "termini technici" de la misma Ley, que se oponen a ella.

Los Derechos francés e italiano hablan de poseedor temporal, pero no de representante de la ausente; es natural, porque la representación en juicio que puede asumir el poseedor temporal es de valor secundario y limitada a los bienes que se le entregan; lo principal es la tenencia "iure proprio" de unos bienes cuya propiedad probablemente adquirirá al convertirse en "poseedor definitivo".

El Derecho español utiliza el nombre de *representante*, con cuya denominación común señala la naturaleza esencialmente unitaria de la representación legítima y dativa. El término representante, de por sí, indica que se ha buscado mantener la personalidad del ausente y defender sus intereses y parece excluir todo pensamiento de que a quien se trata de beneficiar sea al representante y no al representado.

También es de notar que, a diferencia de lo que hacen los textos extranjeros, no se habla de rentas ni de frutos, expresiones que son las correctas respecto a la posesión temporal francoitaliana y a la posesión de buena fe, sino de *productos líquidos*, en la cuantía marcada por el Juez. No se puede, conforme al lenguaje del Código, hablar correctamente de un derecho de apropiación de frutos; el Juez asigna al representante una determinada cuantía de productos líquidos, lo que económica y jurídicamente es bien distinto.

b') *La "ratio iuris"*

El motivo más poderoso para no aceptar la teoría "frutos por representación" es que, con ella, se llegaría a una solución falta de justificación jurídica y productora de situaciones injustas; resultado que no puede atribuirse al legislador en tanto sea posible otra interpretación.

Al concederse todos los frutos del patrimonio del ausente a su representante legítimo, como éste es una sola persona, sin título sucesorio, que no necesita ser y que posiblemente no llegará a ser

heredero (33), toda la familia quedará despojada por uno de sus miembros, todos los herederos por uno que no lo es y quizás hasta por una persona que resulte luego desheredada, al conocerse el testamento del ausente. Se crearía una especie de sucesión irregular y temporal sobre los frutos, otorgada al azar, en una amoral lotería jurídica. La familia estricta, la mujer y los hijos, si son menores, podrían ser expoliados por un ascendiente o por un hermano (34); entre los hijos de un mismo padre se fundaría una primogenitura, entre los ascendientes un premio a la juventud, en todo caso, igualmente injustificado.

Si nos preguntamos ¿qué razón hay para que el representante legítimo reciba todos los frutos del patrimonio del ausente?, no se encuentra ninguna válida. Excluida la vocación hereditaria —presunta y anticipada— propia de la posesión temporal franco-italiana, habrá, a lo menos, la entrega arbitraria de un usufructo. Los frutos que se conceden al representado, en lo que excedan de una justa remuneración por su labor de conservar y administrar el patrimonio del ausente, serán recibidos sin causa jurídica, sin justificación moral, es un enriquecimiento injusto y un despojo ilícito del ausente o de sus herederos.

Siendo el cometido del intérprete buscar una solución justa dentro de la Ley, prestándole así la debida colaboración, parece —de lo dicho— obligatorio buscar otra interpretación al artículo 186 del Código civil; éste ha sido el impulso determinante de este estudio.

### III. LA REMUNERACION POR ADMINISTRACION

#### 1. Argumentos en pro de esta teoría

Despejado el camino de las confusiones que ha creado la frase posesión temporal, no será difícil aclarar la situación jurídica del representante legítimo y la cuantía de su remuneración.

El representante legítimo y el dativo, ambos como representantes del ausente, tienen la misma cualidad jurídica y las mismas obligaciones básicas (art. 185 del Código civil). La uniforme mecánica de la Ley muestra que la naturaleza de esta representación es administrativa (35). El artículo 185, número 4, manda al administrador ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley

(33) Recuérdese el sistema del art. 184, con su requisito de la mayoría de edad y preferencias en favor de mayores y menores, varones, solteras y viudas.

(34) En este caso sólo de los dos tercios.

(35) Ya Cossío señaló rotundamente que las facultades del representante legítimo "no difieren esencialmente de las de cualquier otro administrador"; loc. citado, pág. 382.

Procesal civil; esa ligazón entre posesión y administración muestra ya cómo ambas están unidas en el pensamiento legislativo; la Ley rituarial civil no menciona la posesión y sólo se ocupa de las "facultades para la administración de los bienes" de los distintos representantes (artículo 2.046); queda así al descubierto la naturaleza técnica administrativa de toda la representación, y situada la posesión en su propio lugar de consecuencia del poder de administración.

El representante debe—además de conservar y defender el patrimonio del ausente—"obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fuesen susceptibles" (artículo 185, número 3), obligación general que sólo se explica y tiene contenido siendo el representante un administrador (36). Del mismo modo, la intervención del Juez después de haberse enajenado bienes del patrimonio del ausente, no se limita a la de tomar medidas de seguridad, sino que "determinará el empleo de la cantidad obtenida", teniéndose también en cuenta su productividad (artículos 186, III, y 185, número 3).

El artículo 186, para señalar la remuneración del representante legítimo, dice que se tendrán en consideración: por un lado, el haber del patrimonio, o sea, frutos, rentas y aprovechamientos, y, por otro, el debe, número de hijos del matrimonio, obligaciones alimenticias para con los mismos, afecciones que gravan el patrimonio y demás circunstancias de la misma índole. Se impone, así, la necesidad de fijar la data y el cargo, el haber y el debe del patrimonio; el objeto de esta labor contable deriva de la importancia que se da a la determinación de "los productos líquidos" o beneficios netos. Esta preocupación del legislador en enumerar los elementos activos y pasivos, no se compagina tampoco con la teoría de "frutos por representación"; sería un ajustar de cuentas inútil, no habría por qué encargar tan minuciosamente al Juez que fije esos productos líquidos, si todos habían de ingresar en poder del representante legítimo.

Las disposiciones citadas son indicios claros de lo poco que se ajusta la teoría de "frutos por representación" al mecanismo legislativo; al mandarse además que el Juez tenga en cuenta "los cuidados y actuaciones que la representación requiera", aparece como completamente inaceptable. Los cuidados y atenciones no son una carga económica, no son una disminución del patrimonio, no "afectan" a éste, determinan otra cosa, lo oneroso de la representación. Inútil y absurdo sería hablar de ellos, si hay una entrega indiscriminada de frutos al representante legítimo. Su

---

(36) Si fuese, conforme a la teoría "frutos por representación", un poseedor temporal del tipo franco italiano, tal obligación sería inconcebible; si todos los frutos han de pertenecerle, no hay por qué ni para qué obligarle a obtenerlos; la Ley no habría de ordenarle lo que, por otro lado, dejaría a su arbitrio.

explicación está en que sirven para determinar el “quantum” de los servicios o trabajos que impone la representación (37).

Considerada la representación en su naturaleza administrativa, desaparecen las dificultades de la interpretación. Los cuidados y actuaciones que impone la representación sirven para graduar la compensación que tendrá el representante. Por ello, la Ley hace depender la cuantía de los productos líquidos que hará suyos el representante, de esos cuidados y actuaciones. El artículo 186 no dice—como quiere la teoría “frutos por representación”—que el representante los haga suyos en *toda* su cuantía, sino *en la cuantía que el Juez señale*, en una cantidad que variará conforme sean mayores o menores los cuidados y atenciones (38). Se trata, pues, de una verdadera remuneración, en la que la recompensa o indemnización del esfuerzo que supone la representación es adecuada al trabajo o carga (“munus”) que significa.

No se ha cambiado esencialmente el antiguo sistema del Código civil, en la cuestión central del estado del patrimonio del ausente. El representante, sea cualquiera su clase, es un administrador cuyo trabajo se remunera. La especialidad del régimen actual está en el modo y cuantía de la remuneración. El silencio de la primitiva redacción del Código originó graves dudas, que ahora se resuelven en favor de la teoría dominante en la doctrina partidaria de graduar la remuneración (39); la única diferencia está

---

(37) Del mismo modo que la retribución del tutor se fija “teniendo en cuenta la importancia del caudal y el trabajo que ha de proporcionar su administración” (artículo 276 C. c.).

(38) Ha de tenerse en cuenta que el Juez tiene el deber de fijar en cada caso “la cuantía” en que el representante hará suyos los productos líquidos que se le señala en el primer párrafo del art. 186, precisamente referido al cónyuge, hijo y ascendientes (núms. 1.º, 2.º y 3.º del art. 184); si la teoría de “frutos por representación” fuese cierta, la Ley prohibiría que el Juez fijase “esa cuantía” y tuviese en consideración para ello “los cuidados y actuaciones que la representación requiera”, y—en cambio—hubiera ordenado que aquellos representantes hiciesen suyos todos los frutos, rentas y aprovechamientos, deducidas las obligaciones y afecciones que gravan el patrimonio.

(39) La arbitraria interpretación de SÁNCHEZ ROMÁN (con su intento de buscar una solución justa fuera del texto de las leyes), *Estudios de Derecho civil* (1911), II, págs. 406-407, extravió a parte de la doctrina, que (por camino distinto al de MUCIUS SCAEVOLE, citado en notas 10 y 11) llegó hasta admitir (y ello olvidando las distinciones equitativas de SÁNCHEZ ROMÁN) que la remuneración del administrador “podrá consistir en los frutos de los bienes del ausente”, apoyándose en los arts. 194 y 190 C. c.. DE DIEGO: *Instituciones* (1929), I, pág. 192. La doctrina contraria, apoyada en el pensamiento tradicional que recogía ya el Proyecto de Código civil de 1851, art. 321 (separándose intencionadamente del ejemplo francés GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, I, pág. 301), manifestada en la Ley de Enjuiciamiento civil, art. 2.042 (antiguo) y en el primitivo art. 182 del Código civil, reflejada en la naturaleza del cargo de administrador y en su analogía con los del antiguo curador y moderno tutor, será la que llegue a triunfar: *Manresa* (ed. 1907), II, pág. 129; COMAS: *La revisión del Código civil*, páginas 452-453; *Proyecto de Código civil*, arts. 521, 787, 726; CASTÁN: *Derecho civil* (Notarias, 1926) I, pág. 198; *Derecho civil* (Registros, 1932), I, pág. 165; DE BUEN: *Notas a COLIN y CAPITANT*, VIII, pág. 471; *Derecho civil* (Judicatu-

en el límite de la cuantía de esta retribución, pues mientras antes se entendía que el administrador del ausente, como asimilado a la situación del tutor, no podía recibir más del diez por ciento de las rentas, ahora, conforme al nuevo artículo 186, el Juez tiene una mucho mayor amplitud para fijarla; cuando la representación recaiga en cónyuge, hijo o ascendiente podrá—en casos excepcionales—adjudicarles hasta la totalidad de los productos líquidos; si el representante es un hermano, la retribución podrá ascender hasta un máximo de los dos tercios de los productos líquidos (40).

## 2. Posibles argumentos en contra

La teoría propuesta y defendida aquí como más aceptable tiene una doble falla que hay que reconocer y medir en todo su alcance:

a) Considera, de hecho, “sobrante” al concepto de posesión temporal;

b) No explica la graduación de los dos tipos de máximo de remuneración establecidos en la Ley.

Se indican, después, las razones por las que estas faltas son, a nuestro juicio, excusables; pero una “inelegantia iuris”, aun sin paliativos, sería preferible a la teoría criticada, que está en desarmonía con el mecanismo general de la Ley y lleva a consecuencias injustas.

Sin atribuirle mayor valor del que tienen, conviene considerar como explicación de las imperfecciones formales de la teoría expuesta:

a) El concepto de posesión temporal fué “vaciado” del contenido que tuviera en los Derechos francés e italiano por la misma Ley. El intérprete no hace más que seguir el ejemplo del legislador; al borrar éste el sentido originario del concepto, impulsa a que se le dé un significado innocuo, que permita su armonización con el sistema general de la Ley (41).

Esta base no deja más que una de estas dos posibles soluciones: La primera, una mera interpretación histórica, en base a los pocos datos conocidos sobre la elaboración de la Ley; inducir que la denominación de posesión temporal es un resto sin vida, de

---

ra. 1930), I, pág. 112; ALGUER y PÉREZ GONZÁLEZ: *Notas a traducción de ENNECERUS*, I, 1, pág. 345; ALCUBILLA: *Voz Ausencia* (1914). II pág. 188.

(40) Esta amplitud de facultades y la posibilidad de que representantes avariciosos, a falta de contradicción de otros interesados, logren se les conceda el máximo de productos (como sucede tantas veces al designarse tutor), es posiblemente lo que hace que Cossío califique a la representación legítima de “espléndidamente retribuida”, loc. cit., pág. 382, y de ser más “una sinecura que una carga”, ídem, página 377.

(41) Ya Cossío advirtiera que “el legislador no se ha planteado con claridad este problema”, loc. cit., pág. 381.

un sistema propuesto y en definitiva desechado. El uso de "flatus vocis" y de "falsa demonstratio" no es raro en el Derecho ni extraña a la misma Ley de Ausencia. Otra, buscar un significado dogmático a la posesión temporal; pensar que designa la posesión por título propio y en nombre ajeno, sometida a condición ("el fin de la situación de ausencia") y remunerada con productos líquidos del mismo patrimonio administrado.

b) El establecimiento de distintos límites rompe la exacta correlación entre trabajo y recompensa. La explicación del criterio legal está en la creciente desconfianza de la Ley hacia los parientes más alejados (hermanos y los demás de ulterior grado), que se manifiesta también en la exigencia de fianza y en el control de la administración y examen de las cuentas por el Juez (42); cónyuge, hijo y ascendientes gozan de la presunción de que no pedirán más retribución que la que realmente les corresponda y que, en todo caso, procurarán preferentemente a la defensa de los intereses del ausente, no dejándose cegar por la codicia. Este razonamiento, no muy convincente, no es ni mejor ni peor si se le aplica a la representación administrativa que si se le refiere a la posesión temporal francoitaliana (43) o a la misma teoría de "frutos por representación".

### 3. Alcance inmediato de la teoría

El primer efecto práctico de esta teoría es marcar el deber terminante que impone la Ley al Juez, al encomendarle señalar la cuantía de productos que hará suyo el representante legítimo. En ningún caso podrá aceptar pasivamente la solicitud de un representante para que se le adjudiquen todos los productos, los dos tercios u otra proporción o cantidad de productos líquidos. El Juez tiene la obligación de atender a todos los factores cuya consideración le impone la Ley: cantidad de bienes, su rentabilidad, obligaciones familiares, cargas y afecciones de toda clase y, de un modo central, a los "cuidados o actuaciones que la representación requiera", conforme a las circunstancias concretas. No ha de contentarse con los datos que arroje el inventario y las alegaciones hechas por el presunto representante; la Ley le confía una facultad de iniciativa, y con intervención del Ministerio Fiscal puede investigar la verdadera situación de empresas y negocios, llamar para oírles a los demás allegados del ausente, a los administradores y encargados que el ausente tuviera, escuchar peritos

(42) En cierto sentido semejante a la actitud de desconfianza del art. 166 del Código civil.

(43) Por lo que el Proyecto de Código civil de 1851 rechazó la graduación del Código francés; prefirió equipararlo al tutor, aunque con más remuneración (el 20 por 100). GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, I, págs. 300-301.

y proceder a las diligencias de oficio que estime necesarias (artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (44).

La valoración del patrimonio, rentas, cargas, cuidados y atenciones, la cuantía a que en base a todas estas consideraciones deba ascender la remuneración, son cuestiones de hecho que con arreglo a los datos probados estimará el prudente arbitrio judicial. La cuestión jurídica se puede plantear en el caso en que se niegue la necesidad de tener en cuenta todas las circunstancias enumeradas y se admitiese que la Ley concede al representante un derecho a todos los frutos; en cuyo caso, conforme a lo aquí dicho, habría infracción del artículo 186 del Código civil.

A las pretensiones del representante podrán oponerse las personas señaladas en el artículo 182 del Código civil y, en general, cualquiera que tenga interés legítimo en la conservación del patrimonio del ausente. Contra el auto en el que se decida la cuantía de la remuneración, podrán apelar el mismo representante y los interesados que se hayan opuesto a las pretensiones de éste (artículo 2.032 de la Ley de Enjuiciamiento civil) (44).

#### 4. Consecuencias mediatas de la teoría

Dilucidar el alcance de la remuneración del representante legítimo sirve de modo mediato para aclarar la situación del patrimonio del ausente, pues—como se ha visto—presupone eliminar el peso muerto de la doctrina extranjera y extraña a nuestro Derecho de la posesión temporal francoitaliana. El ámbito limitado de este estudio impide examinar otras cuestiones que las íntimamente relacionadas con la remuneración del representante. Como ejemplo y comprobación de lo anteriormente dicho se hará referencia a tres problemas, que la teoría de “frutos por representación” desnaturaliza e impide se resuelvan adecuadamente y que—parece—pueden tener una solución correcta conforme a la concepción del representante legítimo como administrador del patrimonio del ausente.

##### a) *La propiedad de los bienes consumibles y fungibles*

Corolario de la teoría de “frutos por representación” es entender—según se ha visto—que las cosas consumibles y el dinero, cosas fungibles, valores y efectos públicos que estén en el

---

(44) La posibilidad de retribuir al representante legítimo con todos los productos líquidos se dará sólo cuando se estime que deducidas las cargas que pesen sobre el patrimonio, los productos que resten son el mínimo indispensable para su adecuada remuneración.

patrimonio del ausente se hagan de la propiedad del representante legítimo al entrar éste en posesión de su cargo (45).

Frente a estas afirmaciones, parecen más seguras estas otras: en las cosas consumibles la representación legítima no confiere la propiedad ni el usufructo (compárense los artículos 482, 481 del Código civil); en los fungibles, tampoco la propiedad. La misma Ley de Ausencia lo expresa de modo inequívoco. La obligación de inventariar los bienes muebles (artículos 185 del Código civil, 2.045 de la Ley de Enjuiciamiento civil) va unida a la terminante prohibición impuesta a los poseedores temporales de enajenarlos sin autorización judicial (artículo 186, III, del Código civil). Aceptar una apropiación de ciertos bienes muebles por el representante sería crear una excepción no admitida por la Ley, imponer una enajenación automática (cambio de la titularidad dominical) en beneficio del representante. La incompatibilidad de este resultado con el criterio legal se hace patente en la impuesta intervención del Juez, que al autorizar cada acto de disposición “determinará el empleo de la cantidad obtenida” (artículo 186, III, del Código civil) (46). ¿Entró la cantidad de dinero—cosa fungible—en el patrimonio del representante? ¿Cómo entonces el Juez determina el empleo de una cosa propia del representante? Si se reconoce que la falta de poder del representante y la intervención judicial es posible, porque la cantidad no sale del patrimonio del ausente, se acepta la existencia de cosas fungibles no aptas para la apropiación del representante. Reconocido, en fin, que el poder representativo (como posesión temporal) no implica necesariamente la apropiación “*ipso iure*” de toda cosa fungible, se desvanece la única razón que pudiera justificar esa anomalía jurídica de una titularidad de representante que se convierte, sin más, en titularidad dominical.

La gravedad de la cuestión debatida excede a la misma del poder dispositivo del representante; significa el paso de todos los bienes fungibles y consumibles del patrimonio del ausente al patrimonio del representante. Al ser esto así, el mecanismo de la responsabilidad patrimonial (artículo 1.911 del Código civil) determina que si el representante cae en concurso o en quiebra sus acreedores harán efectivos sus créditos en la masa patrimonial

---

(45) La conexión entre la teoría y la consecuencia determina que no se aplique este derecho de apropiación al representante dativo y, en cambio sí a los hermanos; de este modo quedan éstos equiparados al cónyuge, hijo y ascendiente, en contra del general criterio de la Ley de desconfianza y de restricción de su poder.

(46) El obstáculo insuperable que opone el art. 186, III, C. c. a la teoría examinada está en la incompatibilidad de imponerse una limitación al poder dispositivo de los poseedores temporales sobre unos bienes fungibles (una cantidad de dinero) y el que se le conceda (como sostiene aquella teoría) a esas mismas personas y sobre la misma clase de bienes fungibles la propiedad, lo que sería —precisamente—la entrega de un poder ilimitado sobre ellos; si se les niega expresamente lo menos, no puede deducirse que se les haya otorgado lo más.

y el patrimonio del ausente concurrirá, como un acreedor más, por el valor de los bienes fungibles y consumibles. Un ejemplo mostrará el alcance práctico de la teoría; a poco de tomar posesión de su cargo de representante vuelve el ausente y se encuentra con que se ha declarado en concurso o quiebra su representante; entonces asistirá impotente a este sorprendente resultado: entrarán en la masa del concurso o de la quiebra el trigo que nunca saliera de sus graneros, los vinos de sus bodegas con sus envases, el activo de sus cuentas corrientes y los valores depositados en los Bancos, y quedará reducido a la condición de acreedor no privilegiado, sin otro derecho que el problemático de una cuota en la liquidación de la masa.

La teoría de "remuneración por administración" no conduce a tales erróneas conclusiones y permite una interpretación armónica de los preceptos legales. El representante posee "nomine alieno" y sólo en virtud de sus facultades generales de administración o previa autorización judicial tendrá la facultad de disponer. El Juez, al terminarse el inventario, podrá ordenar el depósito del dinero, títulos o inscripciones de efectos públicos y valores o imponer cualquiera otra medida precautoria, determinar el modo de la inversión de estos bienes y vigilar su buen empleo (artículo 2.031 de la Ley de Enjuiciamiento civil; artículo 1.355, 1.444 del Código civil por analogía). Los frutos, antes o después de su separación, ni en su totalidad ni en parte entran como tales en el patrimonio del representante legítimo. La Ley excluye ya esa posibilidad al decir que hará suyo "los productos líquidos" en la cuantía señalada por el Juez (artículo 186, I. del Código civil); tiene, pues, un derecho a cobrarse de los mismos frutos, pero después de cumplidas las obligaciones, cargas y afecciones del patrimonio, cuando haya "producto líquido", o sea, tiene un crédito especial sobre el patrimonio administrado "ex causa remunerationis" (47).

---

(47) Las cosas consumibles inventariadas no se hacen propias del representante; tendrá la obligación de darles el destino más útil y adecuado para obtener con ellas "los rendimientos normales de que fuesen susceptibles" (art. 185, número 3, C. c.); no bebiéndose el vino, comiéndose las naranjas, ni (en las deteriorables) usando los vestidos y el ajuar de la casa del ausente, sino vendiéndolos o guardándolos a uso de buen administrador.

La aguda objeción de que entonces "la posesión temporal sobre el vino y sobre cosas fungibles no le serviría para nada al representante"—SERRANO, loc. citado, pág. 221—no es válida, si se acepta la teoría de "remuneración por representación"; la representación no se ha creado en beneficio del representante legítimo, ni la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal se impone para custodiar los intereses de éste; la posesión de los bienes se da al representante como tal, para que represente, para utilidad del representado, o sea para la custodia del patrimonio del ausente.

b) *Los gastos y mejoras*

Intimamente unida a la concepción de la “posesión temporal”, como una posesión de buena fe, está la pretendida aplicación de los artículos 453 a 458 del Código civil a la posesión del representante legítimo.

Esta consecuencia cae con su presupuesto; pues, como ya se ha indicado (48), la posesión de buena fe a que se refieren los artículos señalados es la posesión a título de dueño, no la de administrador de bienes ajenos (49). Carece además de apoyo en la propia regulación de la ausencia; la función conservadora encomendada al representante (artículo 185, núm. 3 del Código civil) le obliga a hacer los gastos necesarios o útiles, a procurar las mejoras que convengan para el rendimiento normal de los bienes; estos desembolsos los hará el representante con las rentas del patrimonio del ausente—no con las propias—, serán una parte del pasivo a deducir del haber en el momento de determinar cuáles sean los productos líquidos (artículo 186, I, del Código civil). La teoría criticada llevaría al resultado de hacer que el representante tratase como “*suyos*” todos los bienes del ausente, cuando la Ley no le consiente hacer “*suyos*” más que la cuantía de productos líquidos que determine el Juez.

La teoría de “remuneración por representación” impide estas confusiones, que podrían hacer peligrar los derechos del ausente, de sus herederos y de sus acreedores, y además permite una clara separación entre el patrimonio del ausente y el de su representante.

c) *La situación de los bienes gananciales*

Con gran cuidado y agudeza se ha estudiado la relación entre la situación creada por la Ley al patrimonio del ausente y el funcionamiento de la sociedad de gananciales (50). Nos referiremos sólo a una cuestión que ha sido obscurecida por la teoría de “frutos por representación” y que—parece—puede aclararse con la aquí propuesta.

En el caso de la ausencia de la mujer, si el marido es menor se piensa que el representante del ausente, como poseedor temporal, excluye todo derecho del marido sobre los frutos gananciales (51); si el marido es el ausente y su mujer es menor, los

---

(48) Vide supra Nota 27.

(49) Ni siquiera se puede relacionar con el derecho que al usufructuario concede el art. 487 C. c.

(50) COSSÍO, loc. cit., págs. 478-481; SERRANO, loc. cit., págs. 270-286.

(51) COSSÍO, loc. cit., pág. 379; SERRANO, loc. cit., pág. 279.

gananciales se estima que por la misma razón quedarán en beneficio del representante legítimo (52).

Con toda razón se ha censurado esta conclusión (53). Choca no sólo con los principios informadores de la sociedad conyugal, sino con un precepto expreso del Código civil. La teoría comentada produce una separación de bienes de los cónyuges; es preciso liquidar la sociedad para saber qué bienes entran en posesión del representante (54); los frutos de los bienes del marido dejan de ingresar en la sociedad y no soportarán ni podrán computarse para el levantamiento de sus cargas. Resultado contradictorio por el artículo 1.433 del Código civil, que, en caso de ausencia, entrega a los cónyuges la facultad de solicitar—a su conveniencia—la separación de bienes y no permite presumir una separación automática, que se impondría posiblemente contra la voluntad del cónyuge presente (55).

Conforme a la teoría que se propone en este estudio se evitarían tales recusables consecuencias. Sin interferencias ni choques pueden funcionar la representación legítima y la sociedad de gananciales. Los frutos correspondientes del patrimonio del ausente continuarán ingresando en el patrimonio de la sociedad, con la sola diferencia de que sobre dichos frutos pesará una carga, la remuneración del representante como administrador, y que, por tanto, disminuirá en esa cuantía los ingresos de la sociedad (56).

(52) SERRANO loc. cit., 281.

(53) “¿No representa esto una vulneración de los derechos de la sociedad conyugal?”. se pregunta COSSÍO, añadiendo que es un resultado “injusto y anormal”, loc. cit., pág. 379.

(54) Para evitarlo cabría sólo admitir (en uno de los casos) que el representante legítimo haría suyos todos los frutos que estaban en posesión del marido, es decir, todos los de la sociedad conyugal, incluidos los parafernales. Pero esta conclusión, razonablemente, ha sido excluida.

(55) Se ha procurado paliar lo injusto del resultado para el cónyuge aludiendo a una posible pensión alimenticia; pero no hay que olvidar los preceptos sobre alimentos, cuando se pueden exigir (art. 148) su extensión (art. 142) y el modo de prestarlos (art. 149); y que la especial naturaleza de la deuda alimenticia impide que puedan tener la misma o análoga función que la sociedad conyugal.

(56) El cónyuge del ausente, aunque sea menor, seguirá siendo el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, sin más limitación que la de que los bienes del ausente estarían en administración separada (corrigiéndose así, pero no derogándose, el art. 1.441, núm. 2, C. c.).

La hipótesis de la ausencia de ambos cónyuges será resuelta con arreglo a los mismos principios.

# **ESTUDIOS LEGISLATIVOS**



# Estudios legislativos <sup>1</sup>

## Los problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos

ARTURO GALLARDO RUEDA  
Letrado del Ministerio de Justicia. Registrador  
de la Propiedad

SUMARIO: 1. *Locales para ejercicio de profesiones liberales.*—2. *Arrendamientos de temporada.*—3. *Arrendadores y arrendatarios extranjeros.*—4. *Las fuentes supletorias de la ley de Arrendamientos Urbanos.*—5. *Los "extraños" del artículo 27.*—6. *Viviendas protegidas.*—7. *Las derramas por concepto de servicios y el artículo 126 de la ley de Arrendamientos.*—8. *La notificación de traspaso al arrendador.*—9. *Disposiciones registrales de la nueva ley de Arrendamientos Urbanos.*

### 1. Locales para ejercicio de profesiones liberales

La lectura aislada del artículo 1.º de la Ley ha inducido al intérprete de la Ley de 31 de diciembre de 1946 a plantearse el problema de la naturaleza jurídica de los consultorios médicos, los bufetes de los Abogados, las oficinas de farmacia y los despachos de Notarios, Registradores y otros profesionales libres. La duda no puede solucionarse sino con una conjunta meditación de aquel precepto y el 7.º

Ya en el primero de los citados artículos destacan dos notas características del concepto local de negocio. Aludimos, en primer término, al elemento internacional determinante del contrato de arrendamiento y que, independientemente de la configuración o situación objetiva del local, constituirá elemento esencial para definirlo.

Nada importa que esté situado o no en planta baja y que tenga o no los servicios habituales de una vivienda. Local de negocio o vivienda podrán considerarse como tales según que la in-

---

1. En esta Sección se publican estudios sobre las disposiciones y proyectos más recientes.

tención de las partes hayan sido, al celebrar el contrato, darles uno u otro destino.

Sobre esta premisa ha de operar la segunda de dichas notas caracterizadoras, la de que el local de negocio, para poder ser definido como tal, además de haber sido arrendado para ejercer en él una actividad comercial, industrial o pedagógica lucrativas, esté abierto al público, que directamente contrate en él con el arrendatario. Este último explica por qué el artículo 10 de la misma Ley no atribuye aquella consideración jurídica a los almacenes y oficinas; en ellos no hay relación directa entre el arrendatario y el público consumidor.

Al comentar en otra ocasión este último precepto, dijimos que la nota de actuar como establecimiento abierto ha de venir contrastada por la realidad, sin que baste, a los efectos de la nueva Ley, la presunción establecida en el artículo 3.º del Código de Comercio ni, por consiguiente, la simple emisión de circulares que anuncie un presunto local de negocio donde, en realidad, no se ejerzan las actividades lucrativas aludidas.

Para desvirtuar cualquier duda que estas dos notas apuntadas pudieran suscitar cuando se trate de aplicarlas al local destinado a ejercer una profesión libre, está dictado el artículo 7.º En buena doctrina, ni el Abogado, ni el médico, ni el farmacéutico son comerciantes en el sentido económico y jurídico del concepto, ni sus despachos pueden calificarse de establecimientos comerciales. No es preciso examinar con excesivo rigor estos dos conceptos a la luz del Derecho Mercantil para concluir que tales profesionales no realizan actos de mediación ni de comercio, en general, sino que prestan directamente su trabajo intelectual a quienes lo necesitan. La remuneración que perciben no puede reputarse lucro ni parangonarse con los beneficios que obtiene el intermediario comerciante ni con el margen industrial, que, aunque se consideren lícitos, tienen una naturaleza económica y moral distintas que les hace merecedores de diferente tratamiento jurídico.

La calificación de los Centros privados de Enseñanza como locales de negocio no desampara a los profesionales libres dedicados individualmente a la enseñanza. El artículo 7.º de la Ley protege también a los titulares, Licenciados, Maestros, Doctores y Profesores, en general, que en su propia vivienda proporcionan enseñanza a uno o varios alumnos o, incluso, a grupos de ellos. Las razones en que nos fundamos para defender esta interpretación son no sólo el carácter de profesional libre que ostentan tales inquilinos, sino también la condición de pequeña industria con que podría calificarse, en la más rigurosa de las interpretaciones, tal actividad pedagógica, y que en todo caso son condiciones alternativas o conjuntamente suficientes para justificar su protección a través del citado precepto.

Tampoco se clasifican como locales de negocio los Centros pedagógicos oficiales, sostenidos con fondos del Estado o de las Corporaciones públicas, o de las entidades benéficas y piadosas.

La razón de que esto sea así es bien notoria. Ni el Estado ni las Corporaciones públicas persiguen fines de lucro, aun cuando impongan a los alumnos de sus Centros ciertas prestaciones económicas de mero carácter fiscal o destinadas al entretenimiento estrictamente indispensable del material de enseñanza.

Las entidades benéficas, para tener derecho a la protección del artículo 8.º, deberán estar clasificadas administrativamente como tales. Y lo mismo las Asociaciones piadosas, necesitadas igualmente del marchamo administrativo, en cuanto las normas canónicas sólo tienen eficacia si han sido aceptadas como Leyes civiles.

Los Centros pedagógicos, sostenidos por casinos recreativos, literarios o regionales y, en general, por entidades que no persigan por sí mismas, ni a través de aquéllos, fines de lucro, estarán también incluidos en el artículo 8.º cuando su ánimo de beneficencia esté suficientemente comprobado y declarado por disposición general o acto singular de autoridad.

## **2. Arrendamientos de temporada**

La aplicación de las Leyes de excepción, para ser correcta, debe quedar limitada a través de una interpretación restrictiva de sus preceptos. Tal puede ser el principio inspirador de una determinada hermenéutica, perfectamente aplicable a la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos.

El carácter prohibitivo de sus normas (usando de la dicotomía tradicionalmente aceptada, normas permisivas-normas prohibitivas) resulta de la eficacia que se les otorga como superiores y anteriores cualitativamente a las convenciones de las partes para quienes aquéllas resultan frecuentemente inderogables; de la urgencia de sus disposiciones que en muchas ocasiones suplen la intención de los contratantes a través de presunciones "iuris et de iure", vinculándolos a consecuencias jurídicas que tal vez no preveyeron, pero que la Ley había preñado como correlarios a sus declaraciones de voluntad; de la irrenunciabilidad de los derechos que confiere al arrendatario de vivienda siempre, y al de local de negocio, regularmente; del fin inmediato que se propuso llenar y de tantas otras notas que podrían inducirse de su entraña.

Para explicar el régimen jurídico que, dentro de la nueva Ley, ocupan los llamados arrendamientos de temporada y más llana-

mente “de veraneo”, se hace preciso contemplar con la claridad posible ese fin inmediato a que acabamos de aludir.

El jurista, encerrado en su laboratorio, puede remontarse a construir una verdadera matemática de conceptos, un perfecto sistema de concepciones abstractas que ofrezcan la concatenación de lo irrecusable; pero ni siquiera una pretensión de soberanía política puede justificar en el legislador una parecida actitud. Si realmente las normas sólo tendrán eficacia cuando respondan a una necesidad generalmente sentida, las de arrendamientos urbanos ha llenado una exigencia. Pero sólo en cuanto con normas podía llenarse, es decir, parcialmente, porque por sí solas no implican la conjunción de los elementos económicos que la satisfarían plenamente. Sin nuevas construcciones no es posible una justa ordenación del problema; por eso la nueva Ley tenía que limitarse—como lo ha hecho—a intentar la mejor distribución y el mejor aprovechamiento de las existentes. Este es el fin inmediato a que aludíamos y que explica el carácter inderogable, limitativo y rígido de muchas de sus disposiciones. La protección de los intereses de la generalidad se ha erigido en norma de orden público, superponiéndose a cualquier consideración doctrinal o de técnica. De aquí el sacrificio que se ha cometido muchas veces, a lo largo del articulado, con conceptos de perfiles tan tradicionalmente clásicos, como el de las facultades inherentes al dominio, el subarriendo, el patrimonio mercantil, la prestación de reparaciones ordinarias, la libre convención de la renta y sus aumentos, etc. “Locator” y “conductor” ven sometidos los que venían siendo sus derechos civiles en el ordenamiento común español a un sistema de normas que los canaliza rigidamente, de modo que la cesión, el arrendamiento y el subarriendo apenas si permiten hoy otra autonomía voluntaria que la prestación o no prestación del consentimiento; mediando éste, la relación jurídica viene a ser casi lo que hace unos años se denominaba un simple “contrato de adhesión”. Las partes ponen en marcha un negocio jurídico cuyas consecuencias están pre-determinadas casi exclusivamente en la Ley.

El sistema rompe, pues, con las normas clásicas del Derecho Privado, por esencia permisivo. Los sacrificios que a la técnica y a los intereses económicos en juicio se han exigido son ingentes. De ahí nuestra afirmación de la necesidad de limitar al máximo el ámbito de aplicación de la Ley. Donde el bien de la comunidad no exija el uso de un tan absorbente “imperium”, funcionará el ordenamiento general común y no la Ley prohibitiva.

Con estos conceptos previos podemos afirmar que los llamados arrendamientos de temporada deben ser—como lo son—excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, porque no intentan llenar la perentoria necesidad de un techo y se inspiran—como afirma la Exposición de Motivos de 31 de diciembre de 1946—en

finalidades complejas y distintas de aquélla. En finalidades más o menos suntuarias, nos permitimos añadir, sin desconocer lo inexcusable de su satisfacción en muchas ocasiones.

La existencia conjunta y simultánea de las dos condiciones exigidas en el artículo 2.º cierra en lo posible las fisuras a través de las cuales resultarían protegidas relaciones jurídicas no necesitadas de la nueva Ley. Sólo los arrendamientos, subarrendos y cesiones, en que el usuario no resida habitualmente en el lugar donde está sita la finca y cuyo plazo de duración sea inferior a un año, quedan excluidos de su ámbito. Aquellos en que se dé la primera condición, pero el referido plazo sea superior a doce meses, están incluidos a todos los efectos en la Ley; bien entendido que entre tales efectos figura la posibilidad de que puedan considerarse como locales alquilados, pero deshabitados, de acuerdo con el párrafo b) de la disposición transitoria vigésimo tercera, cuya aplicación no ha sido aún acordada por el Gobierno. Si el arrendatario reside en el lugar de situación de la finca, pero el plazo pactado para el arrendamiento es inferior a un año, también el contrato queda incluido en el ámbito de la nueva Ley; pero habrá un período de tiempo (aquél en que el vínculo no rige) durante el cual la vivienda podrá ser denunciada como no alquilada, al amparo de la disposición a) de la citada disposición vigésimo tercera.

El artículo 2.º no resulta inútil en la sistemática legal. Intenta segregar del ámbito de ésta aquellos contratos que necesitan su protección; pero el rigor del legislador no puede ser tal que cierre los ojos a la realidad para satisfacer la pureza de un sistema planeado en el laboratorio. Tal vez por eso no ha sido acordada aún la puesta en vigor del referido apartado b), que provocaría un gravísimo problema de lanzamientos masivos en grandes zonas del Norte de España y en otros lugares de veraneo. Parece justo proteger—en tanto las circunstancias de necesidad común no exijan otra cosa—a quienes pagan el arrendamiento de una vivienda en un lugar de veraneo, aunque la habiten sólo temporalmente; pero no parece tan justo otorgar la misma protección a quien por pocos días contrata sin sacrificio económico y, probablemente, sin necesidad real.

Los perjuicios que de contratos de tan escasa vigencia cronológica pueden derivarse para arrendador y arrendatario son insuficientes a justificar la puesta en marcha de todo el aparato restrictivo de la Ley.

### **3. Arrendadores y arrendatarios extranjeros**

Apartándose del criterio tradicional vigente en el Derecho internacional privado, el artículo 12 de la nueva Ley de 31 de diciembre de 1946, lejos de negar o limitar los derechos civiles que como arrendadores o arrendatarios pudieran corresponder a los extranjeros residentes en territorio español, ha proclamado un principio de evidente generosidad. Pudo haber seguido el criterio irrecusable de la reciprocidad, acogido en la Ley de Enjuiciamiento civil, pero prefirió anteponer las razones de humanidad que, sin duda, inspiran el precepto a las normas de política internacional que hubiera sido lícito acoger en el nuevo texto.

Las observaciones que el artículo 12 pudiera suscitar quedan desvirtuadas, desde el punto de vista interno, con la consideración de que la perentoria necesidad de un albergue tiene idéntica vigencia para los ciudadanos españoles que para las familias no nacionales asistidas de nuestra hospitalidad; no es lícito distinguir la nacionalidad del arrendatario para otorgarle o negarle la protección de la Ley, del mismo modo que tampoco a los efectos de proporcionarle alimentación o vestido. Dentro de esta directriz, ninguna observación moral o jurídica puede oponerse a la inspiración seguida por el legislador español en esta ocasión.

Pero el problema tiene un aspecto externo que no cabe desconocer. El criterio de reciprocidad en el ámbito internacional puede responder en ocasiones a reivindicaciones políticas o la necesidad de salvaguardar escrupulosamente la propia soberanía; en otras, las más, constituye la mejor arma de que dispone el Estado para defender los intereses de sus propios nacionales en el extranjero. Es, en definitiva, una forma pacífica de la aplicación de las represalias, admitidas como lícitas por el Derecho internacional.

Al renunciar el Gobierno español al criterio de reciprocidad aludido, no puede afirmarse que por ello haya abandonado la defensa de los intereses españoles en territorio extranjero. Sin forzar excesivamente el tenor del artículo 12, cabe lícitamente descubrir en él un principio general de generosidad, cuya aplicación queda condicionada por aquellas mismas razones de humanidad en que se inspira. Como norma general, los arrendadores y arrendatarios extranjeros gozan en territorio español de la misma protección que nuestros connacionales, pero sólo en tanto se dé idéntico trato de normalidad a los españoles residentes en el país de que se trate. Cuando las referidas relaciones de normalidad sean alteradas por el Gobierno extranjero del territorio donde residan nuestros compatriotas, el español podrá restringir excepcionalmente la aplicación del generoso precepto del artículo 12, privando a los súbditos del hostil de la protección que para situaciones de normalidad se les brinda.

#### 4. Las fuentes supletorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos

Con pretensión de vigencia exclusiva, dispone el artículo 13 que en aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias reguladas en la Ley, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía. Una norma de tal naturaleza tiene que ser técnicamente calificada de ambiciosa. Es cierto que en el terreno de la abstracción pueden obtenerse de cualquier ordenamiento legal principios inspiradores que, a la vez y por analogía, cabe constituir en fuentes supletorias del mismo. Una simple inducción del articulado conduce a esta consecuencia, que puede ser eficazmente completada en el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos con la extensa exposición de motivos que a la misma precedió en el texto de las Bases.

Parece interesante, sin embargo, precisar dos extremos que ayudarán a la comprensión del precepto.

Se refiere el primero a la condición objetiva, base del artículo 13, según la cual la analogía entrará en funciones cuando la cuestión debatida “no obstante referirse a materias que la Ley regula...” Esta condición exige ya un proceso de inducción que habrá de apoyarse en el artículo 1.º, cuando precisa las relaciones jurídicas sometidas a aquélla, y en los artículos 2.º al 5.º, que se refieren a las fincas clasificadas como urbanas y a los negocios amparados en el ámbito de la Ley. Sin embargo, la cuestión se prestaba a la mala fe por parte de algunos litigantes que, interesados en soslayar lo rígido de la normación arrendaticia nueva, dilatasen el momento de decidir sobre el fondo de la cuestión planteada, proponiendo con carácter previo un juicio civil en el que la autoridad decidiese sobre si la cuestión debatida estaba o no comprendida dentro de la nueva Ley.

A evitar esta previsible habilidad curialesca tiende la disposición transitoria 17.ª, que atribuye al juzgador de instancia la facultad de decidir breve y sumariamente sobre aquel extremo, para lo cual habrá de tener presente el espíritu protector en que se inspira la nueva Ley y las razones de orden público que la determinaron.

El otro extremo, que puede ayudar a comprender el alcance del artículo 13, hace referencia a la historia legislativa del mismo. En el proyecto presentado por el Gobierno a las Cortes se decía que los derechos y obligaciones nacidos del arrendamiento sobre fincas urbanas se regirían por lo pactado; por lo establecido con carácter necesario en la legislación civil común o foral, según los casos, y por lo expresamente determinado en la Ley especial. Probablemente tal enumeración no implica un orden de preferencia entre las fuentes citadas; de lo contrario ha-

bría que pensar en una tal alteración de la hermenéutica tradicional que, prácticamente, la nueva Ley quedaba reducida a precepto supletorio de segundo grado, y es notorio que no era éste el propósito del Gobierno ni el del legislador. Muy al contrario, se intentaba modificar sustancialmente el espíritu y las normas de la ordenación civil común y foral, válidas en función de una implícita aplicación de la doctrina "rebus sic stantibus", por una ordenación impregnada de un espíritu más adecuado a las necesidades y transformaciones excepcionales de nuestro tiempo. Problema distinto es el de si en lo íntimo el jurista o el legislador otorgan más o menos autoridad científica a la nueva Ley o al Código civil. Aquélla no es sino una ordenanza de necesidad de todos los caracteres de lo transitorio; éste está revestido de un prestigio ganado a través del tiempo y de una "maiestas" indiscutida.

La Ponencia, en el informe que presentaba como base de discusión a la Comisión de Justicia de las Cortes, invertía el orden de fuentes apuntado en el proyecto gubernamental (o bien colocaba a éstas por un orden de trascendencia cualitativa), proclamando que "los derechos y obligaciones nacidos de los contratos a que se refiere la Ley se regirían: a) por las normas de carácter necesario de la misma y de la legislación común y foral; b) por lo pactado en cuanto no se oponga a aquéllas y c) por la costumbre del lugar, siempre que no se oponga a la Ley ni a lo pactado". A lo largo de la discusión, en el organismo parlamentario se acordaba, finalmente, la supresión del precepto y de la idea de instituir un posible sistema de fuentes subsidiarias. El legislador tuvo conciencia de lo extraordinario del orden legal que inauguraba y temió que cualquier fisura del edificio pudiera permitir al intérprete desembocar en la aplicación de normas civiles comunes que deliberadamente había querido rechazar. Se pretendió con el actual artículo 13 constituir un islote aislado dentro de nuestro ordenamiento total, sin contacto con éste, cuya vigencia no se aceptaba ni siquiera a título de "hinterland".

El sistema de fuentes de la nueva Ley puede concluirse en este orden: a) los preceptos expresos de la Ley; b) los principios inspiradores de la misma, que deducirá por sí mismo el intérprete y aplicará a virtud de un principio de analogía "legis".

Reconozcamos, sin embargo, que el legislador de 1946 no ha conseguido sino disminuir al máximo la presencia del Código civil como fuente subsidiaria; pero acude a sus normas de modo abierto en materia de retracto (artículo 64) y de modo implícito en todos los aspectos del arrendamiento, subarrendo y cesión que la Ley, pese a su extensión, sólo regula en los aspectos relevantes para el fin inmediato y de orden público que se propuso.

## 5. Los "extraños" del artículo 27

Sorprende escuchar las jeremiacas lamentaciones de quienes en presencia de este precepto, y en nombre de una técnica exaltada a la consideración de un "ius sacramentale", se rasgan las vestiduras. Justamente en este punto la imputabilidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos es casi nula, puesto que no ha hecho sino recoger, perfeccionándolo de acuerdo con las exigencias de la práctica, el Decreto de 30 de diciembre de 1944. Estos retoques han dado como fruto una norma que, por extraña que parezca al analista de laboratorio, está destinada a contribuir eficazmente al aminoramiento del problema de la vivienda.

Cierto que su primera lectura puede llevar la confusión al ánimo del intérprete. En el párrafo primero se afirma que "no constituye subarriendo... la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a su familia y los hijos de cualquiera de ellas". El segundo dice que "los que habitaren en la vivienda del modo previsto en el párrafo anterior, tendrán con relación al inquilino y éste respecto de ellos los mismos derechos y obligaciones que este capítulo (el III) establece para los subarrendos parciales". La presunta antinomia existente entre ambos párrafos del mismo precepto se explica—según hemos escrito en otro lugar—si se piensa que la Ley ha querido distinguir los aspectos interno y externo de la posición de los extraños (denominando convencionalmente interno a lo que hace referencia a su postura frente al inquilino, y externo a lo que le relaciona con el arrendador). Si en el referido aspecto interno los extraños ocupan una posición jurídica análoga o igual a la del subarrendatario parcial, y esa relación "no se reputa subarriendo", habrá de entenderse que esta última frase hace referencia a dos extremos: a) la no necesidad de autorización expresa y escrita del arrendador, exigida para subarrendar por el artículo 14, y que expresamente ha querido aquí la Ley excluir, y b) inexistencia de relación jurídica contractual directa ni indirecta entre los extraños y el arrendador, al contrario de lo que sucede para con el subarrendatario en el artículo 23.

Probablemente ese primer párrafo hubiera quedado redactado de modo más claro en la forma siguiente: "No se reputará subarriendo, ..., la convivencia, etc.". Con ello se aclara, a nuestro entender, el artículo 27 en uno de sus escollos principales. La relación jurídica creada por el mismo puede, pues, calificarse de verdadero subarriendo, excluido de la necesidad de autorización expresa del arrendador, y en el que la relación contractual ni extracontractual entre éste y los extraños no existe. Confirma esta tesis no sólo el párrafo segundo del precepto, sino también el aumento autorizado del 10 por 100, que tanto se parece a la participación del arrendador en el precio del subarriendo a que

se refiere el artículo 19. Y decimos que no hay relación contractual ni extracontractual entre el arrendador y el extraño porque dejan de funcionar en ella no sólo el artículo 23 y sus concordantes, sino incluso el 139, que obliga al arrendador a reclamar precisamente frente al "titular del contrato o quien lo continuare" el importe de los daños causados dolosa o negligentemente por quienes con ellos convivan.

Otro punto interesante del precepto que comentamos es el relativo al número de personas autorizadas para convivir a título de "extraños" y su influencia en el aumento de la renta del arrendatario. Dispone el último inciso del párrafo primero que "no obstante, si el número total de extraños que con él convivan con carácter permanente excede de dos, el inquilino vendrá obligado al pago del 10 por 100 de la renta por cada una de tales personas". Recordemos que el inciso primero del mismo párrafo autoriza la convivencia con el inquilino "hasta de dos personas extrañas a su familia y los hijos de cualquiera de ellas". Hay, pues, dos grupos de personas comprendidas en la norma: 1) los familiares del inquilino, y 2) los dos extraños y sus hijos o los de cualquiera de ellos.

La necesidad de una correcta interpretación nos obliga a excluir un concepto de familia que tal vez pudiera hallarse en otros sectores de nuestro ordenamiento jurídico, distinto del de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Al comentar el artículo 13 hemos puesto de manifiesto el carácter excluyente de la misma y, por consiguiente, en ella habremos de buscar aquel concepto. Creemos encontrarlo más típicamente formulado—aunque en otros preceptos se le aluda—en el artículo 34, que la estima integrada por los "parientes dentro del segundo grado". Hemos, pues, de concluir rápidamente que están comprendidos dentro de la autorización del artículo 27 estos parientes, y tanto en la línea recta como en la colateral y tanto consanguíneos como afines. "Extraños" serán los parientes de grado más distinto y las personas no unidas al inquilino por relación parental alguna.

No obstante, a los efectos del pago de 10 por 100, entendemos que el concepto familia queda restringido al cónyuge y los hijos del inquilino y, por analogía, las personas directamente dedicadas a su servicio doméstico, computándose cualquiera otra, a los fines de aumento de la renta, en el número aludido. Los hijos de los dos extraños o de uno de ellos entrarán también en el referido cómputo.

En síntesis: la convivencia con el inquilino (y con carácter permanente) de más de dos personas distintas de su cónyuge, hijos y sirvientes, determina la elevación del 10 por 100 por cada uno de las que excedan. La propia "ratio legis" que inspira el precepto no permite una interpretación más amplia.

## 6. Viviendas protegidas

Los términos absolutos en que se redactó la disposición transitoria 27 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que deroga "todas las especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos", sin otra excepción expresa que la que se consigna en favor de la Ley de Ordenación de solares, ha suscitado en el ánimo del intérprete dudas acerca de la vigencia de la legislación especial sobre viviendas protegidas, después de 31 de diciembre de 1946.

Es cierto que en la nueva Ley se alude a este tipo de edificación, por lo menos, en dos de sus preceptos. El artículo 122, al fijar la renta de los locales habitables construidos u ocupados por primera vez después de 1.º de enero de 1942, exceptúa del régimen de libertad de pacto las posteriores a esa fecha de "naturaleza económica, familiar, privilegiada o acogida a cualquier disposición especial", y el artículo 126 impide la repercusión de las diferencias por elevación de contribuciones en las viviendas o locales de negocio acogidos a precepto legal que prohíba la derrama.

Para la solución del problema no basta un criterio analógico, que, aunque autorizado por el artículo 13, no sirve por sí mismo para justificar aquélla. Parécenos más útil recordar el estatuto jurídico de tales viviendas anterior a 31 de diciembre de 1946 y su comparación con la Ley de esa fecha.

Al amparo de la Ley de 25 de junio de 1935 se dictó la de 10 de noviembre de 1942, que contiene la ordenación fundamental de las llamadas viviendas protegidas. Sus normas hacen relación:

A) A la prohibición de arrendar para local de negocio cualquier parte del inmueble privilegiado, excepto la planta baja.

B) En los contratos de arrendamiento de tales fincas habrá de consignarse la prohibición expresa de traspasar o subarrendar, entendiéndose vigente esta cláusula por disposición de la Ley, aun en los casos en que hubiere sido omitida.

C) Prohibición absoluta de alquilar partes del inmueble a título de viviendas amuebladas o provistas de mobiliario o menaje de cocina.

D) Queda también prohibido exigir a los presuntos inquilinos la entrega de cantidades en concepto de aportación social y a pretexto de constituir entidades pseudo-inmobiliarias, o utilizar cualquier otra fórmula que tienda a desvirtuar la finalidad específica de la Ley de 1942.

La Orden de 7 de febrero de 1945 ratifica estas prohibiciones en sus artículos 16 y 17.

Por lo que a la parte procesal hace referencia, el artículo 5.º de la Ley de 10 de noviembre de 1942 autoriza a las Juntas provinciales de pago para imponer de oficio o a instancias de parte

sanciones pecuniarias a los propietarios que infrinjan los preceptos que anteceden o que vulnere el tope máximo fijado para la renta.

Contra las resoluciones de las Juntas provinciales cabe, en determinados casos, recurso ante la Junta Interministerial del Poro y el Ministro de Trabajo.

Las referidas Juntas fueron creadas por la Ley de 25 de agosto de 1939 y modificadas por la de 18 de junio de 1942.

La Ley de Arrendamientos Urbanos, al no declarar subsistente, en su disposición transitoria 27), la anterior legislación especial de viviendas protegidas, plantea el problema a que aludimos.

Por consiguiente, salvo en los indicados preceptos, la nueva situación de tales fincas será la siguiente:

- A) En cuanto a la prohibición de alquilar para local de negocio otras plantas distintas de la baja: desaparece.
- B) En cuanto a la prohibición terminante de traspasar o subarrendar: la cesión de viviendas queda prohibida en la nueva Ley; el traspaso de local de negocio queda autorizado con las condiciones limitativas exigidas; el subarriendo total y parcial queda autorizado también condicionalmente.
- C) En cuanto a la prohibición de arrendar viviendas amuebladas: queda autorizada dentro del régimen general de la nueva Ley.
- D) En cuanto a la prohibición de exigir a los presuntos inquilinos cantidades previstas a la ocupación de la vivienda o local, en concepto de aportación para la constitución de una entidad pseudo-inmobiliaria, o por cualquier otro concepto que desvirtúe la finalidad de la Ley de 10 de noviembre de 1942:
  - a) Si tal prohibición se interpreta como de compraventa de pisos, la nueva Ley autoriza dicha venta con las limitaciones que implica el reconocimiento de los derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario.
  - b) Si aquella prohibición ha de entenderse en sus términos literales, la nueva Ley no autoriza al propietario para exigir otras cantidades previas a la ocupación de la vivienda o local de negocio que la fianza.

Por lo que se refiere al aspecto procesal, la nueva Ley no reconoce otra jurisdicción competente para entender los litigios que de ella se originan que la de los Juzgados y Tribunales ordinarios, entendiéndose, por consiguiente, suprimida la intervención de las Juntas de Poro, dependientes del Ministerio de Trabajo.

## 7. Las derramas por concepto de servicios y el artículo 126 de la Ley de Arrendamientos

En relación con las posibles interpretaciones del artículo 126 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, conviene hacer las siguientes consideraciones:

Parte el citado precepto de la distinción cronológica—utilizada ya por la propia Ley para limitar la renta—de viviendas o locales de negocio construidos u ocupados por vez primera antes o después de 2 de enero de 1942.

En función de ella, dispone el párrafo último del artículo 126 que las diferencias por elevación del precio en el coste de los servicios y suministros, cuando se trate de viviendas o local de negocio construidos o habitados por primera vez antes de la citada fecha, podrán derramarse por el arrendador proporcionalmente a la utilización de aquellos servicios o suministros, hallándose facultado para alterarlas en la medida en que cambie el precio legal de los mismos. Quedan, pues, excluidos de la referida derrama los locales de negocio y las viviendas construidas u ocupadas por primera vez después de 2 de enero de 1942.

El primer problema que puede suscitarse en torno al precepto que comentamos es la necesidad de precisar el concepto de “servicios” a los preceptos legales. No es función legislativa la definición de los conceptos notorios empleados en las normas. Tal vez hubiera sido, no obstante, conveniente llevar el concepto de “servicios” al texto de la Ley, al modo como la misma define el traspaso en el artículo 44. Debe entenderse, pues, que al no definirlo el legislador lo ha entendido suficientemente notorio o ha preferido dejar su interpretación al prudente arbitrio judicial.

Pero si por nuestra parte hubiéramos de intentar una definición de los servicios a que alude el artículo 126 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, comenzaríamos por eliminar del mismo la idea de “suministros” que se emplea en el mismo precepto, y que, a nuestro juicio, comprende las prestaciones no personales verificadas en interés de todo o parte del edificio en que las viviendas o locales de negocio están enclavados.

Serían, pues, servicios aquellas otras prestaciones que implican esfuerzo o trabajo personal prestado, también en interés total o parcial de la finca.

En esta línea de pensamiento podrían calificarse de suministros del inmueble los de agua, luz, gas, etc., y de servicios los prestados por serenos, guardas, porteros, ascensoristas, empleados de centralitas telefónicas, etc. Apoyamos nuestra tesis en que el dato de prestación de trabajos es el utilizado en los artículos 1.542 y 1.587 del Código civil para calificar el contrato de arrendamiento de servicios.

Precisa la circunstancia de que los prestados por los porteros son servicios en el sentido del artículo 126 de la Ley; parece claro que los aumentos legales experimentados por sus sueldos o salarios habrán de derramarse entre los inquilinos en la forma determinada en el mismo precepto. -

Seguramente las razones que inspiraron al legislador una tal disposición han de buscarse en el sistema de limitación de rentas de los contratos de arrendamiento adoptados a lo largo del capítulo IX de la Ley, y muy singularmente en sus artículos 118, 121 y 122. Dicho sistema puede sistematizarse en las siguientes notas:

A) Renta legal de las viviendas y locales de negocio construidos u ocupados por primera vez antes del 18 de julio de 1936. Será la de 17 de julio de 1936, aumentada (cuando el Gobierno lo autorice) en unos porcentajes que nunca excede del 10 por 100 de aquélla.

B) Renta legal de las viviendas y locales de negocio construidos u ocupados por primera vez después del 17 de julio de 1936 y antes de 2 de enero de 1942. Será la actualmente vigente, que no podrán aumentarse con los referidos porcentajes.

C) Renta legal de las viviendas y locales de negocio construidos u ocupados por primera vez después del 2 de enero de 1942. Será la que libremente se estipuló con el primer arrendatario, sin posibilidad de elevación.

El apartado C) está, naturalmente, dictado con el fin de atraer capitales a la construcción de nuevas edificaciones, único modo de resolver el problema de la escasez de viviendas. En él se presume también que el arrendador, al fijar la renta del arrendamiento, habrá calculado los gastos actuales y sus posibles aumentos por razón de contribuciones y elevación de los precios de los servicios y suministros. Pero en los demás, tal presunción resulta inoperante al ser fijada la renta de modo legal.

Sin embargo, el propio artículo 126 reconoce implícitamente, y la realidad comprueba expresamente, que tales aumentos, ya por razón de elevación de contribuciones, ya por la del precio de los servicios y suministros, son reales. Así, los arrendadores de viviendas, y locales de negocio construidos u ocupados por primera vez antes del 2 de enero de 1942 ven elevarse paulatinamente sus gastos, sin posibilidad de aumentar paralelamente las rentas que perciben. Las utilidades del capital que invirtieron en la edificación descienden de modo constante e incompatible con los legítimos intereses de quienes construyeron al amparo de una situación económica y jurídica normales. Innecesario es recordar aquí la doctrina denominada "rebus sic stantibus", que, sobrentendida en todas las relaciones jurídicas, quedaría desconocida en la Ley de Arrendamientos sin el precepto contenido en el artículo 126.

Ninguna norma de justicia puede justificar que en tales situaciones de anormalidad el legislador haga caer todo el peso de las mismas en una de las partes en la relación jurídica, exonerando totalmente a la otra, máxime si ninguna de ellas es responsable de aquella anormalidad. Lo justo es, por el contrario, coordinar los intereses legítimos de ambas, haciendo una distribución equitativa de las nuevas cargas. De lo contrario, y en el caso concreto que exponemos, obligaría a volver a una plena normalidad jurídica, reñida con la realidad económica no sólo española, sino general, y autorizar el principio de libre contratación en las rentas del arrendamiento, con obligación por parte del arrendador de satisfacer todas las contribuciones y cargas de toda índole vigentes sobre la finca.

Innecesario es advertir que las rentas en las viviendas y locales de negocio se precipitarían en una carrera vertiginosa de alza de precios, que haría pensar con nostalgia en las rígidas normas prohibitivas con que en la nueva Ley se ha pretendido la coordinación de todos los intereses en juego.

Finalmente, y refiriéndonos a determinado argumento que pretende hacer recaer el pago de los aumentos experimentados por el precio de los servicios del inmueble exclusivamente sobre el arrendador, fundándose en que la relación laboral de éste con los porteros y demás empleados de la finca es directa y sin la presencia de los arrendatarios, extraños a ella, recordamos lo notorio y regular de tal argumentación, válida en circunstancias de normalidad económica y jurídica—igual que la Ley aludida de la oferta y la demanda en materia de rentas—, pero sofisticada y fuera de lugar en situaciones de anormalidad, como son las que determina la actual escasez de locales habitables y de negocio, inspiradoras de las normas de necesidad y urgencia que informan la legislación de alquileres en todo el mundo. Ha sido preciso salvar los intereses de la economía común, aun a riesgo de sacrificar conceptos jurídicos formales, de gran tradición, pero tan inoperantes como la propia Ley de autonomía de las partes para fijar los precios.

Entendemos, pues, que el párrafo último del artículo 126 de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe ser interpretado en el sentido de que los aumentos experimentados en los salarios de los empleados permanentes de la finca—servidores de ella—deben poder derramarse entre los inquilinos y arrendatarios de la misma, proporcionalmente a la utilización que de aquéllos hagan, y siendo imposible determinar esa proporcionalidad—lo que sucede con el servicio de portería—por igual entre unos y otros arrendatarios.

## 8. La notificación de traspaso al arrendador

La lectura del artículo 52 de la Ley y el examen de su posición sistemática dan ocasión para meditar su finalidad y alcance. Resulta de su tenor literal que la adquisición del local de negocio por el arrendador, a virtud de los derechos de tanteo o retracto, le vincula a la condición de ejercer industria o comercio en aquél por el plazo mínimo de un año. "A sensu contrario" hay que presumir que cuando esta adquisición tenga lugar por causas distintas del tanteo y del retracto, el arrendador no está obligado a cumplir dicha condición y puede destinar el local adquirido al uso que tenga por conveniente.

En muchas ocasiones la recuperación del local por el dueño del inmueble tendrá como finalidad el establecer en aquél su propio negocio, para cuyo fin la Ley de Arrendamientos Urbanos otorga al arrendador dos armas: directa la primera y ocasional la segunda.

Aludimos con la primera de estas locuciones a lo dispuesto en los artículos 90 y siguientes, que permiten al dueño negarse a la prórroga forzosa del arrendamiento por necesitar el arrendador el local para sí mismo o para sus ascendientes o descendientes consanguíneos. La construcción práctica en este caso es sencilla: extinguido el plazo expresamente pactado para la duración del contrato, el arrendador niega el beneficio del artículo 70 en virtud de una causa legítima de excepción.

El arma ocasional está constituida por el tanteo y el retracto, cuya construcción práctica es también clara en la Ley: reconocido al arrendatario el derecho al traspaso de su local de negocio, aun sin consentimiento del arrendador, puede éste adquirirlo con preferencia a cualquier otra persona en el tiempo, precio y condiciones en que aquél vaya a realizarse.

Para garantizar estos derechos del arrendador exige el artículo 45 que el arrendatario le notifique fehacientemente su decisión de traspasar y el precio convenido. Ahora bien, si se piensa en el contenido y en la posición sistemática del citado artículo 52, parece que éste contempla la posibilidad de que el arrendatario, con anterioridad a esa notificación solemne que opera como condición formal para el ejercicio del tanteo y del retracto, venga obligado a formular al arrendador una oferta no solemne de contrato de cesión del local, antes de ofrecérselo a cualquier otro posible adquirente. De este modo el mecanismo hasta llegar al traspaso sería el siguiente: 1.º Oferta del arrendatario al arrendador de cesión del local de negocios, revestida de los caracteres normales de la contractación civil. 2.º notificación solemne prevenida en el artículo 45, a efectos de tanteo y retracto.

La adquisición operada al amparo de la primera hipótesis no estaría afectada para el arrendador de la condición de ejercer du-

rante un año comercio o industria en el local recuperado. La fundada en la segunda sería la afectada por dicha condición. Y una y otra quedarían comprendidas en el artículo 52, cuyo contenido se aclararía notablemente.

Sin embargo, no cabe en nuestra opinión una interpretación semejante. Nos basamos para ello en el tenor literal del apartado *d*) del citado artículo 45, que obliga al arrendatario a notificar al dueño, a su apoderado, o administrador, el propósito de traspasar y "el precio convenido". Siendo ésta la primera notificación que cronológicamente resulta obligatoria para el arrendatario y empleándose en el texto el verbo "convenir" en tiempo pasado, parece exigirse, como requisito previo a ella, la existencia de un contrato de cesión todavía no perfecto entre el arrendatario y un presunto cesionario.

No negamos con ello la posibilidad de una interpretación del artículo 52, inspirada en aquella postura. Pero estimamos que no es exigencia de la Ley el que el arrendador sea la primera persona a quien deba obligatoriamente hacerse la oferta de cesión del local de negocio. El citado artículo prevé el supuesto de que voluntariamente le haya sido ofrecida dicha cesión por el arrendatario con preferencia a cualquier otra persona, y señala las consecuencias del negocio así perfeccionado; pero su alcance no puede pasar de ahí.

La Ley de Arrendamientos Urbanos entiende suficientemente protegidos los derechos del arrendador a través de aquellas dos armas, directa y ocasional, de que hablamos antes.

## **9. Disposiciones registrales de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos**

El párrafo último del artículo 64 dice: "Los plazos (para el ejercicio de la acción de retracto) se contarán desde que fuere inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad, y, a falta de inscripción, desde que tuviere conocimiento de aquélla. Pero no se computará, por no ser inscribible la transmisión, aunque sí susceptible de anotarse preventivamente por defecto subsanable, mientras no se notifique por conducto notarial al inquilino o arrendatario la venta del piso que ocupare".

Para la mejor inteligencia de este precepto se hace necesario recordar que figura complementando la doctrina del retracto arrendaticio a ejercer por el inquilino de vivienda o arrendatario de local de negocio, cuando una u otro fuesen enajenados por el arrendador, y dentro de los supuestos que en el mismo artículo se contemplan. Los referidos supuestos son: *a*) No haberse notificado al inquilino o arrendatario en forma auténtica la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o el local arrenda-

do, el precio ofrecido y las condiciones de la transmisión; *b*) Resultar inferior al señalado en dicha notificación el precio efectivo de la transmisión o distintas las condiciones esenciales de ésta; y *c*) Si el arrendatario no hubiere utilizado el derecho de tanteo. En los casos *a*) y *b*), dice la Ley, la acción habrá de ejercitarse en el plazo de sesenta días, y en el *c*), o cuando la transmisión se causare por título de dación o adjudicación en pago de deudas, en el de quince. La determinación del momento en que empieza a contarse los referidos plazos constituyen el contenido del último párrafo del artículo 64, arriba transcrito.

El examen del mismo origina graves dudas que afectan a nuestro sistema hipotecario en general. La primera de ellas resulta de equiparar la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad a la simple notificación notarial, olvidando, probablemente, el valor de publicidad que lleva aparejada la anotación preventiva, e incluso el simple asiento de presentación.

En el inciso primero del párrafo que comentamos se dispone, sin embargo, la admisión, en defecto de inscripción, de cualquier medio por el que el arrendatario tuviese conocimiento de la venta; sin duda, en este concepto pueden ser incluídas las anotaciones preventivas y los asientos de presentación, con lo que se llega a una conclusión opuesta a la anteriormente formulada. El único modo de coordinarlas consiste en admitir que los plazos para el ejercicio de la acción de retracto se contarán: 1.º Si hay inscripción, desde su fecha; 2.º Si la transmisión se anotó preventivamente por defecto subsanable, desde la notificación de la venta hecha al inquilino o arrendatario, y 3.º Si no hay inscripción ni anotación de la venta, desde que el inquilino tuvo conocimiento de ésta por cualquier medio. Ahora bien, si este medio ha sido el asiento de presentación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la vigente Ley Hipotecaria, el problema de prueba que cualquiera de los otros medios de conocimiento que se admiten en forma genérica plantean queda obviado con la certificación del Registrador.

En todo caso, la solución no puede ser aceptada como satisfactoria porque, al menos en uno de los supuestos, la notificación anula o disminuye la publicidad del Registro, con grave quebranto de uno de los principios fundamentales que rigen la Institución. Hubiera sido preferible aceptar íntegramente el sistema del Código civil, que al regular la materia se refiere únicamente a la inscripción y, en su defecto, al momento en que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la transmisión.

En el mismo artículo 64, al decir que en su caso *c*), o cuando la transmisión se causare por título de dación o adjudicación en pago de deudas, la acción de retracto deberá ejercitarse en el plazo de quince días, sugiere alguna duda interpretativa. Ciertamente que si la adjudicación de que se habla es la "cessio bonorum" volun-

taria, la acción de retracto podrá ejercitarse normalmente dentro de los límites de la Ley; pero al no distinguirse entre las adjudicaciones voluntarias y las causadas en procedimiento ejecutivo judicial o administrativo, haya que admitir que adjudicada la finca por el Juez o por el Agente de la Administración que haya presidido la subasta, se da lugar a la acción de retracto frente al licitador adjudicatario.

Sin embargo, una reciente resolución de la Dirección General de los Registros ha reconocido, en un caso de retracto arrendaticio rústico, la distinción entre actos de disposición voluntaria y enajenaciones de origen judicial, a los efectos del ejercicio de aquel derecho.

Por su parte, el artículo 69 dispone: "Cuando el piso vendido no estuviere arrendado, para que sea inscribible la transmisión deberá el vendedor declararlo así en la escritura notarial de venta, bajo pena de falsedad en documento público." No puede pasarse por alto tal precepto sin anotar lo extraño de su redacción. En razón del lugar que ocupa dentro de la Ley, parece inducirse que su finalidad, más que dirigida a señalar requisitos generales a la inscripción, se orienta en relación con el ejercicio de la acción de retracto. Evidentemente, si el piso no está arrendado y se declara así en la escritura, no habrá ningún interesado en el ejercicio de aquel derecho. Pero la falta de esa declaración en la escritura de venta coloca al Registrador, dada la actual redacción del precepto, en la necesidad de señalar el defecto subsanable. De lo contrario, si, no obstante faltar aquella circunstancia, inscribe, necesariamente se induciría del asiento que el piso estaba arrendado en el momento de efectuar la venta, dando lugar a una presunción que, si bien no alcanza la categoría de "iuris et de iure", sólo podría ser desvirtuada en virtud de las pertinentes pruebas. Con ello, lo que pudo ser una simple inadvertencia del vendedor, que omitió hacer aquella declaración, o del Notario, que por error material no la consignó en la escritura, vendría a dar lugar a un procedimiento judicial más o menos dilatorio. Entendemos que el precepto quedaría debidamente simplificado si la declaración exigida se refiriese con carácter general a que el piso o local de negocio vendido estaba o no arrendado en el momento de la transmisión. Y aun podría añadirse que el Registrador debería hacer constar en la inscripción tanto lo que resulte de la referida declaración, cuando conste, como la falta de la misma, si en la escritura no se contiene. Con ello habría una base jurídica de publicidad inatacable para los futuros litigios a que la venta pudiese dar lugar, sin suspender el acceso al Registro de las escrituras de ventas de pisos, por circunstancias que sólo para el ejercicio de la acción de retracto pueden tener trascendencia.



# **VIDA JURIDICA**



# Vida jurídica <sup>1</sup>

## I. NOTICIAS

### 1. El Congreso Nacional de Derecho civil de 1946

JOSE LUIS LACRUZ BERDEJO  
Doctor en Derecho y Consejero de "Estudios  
de Derecho Aragonés"

#### I. PREPARACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

El tiempo transcurrido desde su celebración no ha hecho perder actualidad a este acontecimiento, y, por el contrario, disposiciones ministeriales posteriores a él han demostrado la eficacia de sus conclusiones. Es lógico que este ANUARIO haga referencia a suceso tan importante para el Derecho civil español, y más todavía teniendo en cuenta que no se ha publicado aún la Memoria que ha de contener minuciosamente el desarrollo de los preparativos y de las sesiones del Congreso.

Cuando por Orden de 3 de agosto de 1944 el Ministerio de Justicia autorizó la convocatoria y celebración en Zaragoza de un Congreso Nacional de Derecho Civil, el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, organizador del mismo, llevaba ya tiempo considerando la idea y arbitrando los medios para ponerla en ejecución. Era ésta consecuencia natural del éxito de las reuniones celebradas en la Universidad de Verano de Jaca, de cuya misma vitalidad nació la iniciativa de ampliarlas, reuniendo juristas de todas las regiones españolas para tratar juntos los temas más importantes comunes a los Derechos civiles hispánicos, y que en la convocatoria se enunciaban así:

I. Situación y problemas que plantea la coexistencia en España de diferentes legislaciones civiles.

II. Posibles soluciones. Solución que se estima preferible.

III. Principios e instituciones de Derecho foral que podrían incorporarse a un sistema de Derecho Civil Español General.

Para realizar los trabajos preparatorios del Congreso se nombró una Junta ejecutiva, de la cual dependían Delegaciones territoriales, constituidas por personas de relieve radicantes en cada uno de los territorios forales y en diversas partes del regido por el Código civil. El organismo convocante, es decir, el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, se constituyó en Comisión de Ponencia y tomó sobre sí la tarea de formular lo que había de ser base de trabajo del

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

Congreso, con la colaboración de todos los juristas españoles y la audiencia de todos los territorios de la nación. Para ello publicó un cuestionario sobre los problemas que habían de examinarse, y que, repartido profusamente entre los juristas españoles, fué contestado, tanto individualmente por muchos de ellos como colectivamente por las Delegaciones territoriales y aun por otros organismos.

A la vista de estos datos, la Comisión de Ponencia comenzó a redactar una Memoria, en la cual se trataba ampliamente todo lo que podríamos llamar *la cuestión foral*, exponiendo con detenimiento los antecedentes de la misma y razonando todas las posibles soluciones.

Por diversas circunstancias no pudo terminarse dicha Memoria, y menos imprimirse. Por ello, unos meses antes de la celebración del Congreso, publicó la Comisión de Ponencia las conclusiones provisionales que debían terminar la Memoria—y que constituían, en definitiva, los puntos que habían de discutirse en el Congreso—, precedidas de una introducción, a modo de exposición de motivos, que escribió D. José Lorente Sanz. Este mismo jurista y D. Francisco Palá Mediano fueron los principales artífices de aquéllas, aunque, ciertamente, toda la Comisión de Ponencia tomó parte en su confección, y como obra suya deben considerarse. Tan obra de la Comisión que, posiblemente, no responden en un todo al sentir individual de ninguno de los individuos que la formaban, y que abdicaron hasta donde les era lícito de la propia opinión, en aras de la ajena: ya del parecer de los compañeros ponentes; ya, más principalmente, haciéndose eco de las indicaciones contenidas en las respuestas al cuestionario.

Difundidas las conclusiones provisionales, se recibieron diversas enmiendas a las mismas, y aparte de esto la Comisión de Ponencia procuró averiguar la opinión que merecían de algunos organismos jurídicos y grupos de juristas. Era muy difícil aunar todos los pareceres, y la Comisión optó por conservar en esencia las conclusiones provisionales, adicionadas con todo aquello en que habían parecido coincidir las enmiendas. Esta segunda redacción, que constituyó las conclusiones definitivas de la Comisión de Ponencia, fué llevada a cabo, principalmente, por D. Francisco Palá Mediano. Se publicó pocos días antes de comenzar el Congreso. Las adiciones—muy abundantes—y los cambios que se hicieron en ella no modifican la dirección trazada por las conclusiones provisionales sino en muy pequeña medida. En general se dedican a particularizar puntos que no habían quedado bien concretos, por lo común con el propósito de aclarar las relaciones entre el Código civil y los Derechos forales, aumentando las garantías de que éstos habían de ser respetados.

El Congreso tuvo lugar del 3 al 9 de octubre, y se desarrolló dentro de un ambiente cordial de comprensión y concordia. Fueron fruto de este ambiente ciertos contactos y reuniones particulares de los congresistas más caracterizados de las diversas secciones, entre ellos y con la Comisión de Ponencia, que, sin duda, determinaron la admirable unanimidad que reinó en los plenos a la hora de votar: todas las conclusiones fueron aprobadas por aclamación.

Tan interesantes como los mismos plenos del Congreso fueron las sesiones de apertura y de clausura. Los señores Sancho Izquierdo, Castán Tobeñas y Bilbao, en aquélla, y los representantes en la Mesa de los territorios forales, el señor De la Plaza y el señor Ministro de Justicia, en ésta, hicieron notar, entre los aplausos de todos los congresistas, el hecho innegable de que, al preterirse

los Derechos forales en la redacción del Código civil, se había dado de lado a un elemento que representaba la mejor tradición jurídica española.

Funcionó el Congreso, aparte estas sesiones públicas y solemnes, en secciones —de carácter preparatorio— y en reuniones plenarias.

Se agrupaban en seis secciones los congresistas correspondientes al territorio de Derecho común y a los territorios de Derecho foral balear, catalán, aragonés, navarro y vizcaíno. En estas secciones, que funcionaban con plena autonomía, y en la que tenían voz todos los pertenecientes a ellas, se formaba, tras discusiones a veces muy largas, la opinión común de cada una sobre el tema discutido, bien aceptando la conclusión propuesta por la Comisión de Ponencia, bien redactando una enmienda, que había de ser defendida en la sesión plenaria por un orador designado por la misma sección. En dichas sesiones plenarias, pues, la intervención de los congresistas estaba condicionada a la designación de las secciones.

El texto de las conclusiones que llegaba a la reunión plenaria era el formulado por la Comisión de Ponencia, a la vista de las enmiendas que las secciones habían presentado a las conclusiones definitivas. La redacción de este texto tenía lugar después de la reunión de aquéllas y antes de la del pleno.

## II. EL PROBLEMA

Las dos primeras conclusiones de la Ponencia planteaban el problema foral, al sentar la existencia, no ya de unos regímenes llamados forales, sino de unos regímenes forales que tienen vigencia y arraigo innegables y cuentan con el afecto de los naturales del territorio en que rigen, y al enumerar los principales problemas que plantea la coexistencia en España del régimen del Código civil y de estos otros regímenes.

A la primera conclusión—la que sienta la realidad de lo foral—se objetó ya antes, y más en la primera reunión de las secciones, de una parte, que no ponía de manifiesto suficientemente cómo los regímenes forales responden a la tradición y a las necesidades de los países respectivos, hallándose íntimamente ligados con ellos, y de otra, que no hacía notar la coexistencia, con estos regímenes forales, del propio Código civil. La redacción definitiva acogió estas sugerencias y algunas otras de menor importancia.

En la segunda conclusión se aludía a los problemas de vecindad civil, a los procedentes de la falta de renovación de los regímenes forales y de la inadecuación del Código civil para ser aplicado en territorios cuyos Derechos se hallan inspirados en principios y sistemas distintos; a la “dificultad en el manejo de las fuentes territoriales, de la cual proviene la aplicación extensiva de preceptos e instituciones de Derecho común”, y a las lagunas existentes en la regulación de los conflictos de leyes territoriales.

En las secciones, las opiniones se dividieron. Las de Navarra y Baleares sostuvieron que la coexistencia era un hecho, no un problema al cual hubiera de darse solución mediante procesos unificadores “no deseados ni sentidos por la gran mayoría del cuerpo social español”. Las demás admitieron en principio la conclusión, con algunas modificaciones. Así, la sección de Derecho común pretendía suprimir el párrafo que se refería a la inadecuación del Código civil, sustituyéndolo por otro en el que se señalaba la realidad de un Derecho consuetudi-

nario en diversos puntos del territorio nacional. La Ponencia admitió esta segunda sugerencia, pero no suprimió, y sí sólo suavizó, el apartado antedicho.

Se suscitó especialmente discusión en torno al párrafo relativo a las fuentes territoriales, que he transcrito. Mientras la sección de Derecho común quería que en éste se señalase solamente la dificultad en el manejo de algunas fuentes forales, la sección de Derecho catalán, y ya antes que ella un grupo de letrados de Barcelona que presentó una razonada enmienda, querían que se señalase primero el hecho de la aplicación extensiva de instituciones y preceptos del Código civil, advirtiendo que esta tendencia era agravada por la dificultad de referencia. La Comisión de Ponencia mantuvo y aun acentuó su postura ecléctica, a la que, por fin, se adhirieron todos.

Las dos primeras conclusiones de la Ponencia, aprobadas por aclamación en su texto definitivo, tienen, a propuesta de la sección de Derecho común, el carácter de declaración previa a las conclusiones del Congreso.

### III. LA SOLUCIÓN

Con las conclusiones tercera y cuarta de las formuladas por la Comisión de Ponencia se entraba en el estudio del tema principal del Congreso. Buena prueba de ello fué el tiempo invertido en él y las numerosas redacciones que experimentó la refundición que de ambas se hizo, hasta llegar a la definitiva que había de aunar los pareceres de todos.

La Comisión de Ponencia se inclinó en las conclusiones provisionales en favor de un Código general, “como expresión de un principio de unidad que no debe tomarse como sinónimo de uniformismo”, según decía en la exposición de motivos. En este Código habían de recogerse las tradiciones de los Derechos hispánicos y a la vez los principios jurídicos que imponen los supuestos sociales del día, y todo ello—con el fin de hacer este Código general tan aplicable como fuera posible a todos los territorios españoles—recogido en fórmulas flexibles de autonomía de la voluntad y de opción, atribuyéndose a la costumbre el debido rango (tercera conclusión provisional).

En la conclusión cuarta se afirmaba la necesidad de mantener ciertos principios e instituciones de los Derechos territoriales o forales, como consecuencia del reconocimiento de la realidad de lo foral hecho en la conclusión primera. Tales principios e instituciones, formulados y regulados con arreglo a su observancia y a las necesidades actuales, habían de ser incluidos en el Código civil general mediante secciones o artículos intercalados. La Comisión de Ponencia entendió que—contrariamente a lo que ocurre en el sistema de Apéndices—con la inserción de los principios e instituciones forales en esta forma en el Código civil general no sólo no padecerían en su dignidad y rango, sino que experimentarían mayor auge y serían más fácilmente conocidos por todos los juristas españoles, que dispondrían de un solo texto para el estudio y aplicación de toda la legislación civil.

“Y si bien puede suscitarse—añadía la exposición mencionada—el temor de que se rompa la unidad de sistema de cada Derecho foral, no debe perderse de vista que, dentro de un Código general con las características del que se propone en la conclusión tercera, habrán disminuído las diferencias que separan los Derechos forales del llamado Derecho civil común. Finalmente, como las especiali-

dades intercaladas han de afectar no sólo a instituciones, sino también a principios, el inconveniente de la aparente dislocación o invertebración de cada régimen foral quedará muy atenuado, reduciéndose un defecto que con creces encontrará compensación en evidentes y deseables ventajas."

Las conclusiones tercera y cuarta suscitaron la oposición de letrados de diversas regiones forales, en razonadas enmiendas que no reproduzco por ser muy semejantes a las que las secciones formularon en el Congreso. Aun dos de las Delegaciones territoriales de Derecho común afirmaban que no era momento para intentar una reforma del Código civil y que era deseable que en las conclusiones se reconociera explícitamente la costumbre contra ley.

La Comisión de Ponencia, en las conclusiones que se publicaron como definitivas, insistió en su punto de vista, agrupando en la tercera conclusión el texto íntegro de las tercera y cuarta provisionales, y particularizando más su idea en una nueva cuarta conclusión, según la cual la elaboración del Código civil suponía primero un proceso que comprendiera la codificación de los Derechos territoriales, un largo período de vigencia de estos Códigos y una labor colectiva y organizada de investigación de los monumentos jurídicos hispánicos y de las instituciones vivas, hasta hallar en ellos lo verdaderamente nacional, que había de servir para la construcción del cuerpo del Derecho civil español.

Estas conclusiones, que se presentaron a la deliberación de las secciones, ocuparon de tal modo su atención que algunas no terminaron su actuación, ininterrumpida desde las diez de la mañana, hasta las tres de la tarde. En las enmiendas presentadas por ellas se dibujaron las siguientes posturas:

a) Renunciar a tratar de la cuestión de la unificación del Derecho civil español, por considerarla inoportuna en las actuales circunstancias. Así, la sección de Derecho navarro, reproduciendo actitudes adoptadas antes del Congreso, afirmó que los Derechos forales o territoriales no se reducen a instituciones aisladas, sino que representan un tipo específico de la familia y de la propiedad y una concepción peculiar y privativa del Derecho civil enraizada en una tradición secular, de tal modo que en estos Derechos peculiares son tanto o más fundamentales que las normas escritas la tradición sentida y la costumbre guardada, por lo cual el Derecho civil navarro no podía plasmarse íntegramente en un artículo más o menos amplio y, por consiguiente, mucho menos en secciones o artículos intercalados en un Código. En consecuencia, propuso que el Congreso se limitase a acordar la recopilación sistemática de las Leyes y costumbres territoriales, procurando adaptar su espíritu a las necesidades actuales de cada pueblo y a determinar la forma en que esa recopilación podía obtener fuerza de Ley.

La sección de Derecho balear proponía también, junto a la fijación en textos legales sistemáticos no intercalados en el del Código civil del Derecho peculiar de las regiones, que se procediera a una revisión del Código civil, recogiendo las tradiciones de los Derechos hispánicos. Dicha sección, al descartar la posibilidad actual de un Código general no parecía eliminarla definitivamente para un futuro más o menos remoto, al propugnar el ordenamiento sistemático de los Derechos territoriales y la labor de investigación de lo hispánico dentro del Derecho, junto con un amplio reconocimiento práctico de carácter general del principio de autonomía de la voluntad.

b) Mientras un grupo selecto y numeroso de letrados catalanes había entendido antes del Congreso que la formulación de un Código único no parecía conveniente y aun era irrealizable, estimando que procedía, por otra parte, la promulgación y aprobación de unos Cuerpos de Derecho territorial en los que se restablecieran las instituciones derogadas o alteradas por la indebida extensión del Código civil y la aplicación de las Leyes generales, como medio de poner fin al estado de confusión e incertidumbre en la regulación jurídica de los países de fuero, la sección catalana propuso a la Ponencia una enmienda más templada. Propugnaba la elaboración de un Cuerpo general del Derecho civil que comprendiera un Código de principios de carácter general, constituido por los comunes a todos los territorios españoles, una regulación detallada de las relaciones interregionales, y compilaciones del Derecho peculiar de cada uno de los distintos territorios españoles.

La elaboración de este Cuerpo había de sujetarse a un proceso semejante al señalado por la Ponencia, y en el cual la tarea de compilar cada uno de los Derechos territoriales debía ser llevada a cabo por el órgano territorial adecuado.

c) La sección de Vizcaya, después de afirmar la necesidad de mantener en toda su integridad y regular y articular conforme a su observancia actual los Derechos forales, estimó, por lo que afecta a las comarcas vizcaínas y alavesas regidas por el Fuero de Vizcaya y a la alavesa regida por el Fuero de Ayala, que dicha regulación estaba contenida en el proyecto de Apéndice de Vizcaya al Código civil presentado a la Mesa del Congreso. Pareció inclinarse así por la conservación indefinida del sistema de Apéndices, junto con una revisión del Código civil en la forma propuesta por la Ponencia, pero teniendo siempre en cuenta que éste había de aplicarse como supletorio en las comarcas que tuvieran Derecho especial.

d) La sección de Derecho común suprimió en las conclusiones tercera y cuarta todo lo que hacía referencia a la conservación de las instituciones de Derecho foral en secciones y artículos intercalados en un Código civil general. En la enmienda presentada se hacía constar la conveniencia de un Código que recogiera las instituciones del Derecho común, de los forales y las peculiares de algunas regiones, y cuya elaboración suponía la compilación previa de los de estas dos últimas clases y una investigación para hallar lo esencialmente nacional dentro del Derecho. A esto se añadía un párrafo abogando por la publicación de Leyes de aplicación general, que, análogamente a lo hecho con la mayoría de edad, unificasen aquellas instituciones en que existiera o fuera posible la coincidencia. Defendió la postura de la sección de Derecho común, en el pleno, el Sr. Gascón y Marín, quien disminuyó la importancia de la enmienda presentada al afirmar que en ella no se hacía propuesta sobre el modo de incorporar en el Código las instituciones forales.

e) La Comisión de Ponencia elaboró, a la vista de las enmiendas presentadas, una refundición de sus anteriores conclusiones tercera y cuarta, en la cual suavizaba la forma gramatical del párrafo en que se pedía la elaboración de un Código general; mantenía la tesis de la subsistencia de los Derechos forales en la forma ya expuesta; eliminaba del proceso de elaboración del Código general la condición de un largo período de vigencia de las Leyes territoriales codificadas, y pedía que se pusieran en vigor, en lugar de éstas, los proyectos de Apéndice

ya elaborados, y ello a la mayor brevedad. Se recogía la sugerencia de la sección de Derecho común sobre las Leyes de aplicación general, pero en forma negativa, pidiendo que no se dictasen más Leyes de esta clase, sino en cuanto versasen sobre materias en que existiera o fuera posible la coincidencia. Terminaba la conclusión determinando el establecimiento de organismos permanentes para realizar los trabajos de preparación de las Leyes territoriales y, en su día, para colaborar en la formación de un Código general.

En la primera sesión plenaria para deliberar sobre esta conclusión, que tuvo lugar en la tarde del 5 de octubre—antes me he referido a una de las intervenciones ocurridas en ella—, la Comisión de Ponencia no llegó a defender su proposición, ya que todas las secciones agotaron y aun sobrepasaron el tiempo de que normalmente podían disponer. Cuya proposición, en cambio, fué defendida desde los escaños de la sección aragonesa, y en nombre de ésta, por el Sr. Martín Ballester, quien expuso un documentado discurso los inconvenientes de las recopilaciones territoriales y de los Apéndices—soluciones sustancialmente idénticas—, afirmando que no podrían subsistir mucho tiempo junto a un Código civil completo y sistemático.

La sesión terminó, por lo avanzado de la hora, sin haber tenido lugar todas las intervenciones previstas por lo cual hubo de aplazarse hasta la mañana del lunes siguiente, día 7. El domingo se aprovechó por la Comisión de Ponencia para ponerse en contacto con representantes de las diversas secciones y ver de llegar a un acuerdo, muy difícil hasta el momento por la disparidad de criterios sostenidos que los hacía casi inconciliables. De aquí nació otra propuesta más de la Comisión de Ponencia, bastante diferente de la anterior, y que, precisamente por dejar en el aire la cuestión más candente de todas, podía llegar a reunir todos los sufragios sin que nadie hubiera de sacrificar su propia postura más allá de lo que le era posible.

La conclusión, en lugar de entrar inmediatamente en la declaración de la conveniencia de un Código general, comenzaba: “La realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y que tendrá como fin la elaboración de un Código general de Derecho civil...” Con esto se conservaba la declaración de la conveniencia de elaborar—más o menos tarde—un Código general, exigencia mínima y condición “sine qua non” de la sección de Derecho común, pero en una forma que no ofrecía inconvenientes insuperables para las secciones de Derecho foral, y ni aun para las refractarias a la unificación supuesta la imprecisión de la frase y el proceso de elaboración que a dicho Código se imponía.

También en homenaje a la sección de Derecho común se suprimió la frase en que se sentaba lo indispensable del mantenimiento de los Derechos forales, que, por otra parte, no era absolutamente necesaria, en cuanto que tampoco se afirmaba lo contrario.

En el proceso de elaboración de Código general, se fijaban como etapas previas:

1.º “La compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta, no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente...” Con esto se atendía a un legítimo deseo de los representantes de las regiones forales.

2.º “Publicadas las compilaciones y tras el natural período de su divulgación

y estudio, se determinará la forma más conveniente de recoger en el futuro Código general de Derecho civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero." Mediante este hábil recurso se eludió la cuestión de si este Código había de ser totalmente único, o bien con secciones especiales para las regiones, o bien con Apéndices, o si se trataba de un Código de principios generales como propuso la sección de Cataluña, y pudo lograrse una unidad que no se hubiera conseguido con declaraciones más terminantes. La Comisión de Ponencia prescindió por fin de su solución, pero ninguna de las otras que se propusieron logró mejor fortuna.

Otros apartados trataban de la labor colectiva de investigación, de la promulgación de una Ley general de Derecho interregional, y de que el estudio y redacción de las compilaciones había de corresponder a los juristas de cada territorio mediante el organismo adecuado. También estas últimas palabras salvan la discusión que se hubiera producido inevitablemente de haber propuesto a un determinado organismo.

La conclusión anterior fué dada a conocer a los congresistas en la sesión plenaria de la mañana del lunes, y a continuación el Sr. Palá Mediano, en nombre de la Comisión de Ponencia, solicitó de la presidencia que fuera suspendida la sesión hasta más tarde. Se aceptó esta propuesta, y las secciones se reunieron para deliberar hasta la una de la tarde, hora en que, reunido nuevamente el plenario, el Presidente aplazó otra vez la sesión hasta las cuatro de la tarde.

La sesión de la tarde fué la más interesante del Congreso.

Intervino primero el Sr. Olivar, por la sección de Derecho catalán, para hacer una pequeña observación al texto formulado por la Ponencia y conformarse con él sin perjuicio de estudiar la aceptación de sugerencias procedentes de otras secciones. A continuación, el Sr. Martín Ballester, en nombre de la sección de Derecho aragonés, insistió sobre los puntos de vista expuestos el día anterior y dijo que, no oponiéndose la nueva redacción dada por la Ponencia a lo acordado en la sección, ésta aceptaba plenamente el texto.

Habló luego, por la sección de Navarra, el Sr. Aizpún. Durante su intervención la Presidencia hubo de rogar a los congresistas que se calmasen y escuchasen con tranquilidad al orador, tales aplausos suscitó. El Sr. Aizpún expuso elocuentemente los motivos de la postura adoptada por su sección, y propuso unas variantes que ésta consideraba absolutamente indispensables para aprobar la conclusión últimamente redactada por la Comisión de Ponencia.

Entre ellas, era la más importante la reunión de un nuevo Congreso Nacional de Derecho civil que, una vez terminado el período de divulgación, estudio y vigencia de las compilaciones de Derecho territorial, examinase la forma y carácter del futuro Código general de Derecho civil.

Las palabras del señor Aizpún decidieron la aprobación unánime de la propuesta de Navarra, y con ella el éxito del Congreso. En efecto: el Sr. Gascón y Marín, por la sección de Derecho común, analizó a continuación la fórmula de la Comisión de Ponencia con las modificaciones de la sección de Derecho navarro—desconocidas para él hasta entonces—, y, aun no hallándose del todo conforme personalmente con algunas frases, sacrificó su parecer en aras de la armonía, no viendo inconveniente en aceptar el texto enunciado por el Sr. Aizpún; el Sr. Palá Mediano, en nombre de la Comisión de Ponencia manifestó que incorporaba íntegramente a su propuesta las indicaciones de las secciones navarra

y catalana, y tras alguna otra breve intervención, el Presidente, Sr. De la Plaza, preguntó al Congreso si aprobaba la propuesta de la Ponencia con las últimas modificaciones, respondiendo afirmativamente todos los congresistas.

Tal como quedó, la conclusión primera dice así:

"La realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso, aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y que tendría como finalidad la elaboración de un Código general de Derecho civil que recogiera las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social.

La elaboración del Código civil general supone el siguiente proceso:

a) La compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta, no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente. Tales compilaciones podrían hacerse a base de los actuales proyectos de Apéndices convenientemente revisados.

b) Publicadas las compilaciones y tras el período suficiente de su divulgación, estudio y vigencia, se determinaría el modo material como han de quedar recogidas en el futuro Código general de Derecho civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero.

c) Una labor colectiva de investigación de las fuentes jurídicas hispánicas y de estudio de las instituciones vivas, hasta hallar en ellas un *substratum* nacional que permita construir doctrinalmente un Código general de Derecho civil español.

d) La promulgación urgente de una Ley de carácter general que resuelva los problemas de Derecho interregional que surgen de la coexistencia de diferentes regímenes civiles en España.

e) La reunión de un nuevo Congreso Nacional de Derecho civil, una vez terminado ese período de convivencia de los distintos Derechos hispánicos, para examinar la forma y carácter del futuro Código general de Derecho civil.

Incumbiría el estudio y redacción de las instituciones forales o territoriales y las peculiares de algunas regiones y de la modificación en su caso y en su día a los juristas de cada territorio mediante el organismo adecuado."

La redacción aprobada se diferencia de la anterior, aparte de la adición del apartado e) en el cambio en a), de *fin* por *finalidad*, la adición en b) de *vigencia* y la sustitución de *forma* por *modo material*; la sustitución en c) de *monumentos jurídicos* por *fuentes jurídicas hispánicas*, y la adición de la frase *y las peculiares de algunas regiones* en el último párrafo.

#### IV. COROLARIOS

Las restantes conclusiones propuestas por la Comisión de Ponencia, o bien solucionaban problemas apremiantes derivados de la pluralidad de legislaciones, o bien particularizaban la solución propuesta en las conclusiones anteriores.

La quinta y la sexta provisionales formaron, todavía con alguna adición, en parte proveniente de una enmienda de Cataluña, la quinta de las conclusiones definitivas. En ella se afirmaba la necesidad de una Ley reguladora de las relaciones

interregionales basada, entre otros principios, en la fácil reconocibilidad de la regionalidad o vecindad civil, establecida, en principio, por el lugar del nacimiento, en la adquisición y pérdida expresas y no tácitas de esta regionalidad, y en la inmutabilidad en el espacio y en el tiempo del régimen económico matrimonial. En un último párrafo se pedía la derogación del artículo 1.317 del Código civil.

Las enmiendas particularizaron más lo relativo a la Ley interregional aludida, pusieron en relación esta conclusión con la anterior y, conservándola en esencia, modificaron únicamente lo relativo a la base de la determinación de la vecindad civil, en cuyo punto aceptó la Comisión de Ponencia la propuesta de la sección de Derecho común, brillantemente defendida por el Sr. Gascón y Marín en la última sesión plenaria del Congreso, favorable al "ius sanguinis", aunque sin hacer declaración expresa sobre ello.

Esta conclusión, quinta de las definitivas de la Comisión de Ponencia, fué aprobada por aclamación como segunda de las del Congreso.

La conclusión séptima provisional (sexta definitiva) fué también aprobada por aclamación (como tercera) sin sufrir apenas enmiendas y sí, sólo, simplificando su contenido. Trata de la conveniencia de que los derechos del cónyuge viudo se regulen dentro del régimen económico del matrimonio, y de que se establezca un registro general de capitulaciones matrimoniales.

Había propuesto la Comisión de Ponencia una conclusión, octava de las provisionales, en la cual se enumeraban principios e instituciones que actualmente sólo tienen ámbito foral y que podrían pasar a un Código civil general. Se observó a esto por representantes de algunas regiones forales que la aplicación a otras regiones españolas de estas instituciones podría dar lugar a que llegasen a desacreditarse y aun a producir daños sensibles en territorios en que no existe un estado de conciencia colectiva y una constitución familiar y social propicios a ellas. Por lo demás, los juristas de regiones forales hacían la salvedad de que esta comunicación de instituciones sólo era aceptable en el caso de que se hiciera por medio de Códigos o Leyes especiales propios sólo de las regiones que recibían la institución, de tal modo que la modificación o derogación futura de aquéllas no pudiera llevar en ningún caso a la desaparición de dichas instituciones en la región donde existieron originariamente.

Otras enmiendas se limitaron simplemente a pedir que fuera suprimida esta conclusión.

La Comisión de Ponencia la conservó como séptima de las definitivas, pero en forma de catálogo de principios e instituciones de los Derechos forales que serían bien recibidos en los territorios de Derecho común, y que no pueden comunicarse en la actualidad por ser contrarios a determinados preceptos prohibitivos o imperativos del Código civil vigente. Se salvaban además los derechos del territorio de origen, tanto en la imposición de estas instituciones a toda España como en su modificación o desaparición.

La conclusión tenía un interés innegable, y además se había procedido en la formulación del catálogo de instituciones con gran rigor y con la copia de documentación que suponen todas las contestaciones recibidas al cuestionario de la Ponencia en el cual se incluía una pregunta en este sentido. Pero, ciertamente, no era de la estricta competencia del Congreso el determinar algo que afectaba sólo, según la última redacción de la conclusión, a los territorios de Derecho co-

mún. He aquí por qué la Comisión de Ponencia pensó en definitiva que era mejor retirarla, por lo cual ya no fué puesta a discusión en las secciones. Queda, no obstante, como un interesantísimo documento que habrá de consultarse siempre que quiera intentarse una revisión del Código civil.

La cuarta y última conclusión de las aprobadas por el Congreso afirma la conveniencia de intensificar el estudio comparado de los varios Derechos hispánicos. Es una reducción, propuesta por la sección de Derecho común, de otra más extensa formulada por la Comisión de Ponencia (octava y última de las definitivas).

## V. FINAL

El éxito obtenido por el Congreso al aprobarse mediante una aclamación completamente sincera todas las conclusiones, ha sido realmente rotundo y da una idea muy favorable del espíritu de comprensión, transigencia y longanimidad de los juristas españoles. Cada uno amplió en lo posible sus propios puntos de vista para llegar a la declaración y a la conclusión unánimes. Las cuales representan una obra transaccional, lograda trabajosamente a fuerza de recíprocas concesiones y de sacrificios mutuos.

Esta indivisibilidad de las conclusiones, este mutuo condicionamiento de cada párrafo y cada palabra, hacen que el aducirlas sólo en parte, o el valerse en ellas sólo de lo favorable a las propias ideas, omitiendo lo que no lo es, fuera desvirtuar el espíritu que presidió las deliberaciones del Congreso, y defraudar a aquellos que sacrificaron ideales carísimos en aras de la unidad de criterio.

Para premiar a los organizadores del Congreso, concedió el Gobierno la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort a los Sres. Palá Mediano y Lorente Sanz, sin cuyo cuidado y trabajo inteligentes y constantes no se hubiera celebrado, y a los Sres. Sancho Izquierdo, Rector de la Universidad y Presidente de la Junta ejecutiva, y Martín Ballester, Secretario general de Estudios de Derecho aragonés, de dicha Junta ejecutiva, y del Congreso, que tanta colaboración prestaron al mismo.

El maestro de todas las actuales generaciones de juristas aragoneses, D. Juan Moneva y Puyol, Presidente de la Comisión de Ponencia y de la entidad que organizó el Congreso, cuya dirección, ayuda y consejo tanto contribuyeron a su éxito, no fué condecorado por desearlo él así: nunca ha querido serlo.

Merece especial mención, por último, la actuación de D. José Gascón y Marín, Presidente de la sección de Derecho común—la más importante del Congreso—y miembro de la Comisión de Ponencia. Consiguió la unanimidad de pareceres en la sección que presidía y la representó lealmente en el pleno: influyó además de modo decisivo en la Comisión de Ponencia. Su labor fué tan obscura e ingrata como admirable y eficaz. Era de justicia el reconocerlo y no se había hecho. Aun la mejor parte de esta actuación, es decir, la que tuvo lugar al frente de la sección de Derecho común quedará sólo como un recuerdo en la memoria de quienes la presenciaron, puesto que no ha de figurar en la crónica del Congreso.

## 2. Las actividades del Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado

Del último informe editado por el propio Instituto (1945-1946) tomamos las siguientes noticias, de posible interés para los juristas españoles:

El Consejo de Dirección se ha reunido cuatro veces en 1945 y una en 1946. La Asamblea general no ha sido convocada en vista de la situación política general y en espera de la firma de los Tratados de paz.

La labor realizada durante el período a que el "rapport" hace referencia, se concreta en:

1. Reglamentos de organización.—Fueron elaborados los relativos a régimen interior, personal y finanzas. Los tres textos han sido objetados por los miembros del Consejo de Dirección y se hallan en trámite de redacción definitiva.
2. Proyecto de Ley Uniforme sobre representación en Derecho Internacional.—Para dar cumplimiento a las conclusiones aprobadas en Estocolmo, en 1937, el Comité de expertos ha preparado el referido proyecto, aún sin discusión.
3. Proyecto de Ley Uniforme sobre venta de cosas muebles.—Se encuentran en estudio las respuestas formuladas por los Gobiernos al cuestionario propuesto por el Instituto, con una singular enmienda del profesor norteamericano Ernst Rabel.
4. Anteproyecto de Ley uniforme sobre contratos internacionales concluidos por correspondencia.—Redactado ya su texto definitivo francés por el Consejo de Dirección, está siendo traducido para su comunicación a los Estados miembros.
5. Proyecto de Ley uniforme regulando las responsabilidades de los hosteleros.—Recibidas las respuestas de los Gobiernos y asociaciones profesionales consultados, destacan las siguientes observaciones:
  - A) El límite pecuniario de dicha responsabilidad, que en el Proyecto se fijaba en francos-oro, debe permitirse sea establecido en la moneda de curso legal en cada país.
  - B) La imprecisión del concepto "fuerza mayor" como excluyente de la referida responsabilidad.
  - C) Cronológicamente debe aquella iniciarse desde que el viajero entrega sus efectos a un empleado del hostelero, aunque aún no se haya instalado en el establecimiento.
  - D) Problemas de reenvío.
  - E) Idem de terminología.
6. Anteproyecto de Ley uniforme sobre arbitraje en las relaciones internacionales de Derecho privado.—Discutido por la Conferencia internacional de arbitraje comercial, celebrada en julio en París, a propuesta de ciertos delegados sajones, se substituyen diversos términos conside-

rados confusos, como el de "amigables componedores" y otros de menor entidad, antes de su redacción definitiva.

7. Anteproyecto de convención para la ejecución en el extranjero de obligaciones alimenticias.—Encargado por el Consejo de Dirección al profesor Galgano, de la Universidad de Roma, no ha sido aún terminado por el citado ponente.
8. Derechos de propiedad intelectual.—El Proyecto elaborado con anuencia del Instituto de Cooperación Intelectual ha sido interrumpido por la guerra y se halla paralizado en su tramitación.
9. Seguro de riesgos catastróficos.—La reunión de materiales informativos que hayan de servir de base al Ante-proyecto ha sido iniciada por el profesor U. Samengo.
10. Unificación de disposiciones del Derecho Internacional privado.—Los trabajos iniciados por el Dr. Ago van a ser continuados, probablemente, por el profesor Rabel.
11. Estudio encaminado a la unificación legislativa en materia de contratos bursátiles.—Elaborado en vista de las necesidades actuales de Italia, podría ser base para una Ley uniforme. Se encuentra en preparación con tal fin.

Asimismo, se propone el Instituto empezar el estudio de temas necesitados de unificación legislativa. Entre ellos figuran el contrato de transporte de personas por vía marítima y nacionalidad de las Sociedades mercantiles por acciones.

Las relaciones de colaboración van a ser ampliadas, ya que el Organismo se propone solicitar su admisión en la O. N. U., al amparo del artículo 57 de la Carta.

A. G. R.

## II. DICTAMENES

### Dictamen sobre interpretación de testamento<sup>1</sup>

#### HECHOS

Testamento de 4 de noviembre de 1931

Cláusula 9.ª—“Lega a su hija D.ª M., en pleno dominio todas las ropas y alhajas que pertenecen a la testadora, excepto los cubiertos de plata y los demás utensilios de comedor y las condecoraciones y objetos de valor que pertenecieron al finado esposo de la otorgante, los cuales no forman parte de este legado.

Asímimo concede a su expresada hija D.ª M. el derecho a quedarse si le conviene con la casa sita en la calle Mayor de esta Villa, que es en la que actualmente vive la testadora, previo el abono por D.ª M. del valor de dicha finca a la masa hereditaria; la valoración de aquella se fijará por los herederos de la compareciente de común acuerdo...”

Modificación de la Cláusula 9.ª, fecha 25 de septiembre de 1938: “Por los acontecimientos presentes comprendiendo que una religiosa puede necesitar casa, modifíco la Cláusula 9.ª de mi testamento otorgado en X., disponiendo:

1.º Que la casa que habito, calle Mayor, núm. 21, y los dos corrales de la V. sean para mis hijas, D.ª N., religiosa, y de D.ª M. Si *falleciera* mi hija D.ª N., *pasaría la parte de propiedad* de dicha casa à mis nietas A. y B.”

Se consulta, cuál de las siguientes interpretaciones debe darse a este último párrafo:

1.º *Cuando fallezca* mi hija N. pasará la parte de propiedad &. En este caso, al ocurrir el fallecimiento pasará la propiedad de la media casa a sus sobrinas, hijas de D.ª M.

2.º *Si falleciese* antes de la otorgante, mi hija N. pasará la parte de la propiedad &. En este caso los herederos serían los designados por D.ª N. y, a falta de disposición testamentaria, los designados por la Ley.

#### D I C T A M E N

La consulta hecha se reduce a determinar el sentido de una cláusula testamentaria; por ello, este dictamen se limitará a señalar la interpretación, entre las dos propuestas, que más se ajuste a la Ley. Al efecto, importa ante todo establecer los principios sobre interpretación de disposiciones testamentarias que rigen la materia.

Los principios de interpretación que interesan a nuestro objeto son:

1.º Respeto del sentido literal y, por ello, preferencia de la interpretación que mejor se ajuste al texto del testamento (Art. 675 C. c.).

1. Facilitado por el bufete dirigido por don Antonio de Luna García, Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid.

2.º Investigación, cuando sea necesaria de la intención del testador “según el tenor del mismo testamento”, o sea, necesidad de excluir la búsqueda de la intención del testador fuera del texto del testamento y, por tanto, prohibición de interpretar o añadir las palabras para completar su sentido, a no ser que el mismo testamento no lo imponga de modo ineludible (Art. 675 C. c.).

3.º Es preferible la interpretación que dé eficacia a la disposición testamentaria, siempre que ello sea posible (S. 7 enero 1928).

4.º Cuando se emplea palabra o frase que tiene o puede tener un sentido o definición legal, deben entenderse en este sentido (S. 27 octubre 1903).

La aplicación de estas reglas nos permite resolver la cuestión planteada, en base a las siguientes consideraciones:

1.ª La interpretación en el sentido “si fallece”, “antes de la otorgante”, “antes que yo”, “antes de mí” u otras semejantes. Ello sería una corrección del texto que no está permitida al intérprete. Una enmienda o añadidura interlineal en una escritura no tiene valor si no está debidamente salvada; el respeto debido a la formalidad testamentaria impide, con mayor vigor, toda hipotética apreciación.

Esta interpretación, que no impone el texto, sería “extra tabular” y aunque nada hay que lo corrobore, si se admitiese que respondía a la realidad, carecería de valor testamentario. Ello sería una nueva razón para rechazarla, ya que no se puede aceptar que por una mera hipótesis se deje sin valor una disposición testamentaria.

2.º El sentido de “cuando” o “al fallecer” tiene la característica de no salirse del sentido literal y de no necesitar para su admisión cambio ni agregación en la frase. El párrafo: “*si fallece el Rey pasará su corona al príncipe*”, tiene un sentido claro y vidente; se entenderá por todos “cuando fallezca el Rey” y nadie puede suponer significa “si fallece el Rey antes del que ésto escribe”.

La consideración del presupuesto psicológico corrobora esta interpretación. Es natural que la otorgante, dadas las circunstancias en las que redacta la modificación de la cláusula 9.ª, piense en asegurar los derechos de sus nietos, para el caso de la muerte de su hija D.ª N., pero no el que prevenga la hipótesis de que sea la testadora la que sobreviva a su hija D.ª N. Este supuesto y la consiguiente constitución, de una substitución vulgar, está en contradicción con el hecho de que en el resto del testamento no se ha previsto tal posibilidad y sería inexplicable que sólo en este caso, y no en todos los demás, hubiese previsto la testadora el caso de que ella sobreviviese a cada uno o a todos sus hijos.

En el preámbulo de la modificación de la cláusula se explica ésta en la posible necesidad (dada la guerra civil) de que una religiosa pudiera necesitar casa. Esta necesidad no justifica la creación de una substitución vulgar, sí en cambio una institución condicional. La religiosa puede necesitar refugiarse en la casa familiar, pero no hay que atribuirle una propiedad que se quiere quede en los descendientes de sus hijas. La diferencia entre la primitiva y la cláusula modificadora queda clara. En la primera se concede la propiedad a D.ª M., sin ninguna alusión a otras personas, porque nunca se pensó en una substitución vulgar. En la modificación, se dan derechos a las nietas, D.ª A. y D.ª B., porque ya no se piensa en el momento del fallecimiento del otorgante, sino en el de la primera instituída su hija D.ª N. y para este caso, sí se tiene que prever la posibilidad

de que sobreviva a su otra hija D.<sup>a</sup> M. y para tal hipótesis y simplificando los llamamientos, en vez de llamar a D.<sup>a</sup> M., nombra condicionalmente a las hijas de ésta, D.<sup>a</sup> A. y D.<sup>a</sup> B.

3.º La expresión "si falleciese", que en una exégesis lógica puede parecer sin sentido, como toda condición necesaria, tiene una larga tradición jurídica. No hay duda, como decían los antiguos prácticos, que "*dictio si conditionem adportet*"; en el caso que nos ocupa, las cláusulas "si muere", "cuando muera" tienen significado idéntico y especial valor técnico. En el Derecho romano—especialmente aplicable a Navarra—se señala que contienen una condición impropia en cuanto contienen una incertidumbre, el del tiempo de la muerte, y por ello se elevan a aforismo las frases "*dies incertus appellatur conditio*" y "*dies incertus conditionem in testamento facit*", que servirán para dar valor y eficacia jurídica a la frase "si falleciera" y a la de "el día que muriere".

4.º La interpretación "cuando fallezca" satisface la exigencia señalada por la jurisprudencia del T. S., que impone aquella interpretación de la voluntad del testador que conceda eficacia a sus palabras (S. 7 enero 1938) y que sea apta para producir un efecto jurídico reconocido y admitido por la Ley (S. 25 noviembre 1944).

#### CONCLUSIONES

En base a los razonamientos que anteceden, entendemos y concluimos diciendo:

1.º Que la interpretación 2.ª de "si fallece antes de la otorgante", no puede ser aceptada, por oponerse a su admisión las reglas de la interpretación de los testamentos.

2.º Que la interpretación señalada con el núm. 1.º "cuando fallezca" es la más ajustada a Derecho por concordar con el sentido literal, obtenerse del texto del testamento sin atentar a su integridad, armonizar con las restantes cláusulas testamentarias y dar la debida eficacia a la frase del testador.

# BIBLIOGRAFIA



# Libros <sup>1</sup>

**BOFARULL Y ROMANA.**—“El usufructo y la nuda propiedad en la suscripción de valores mobiliarios”. Discurso leído el día 14 de junio de 1947 en recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.—Madrid, 1947.—97 págs.

I. Fundamentalmente sostiene lo siguiente:

A. El derecho de suscripción preferente que se concede a los accionistas es, como un derecho de tanteo inherente a la acción: no es ni derecho de disfrute, pues las nuevas acciones no son rendimientos que la acción produzca por sí misma según su destino económico; ni derecho de accesión, pues las nuevas acciones tienen vida propia. Aplicando lo preceptuado para los beneficios inherentes a la cosa usufrutuada (art. 479 Código civil), la titularidad de las nuevas acciones corresponde al titular de la antigua y el goce al usufructuario; de aquí se desprende inmediatamente, en cuanto al reembolso, que éste será de cuenta del propietario, pero el usufructuario deberá abonar los intereses, y si el reembolso lo anticipa el usufructuario, deberá recibir su importe del propietario “finito usufructo” (por analogía con los arts. 501, 502, 504, 505, 509 y 510 del Código civil). La exigencia del cupón, para la suscripción, no prejuzga la titularidad del derecho a la misma, pues no es elemento esencial, sino simple signo legitimador del accionista. (En especial, págs. 57 y 58.)

B. A las mismas conclusiones se llega no sólo cuando la emisión de acciones exige desembolso de los accionistas suscriptores, sino también cuando implica transformación en acciones de las reservas, y, muy probablemente, aunque la transformación en acciones opere sobre simples beneficios no repartidos y como pago de dividendos, porque el beneficio de suscripción supone una “desintegración no fructifera de substancia”, y teniendo en cuenta que los beneficios sólo llegan a ser frutos al hacerse dividendo (basándose en los arts. 475, 494 y 499 Código civil, págs. 23 y siguientes)<sup>2</sup>.

II. Es prudente y aceptable la doctrina mantenida por el Sr. Bofarull. Sólo se nos ocurren dudas en cuanto al caso en que la emisión implica transformación en acciones de las reservas o de los beneficios no repartidos: parece lógico que el derecho de suscripción lo tenga siempre el pro-

1. En esta Sección se dará cuenta de las obras de cuyas materias se ocupa nuestro ANUARIO y de las que se nos remitan dos ejemplares.

2. Tesis que es análoga a la de LARRAZ, *El usufructo... sobre títulos valores*. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 7, págs. 9 y 10.

pietario para evitar que su derecho de cuota mengüe en algún modo, pero si se hace a costa de lo que normalmente serían frutos, y, sobre todo, si se hace como pago de dividendos, también parece que deberá reembolsar si no a la Sociedad, que se considera pagada, sí al usufructuario, que no cobra lo que tenía derecho a considerar que le pertenece (claro que como el usufructuario lo será también de las nuevas acciones y lo es ya de la antigua, tienen aplicación analógica los arts. 501, 502, 504, 505 y 510 Código civil)". De otra parte, el que la determinación de los frutos quede a la voluntad social (págs. 12, 24) es lógico en cuanto a las relaciones entre la Sociedad y los socios, pero no nos parece tanto en las relaciones concretas que hay entre propietario y usufructuario, sobre todo teniendo en cuenta la diversidad de causas a que responden las determinaciones sociales (muy bien resumidas en la pág. 34 del Discurso) y que el Código civil no deja de dar base para que la determinación del contenido del goce del usufructuario se haga con independencia de fuerza tan extraña (arts. 494 y 499 Código civil, citados en el Discurso; al criterio de normalidad hace referencia el art. 485 del Código civil, por ejemplo).

En fin, podemos hacer nuestras y recoger las palabras del Sr. Goycochea al decir que "la elegante sobriedad de estilo, armonizado con la prudencia, templanza y moderación de los juicios, son condiciones que siempre resplandecen en los trabajos del verdadero jurista" y que "en los suyos el Sr. Bofarull ha demostrado plenamente serlo" (pág. 91).

Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS  
*Profesor Ayudante de la Universidad Central*

**BORRELL Y SOLER, Antonio M.**—*"Nulidad de los actos jurídicos, según el Código civil español"*.—Bosch, Barcelona, 1947.—414 págs.

La ilusión que produce el sugestivo título de esta obra, desaparece con la lectura de su extenso contenido de más de 400 páginas. Como indica su título trata de la nulidad en el Código Civil, dividiendo el trabajo en tres partes, una referente a los contratos absolutamente nulos, otra a los contratos anulables y la tercera a la nulidad de los actos jurídicos no contractuales, criterio de distinción que, aún no ajustándose a la teoría del negocio jurídico, podría, bien desarrollado, servir como criterio de exposición. Estas categorías, junto con la de inexistencia, que equipara a la nulidad, y dos páginas que dedica a los contratos rescindibles, es la armazón que sirve al autor para la distribución de la materia. Y hoy, podrá o no aceptarse, pero no cabe olvidar—so pena de incurrir en una regresión en el orden científico—las diversas gradaciones comprendidas en un término común y general, llámese ineficacia, invalidez, irregularidad, etcétera, etc., y como los conceptos jurídicos vienen impuestos por la realidad, al tropezar el autor con los artículos 43, 45, 306, etc. del Código civil, se

3. A este sentido se inclina la jurisprudencia (recogida en págs. 27 y sig. del Discurso) y la misma Sentencia de 23 de enero de 1947 (con siderando tercero, *in fine*, y considerando sexto), al exceptuar el caso de "ampliación de capital con cargo a reservas o en pago de dividendos".

encuentra con que "no pueden llamarse inexistentes porque la misma ley los reconoce válidos" y los ha de incluir en una sección titulada "Actos que tienen sanciones especiales". Tal vez el deseo del autor haya sido el de ceñirse de un modo absoluto al Código civil, pero este excesivo acercamiento impide examinarle con la altura necesaria para que, en su conjunto, resulte una armonía que, de otra forma, no puede apreciarse. Esto le lleva también, a plantear como un problema (pág. 373), si el artículo 4.º del Código civil, por referirse a actos y no a contratos, puede tener aplicación a estos.

Esta falta de visión general de las cuestiones es un defecto del que adolece toda la obra y que hace que se resientan de ello, más acentuadamente, los puntos concretos estudiados, mucho más cuando plantea o recoge resoluciones atinentes a nulidad en actos administrativos que le obligaban necesariamente a la exposición de una teoría general. Aun dentro de la clasificación elegida por el autor no se mantiene la precisión necesaria. Así, por ejemplo, trata de la nulidad del "consentimiento" en el testamento, al hablar de la nulidad en los contratos (pág. 14), del error de cuenta al hablar del error sobre la persona (pág. 243) y dentro de la nulidad de los actos, la referente a la de los contratos celebrados en nombre de menores (pág. 356).

Algunas cuestiones resultan notoriamente faltas de precisión (pág. 25) y de contornos confusos o incluso inactuales, no ya dentro de la doctrina científica, sino en la de nuestros Tribunales; tal ocurre con la idea que sobre la institución de la representación se expone por el autor (págs. 26 y 27); otras veces, como ocurre al tratar de la gestión de negocios a la que dedica una sección (págs. 34 a 37), lo hace sin relación ni alusión a la nulidad, no utiliza el concepto de titularidad cuando de él podría deducir consecuencias (pág. 21). Por otro lado, no es un criterio exacto, o al menos único, el apoyar la nulidad de los contratos por no intervenir todos los que deberían hacerlo, en que el objeto de aquél sea indivisible o no (pág. 18). Tampoco puede afirmarse con toda justeza que sea nula una separación matrimonial por la simple voluntad de los cónyuges y mucho menos que lo sea por "no posibilidad" de las cosas o servicios objeto del contrato (pág. 43).

Casi la mitad de las páginas del libro contienen el registro de resoluciones del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros, en un número superior a 750. Este acarreo de material jurisprudencial, que de por sí haría útil el libro, adolece del inconveniente de su falta de ordenación, ni tan siquiera cronológica. Además, la referencia a "puede verse", "véase", "pueden consultarse, entre otras", "recordaremos" y la fecha de la sentencia, hace disminuir el valor del acopio del material jurisprudencial. Alguna cita, como la que se hace a la sentencia de 14 de marzo de 1927 (pág. 93) que estimó no constituye causa ilícita el contrato sobre divisas extranjeras, es en la actualidad completamente inoportuna.

La parte más conseguida de la obra es la de los vicios del consentimiento y los precedentes en Derecho romano. La única explicación que puede

darse a los defectos apuntados, dada la competencia acreditada del autor, es un excesivo apresuramiento en la redacción del libro que hace disculpable las faltas de que padece.

Abraham VAZQUEZ SAENZ DE HERMUA

**CANDIL, F.**—“La cláusula *rebus sic stantibus*”.—Madrid, 1946.—154 páginas.

La obra nos ofrece bastante más de lo que promete su título. No es solamente un estudio doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus*, sino el examen más amplio de la influencia que el cambio de las circunstancias, en base a las cuales se pactó, pueda tener en las relaciones contractuales, realizado de manera sugestiva y original y en el que la abundancia de datos ajenos no supone en ningún momento mengua en la aportación de puntos de vista propios.

Dentro del ámbito total de la problemática planteada por la modificación de las circunstancias de hecho, debida a acontecimientos imprevisibles al tiempo de perfeccionarse el contrato, la cláusula *rebus sic stantibus* no pasa de ser, históricamente, un punto de partida, y desde el punto de vista dogmático, una de tantas soluciones propuestas.

El fenómeno, que alcanza especial virulencia en las épocas inmediatamente posteriores a las guerras, es de hoy y de ayer, y seguramente también de mañana; por ello, en estos momentos de especial desarreglo económico, no puede por menos que saludarse con sincero alborozo un trabajo como el del profesor Candil, que, superando sus propósitos iniciales, llega a una serie de conclusiones de las que en lo sucesivo no podrá prescindirse por quien quiera abordar provechosamente el estudio de estas cuestiones.

El autor, siguiendo un orden lógico de exposición, destina las primeras páginas de su estudio a la justificación de su propósito y a la delimitación del tema, citando la abundante legislación española que, ordenando la vida económica del país, trata de evitar desproporciones injustas, que habrían de derivar necesariamente de la plena aplicación de las disposiciones dictadas para una situación normal, y entra inmediatamente en el examen de la historia de la institución, con la obligada referencia al Derecho romano, que en esta ocasión no nos aporta nada decisivo. Estudia los textos del Digesto que suelen citarse por la doctrina y llega a la conclusión de que el Derecho romano pasó por alto esta doctrina en los términos de extensión que posteriormente obtuvo y con que actualmente trata de aplicarse, aunque allí se encuentran antecedentes de orden moral y filosófico.

Su elaboración fué lenta—dice—, sin que pueda asegurarse con exactitud en qué momento y por qué escritor fué formulada. Cree que la doctrina de Osti coloca el problema en sus verdaderos límites, al afirmar que los filósofos, especialmente los católicos, prepararon el camino de la formulación, desarrollando los juristas los principios por aquéllos obtenidos hasta concretar en la expresión conocida, el sentido moral que les sirve de

sostén. Admitida esta postura, la evolución doctrinal se presenta con caracteres de gran claridad. Cicerón en los *Oficios* y Séneca en *De Beneficiis* sientan una doctrina que es recogida por Santo Tomás, quien llega a afirmar que “para que el hombre esté obligado a hacer lo que prometió, se requiere que todas las circunstancias permanezcan invariables...”. Las citas del Decreto de Graciano y de Bartolo y Baldo demuestran cómo estos principios se encuentran recogidos por las fuentes canónicas y civiles.

Sin embargo, lo más interesante para nosotros, y que recogemos con especial complacencia, es la particular atención que el autor consagra al análisis de nuestros clásicos, tan necesitados de un detenido y profundo estudio. Contrapone el profesor Candil las tesis de Fr. Francisco García y Fr. Tomás de Mercado. El primero, en su opúsculo *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos quantos en los negocios humanos se suelen ofrecer*, recoge la tesis de Santo Tomás a que antes hemos hecho referencia, mientras que el segundo, en su más conocida *Summa de Tratos y Contratos*, sostiene la curiosa tesis de que la mudanza de las circunstancias no influyen para calificar de justa la venta, encontrando el autor la justificación de esta especial postura en la predilección de Fr. Tomás por los problemas de Derecho mercantil, en los cuales el sentido de lesión modificado por el de lucro matiza con criterio de finalidad los negocios mercantiles. Pero quizá sería conveniente también, para valorar en todo su alcance la tesis del ilustre dominico, tener en cuenta que aquella opinión se predica de un supuesto de compraventa de cosa futura, que necesariamente tuvo que influir en el pensamiento del autor.

Siguiendo su interesante exposición histórica, el profesor Candil nos sitúa después en los siglos XVII y XVIII, interesantes por la reacción que en el campo dogmático y en el positivo se acusan a favor de la admisibilidad de la cláusula. Pero el clima en que se gestó el Código de Napoleón no era propicio para la admisión del principio, siempre en pugna con el de la autonomía de la voluntad, que aquél consagra como una de sus grandes conquistas. Tampoco el Código alemán, a pesar del enorme valor de la doctrina de Windscheid, la recoge en su articulado, pudiendo predicarse otro tanto de los ordenamientos jurídicos que el autor cita. La nota original más acusada está, sin duda, representada por el Código civil italiano, que, bajo un epígrafe tan poco concreto como el de “excesiva onerosidad”, dedica una sección al problema, teniendo en cuenta doctrinas del más alto valor moral.

En el capítulo IV de su trabajo, bajo la rúbrica *Nuestro Derecho actual en relación a la cláusula “rebus sic stantibus”*, el profesor Candil estudia especialmente la posición de nuestro Derecho, llegando a dos conclusiones: 1.<sup>a</sup> Se trata de una regla de orden moral que roza algunas situaciones, pero no el orden general de nuestro Derecho. 2.<sup>a</sup> La justicia que ella supone no aparece expresamente contenida en nuestro Código civil de una manera general, ya que aun cuando la cláusula es aplicada por el Código civil en algunos supuestos (cfr. arts. 1.129, 1.467, 1.484, 1.488, 1.502, 1.503, 1.588, etc.) no aparece formulada de una manera general.

Del examen general de los ordenamientos jurídicos se saca la conclusión de que éstos se muestran reacios en su admisión y por ello no es de extrañar que la doctrina se haya esforzado en su justificación elaborando una serie de construcciones que el autor, con sus características dotes de claridad y penetración, nos presenta sistemáticamente en tres grandes secciones:

I. *Doctrinas que modifican el principio clásico de la declaración de voluntad.*—Dentro de este grupo ofrece especial relevancia la conocida doctrina de la presuposición, de Windscheid, criticada por la doctrina en base a la imposibilidad de establecer una línea divisoria entre ella y la condición, y especialmente por Lenel, quien afirma que sería a todas luces injusto que una parte pudiera dejar sin efecto un negocio jurídico invocando creencias que a su hora no cuidó de formular debidamente.

Motivo de impugnación es también la doctrina de la base del negocio, de Oertmann, con las modificaciones introducidas por Locher y Enneccerus y la doctrina intermedia de Cogliolo, a la que tacha de no aportar nada nuevo a la solución del problema.

II. *Doctrinas que dan una interpretación extensiva o anormal a ciertos principios de Derecho privado.*—Dentro de esta dirección se somete a crítica la equiparación de la excesiva onerosidad al caso fortuito o fuerza mayor, seguida por Titze y Díaz Cruz y criticada también por Lenel, Batlle y Bonnacase; la teoría de la equivalencia de la prestación, de Krüchmann; la del error que vicia el consentimiento, defendida por Bonnacase; la dirección que defiende una ampliación en la aplicación de la lesión en materia contractual, que rechaza también en cuanto a su posible aplicación para nuestro Derecho, teniendo en cuenta el tenor del artículo 1.291, de carácter, netamente restrictivo.

No faltan tampoco autores que intentan hallar a través del concepto de causa la fundamentación de la aplicación de la cláusula, y ello siguiendo un doble camino: uno hace referencia a la continuidad de la causa, otro supone que a la causa debe dársele un contenido social (Venezian, Demogue); estas dos posturas también son rechazadas por el autor.

Con más detenimiento se estudia la doctrina de la imprevisión o riesgo imprevisible, formulada por Mangnan de Bornier y Hauriou y desenvuelta por numerosos autores, llegando a la conclusión de que la doctrina tiene mucho que desear, no en sus soluciones, sino en el encaje dentro del Derecho positivo, que es el que ha de resolver por medio de la ley las soluciones de anormalidad que la vida presenta, así como en su formulación dogmática.

En apartados sucesivos se hace referencia a las doctrinas del abuso del derecho, del enriquecimiento injusto, a la *exceptio doli generalis*, defendida por Wendt y Cossio; a la de la buena fe y a la de la equidad, que son rechazadas al plantearse el autor su posible adaptación a los preceptos de nuestro Derecho positivo, reafirmando su tesis de que un Derecho nuevo sólo puede ser introducido por la vía normal, la legislativa.

Quizás esté en la Sección III, consagrada al estudio del Derecho libre,

la parte fundamental del trabajo, y en la que la aportación del autor tiene un matiz más personal.

De lo que llevamos expuesto el lector podrá deducir fácilmente que la solución que el autor propugna, al plantearse el problema de si es aconsejable que la jurisprudencia cree un Derecho nuevo, es de sentido negativo. El simple planteamiento de la cuestión le lleva como de la mano al examen de la jurisprudencia de intereses, a la que somete a una dura crítica, a nuestro juicio excesiva, señalando la especial situación de la cuestión en los regímenes totalitarios.

Estudia la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo haciendo un detenido examen de sus numerosos fallos, entre los que queremos destacar las sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, comentadas por el profesor Ossorio Morales en la *RGLyJ*, y las posteriores de 13 de junio de 1944, a que se refiere el profesor Pérez Serrano en *JUS*, y de 5 de junio de 1945, que, manteniéndose en un plano de moderación y prudencia, merecen el aplauso del autor.

Termina el trabajo con unas conclusiones en las que se resume la postura del autor sustentada a través de las páginas de su estudio y que por su especial interés no resistimos la tentación de transcribir. Estas son las dos siguientes: 1.<sup>a</sup> Es necesario convertir en jurídica la regla moral que lleva implícita la cláusula *rebus sic stantibus*. 2.<sup>a</sup> El mejor camino, por no decir el único, para conseguir esta finalidad es el de la normación legislativa.

En cuanto al recurso técnico para llevar a la práctica estos principios, se inclina por la revisión, elevada a rango de institución jurídica de carácter general, y afirma que para el desarrollo de su tesis convendría tener en cuenta los siguientes principios: 1.º Serían consideradas circunstancias extraordinarias todas aquéllas que produzcan un desequilibrio económico en el valor de una prestación superior al 30 por 100 en los contratos civiles y al 50 en los mercantiles. 2.º El desequilibrio económico superior al indicado produciría como único efecto el de disminuir su volumen hasta el límite indicado, siempre que no se trate de contratos aleatorios. 3.º Serán aplicables estas reglas a toda prestación de orden material, incluso al dinero. 4.º No se dará revisión a los contratos consumados ni en aquéllos en que se encuentre en mora el solicitante, ni respecto a prestaciones realizadas, sea cual fuere la significación de las mismas. 5.º Los contratos que cuenten con normas especiales de revisión continuarán sometidos a ellas. 6.º Las doctrinas de resolución y rescisión contenidas en los artículos 1.124 y 1.291 del Código civil y otros concordantes continuarán en vigor.

E. VERDERA Y TUELLS

**CLARET Y MARTI, Pompeyo.**—“De la fiducia y del trust”. Estudio de Derecho comparado.—Barcelona. Editorial Bosch, 1946.—117 págs.

El libro, más informativo y de tendencia que de investigación, es sugestivo por el enlace de cuestiones que plantea su título. El autor, cons-

ciente de todos los inconvenientes que tiene la primera tentativa<sup>1</sup> de abordar un tema nuevo—interesante y complejo—, ha tratado de superarlos. Su intento es digno de tener en cuenta por lo noble de su aspiración. Pero también es preciso descender al plano de las realizaciones.

La obra, en la que se hecha de menos una buena sistemática, aborda en una primera etapa la fiducia de tipo romano. En sucesivos epígrafes se examinan, muy sumariamente, el *pactum fiduciae*, el concepto moderno de la fiducia, y la fiducia en relación con otras instituciones jurídicas. El Doctor Claret no se propone profundizar en el campo de la construcción dogmática moderna del negocio fiduciario. Se limita a recoger la opinión de algunos autores, desigualmente utilizados. De su propia cosecha aduce algunos ejemplos de “contratos fiduciarios que se dan reiteradamente en la práctica”, muy parecidos a los que Grasseti consigna en su artículo sobre la materia<sup>2</sup>. Los puntos de contacto entre el mandatario *proprio nomine* y la persona interpuesta, de un lado, y el fiduciario, de otro, interesantísimos para precisar la posición jurídica de este último, aparecen tratados superficialmente. Habría que distinguir, en cuanto a lo primero, el caso de la representación indirecta que tiene por objeto una enajenación—abordando el tema de la legitimación o autorización (*Ermächtigung*)—y el caso en que dicha representación se encamine a una adquisición. Por lo que afecta a lo segundo, no se tienen en cuenta las profundas diferencias dogmáticas que median entre la interposición real y la aparente. Son cuestiones que no deberían haber sido tratadas de forma tan vaga, si el propósito del autor fué soslayar los problemas que la fiducia plantea, para centrar preferentemente el objeto de su trabajo en el *trust*. Lo mismo cabe afirmar con relación al párrafo que encabeza el epígrafe *Negocios indirectos, “sine causa” y simulados*, en el que se recogen afirmaciones de Cariota-Ferrara, Graziani y Ennecerus sin someterlas a crítica.

Separadamente se examina la validez de la fiducia en el derecho positivo. También son aquí silenciadas las graves cuestiones que plantea el problema de la admisibilidad del negocio fiduciario respecto a la naturaleza del acto o de transmisión. Se barajan opiniones de muy distintos autores, sin calar el meollo de la cuestión. Con el epígrafe que lleva por título *De la fiducia al trust*, se inicia un apartado que sirve de lazo de unión a las dos partes que pueden verse en el libro del Doctor Claret. El autor se adhiere a la opinión dominante, que está de acuerdo en afirmar—así Messina y, tras él, Ambrosini y Grasseti—que cuando no existe la posibilidad de un abuso y se llega a la correspondencia exacta de los poderes del fiduciario con el fin del negocio, a través de medios jurídicos propios—como ocurre en el “trust”—, y no por el espontáneo comportamiento del fiduciario, se está frente a casos de “fiducia legal”,

1. Con anterioridad había publicado EMILIO MIÑANA un pequeño trabajo no exento de interés (“Los trusts. Breves consideraciones acerca de los medios de su implantación en España”, en la “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 1931, tomo 153, página 599 y siguientes).

2. “Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico” en la “Rivista di diritto commerciale”, 1936, I, pág. 349 y siguientes.

que no tienen título hábil para ser calificados de negocios fiduciarios (fiducia en sentido técnico). Pero hubiera sido de desear que el Doctor Claret dedicara más atención al tema, ya en el plano histórico, señalando más detenidamente la evolución del *use* primitivo hacia una forma típica de "fiducia legal" ("trust"), ya en el plano de la doctrina moderna, frente a la posición de Franceschelli, el cual, recientemente, ha sostenido el carácter fiduciario del trust.

A la exposición anterior sigue la parte del libro dedicada de un modo especial a dar una idea del "trust", personas que en él intervienen, clases de "trust", creación del mismo y su funcionamiento. Esta parte está mejor lograda. Se trata de una recopilación resumida de lo escrito por tratadistas ingleses y americanos, y de las decisiones de la jurisprudencia anglosajona sobre la materia. El lector adquiere un conocimiento lo suficientemente profundo de la institución. En este sentido, la obra de divulgación del autor es loable.

El libro acaba presentando esquemáticamente el trust fuera de los países anglosajones (Francia, Alemania, Austria e Italia, Suiza, Liechtenstein, Japón y Canadá)<sup>3</sup>. El autor se muestra partidario de introducir en el derecho español el trust como fiducia legal, amparada "erga omnes" por la ley. El estudio, interesante de "iure condendo", se hubiera avalado notablemente dedicando una especial atención al "trust" tal como ha sido regulado por las leyes especiales de algunos países hispanoamericanos, casi siempre con el nombre de "fideicomiso". Pero quizás que una etapa previa, en esta directriz, sería la de deslindar más claramente las concesiones anglosajonas e hispanoamericana y continental de la institución.

Juan Bautista JORDANO BAREA  
*Doctor en Derecho*

**CUNHA, Paulo.**—"Direito das sucessões", tres volúmenes; lecciones recogidas y litografiadas por Pereira, Ferro y Oliveira.—Lisboa, 1947.

El ilustre profesor de Lisboa, doctor Paulo Cunha, es, indudablemente—no obstante su juventud—, el forjador de una escuela jurídica a la que pertenecen los más destacados civilistas de la Universidad de Lisboa, que honran con sus publicaciones la ciencia jurídico-civil portuguesa, de incuestionable esplendor en la actualidad. Los invulgares atributos de ser investigador notable, famoso abogado, excelente maestro y compilador del nuevo Código ahora en formación hacen de su figura una de las más representativas—si no la más—del Derecho civil portugués actual. Goza Paulo Cunha en España de fama merecida, merced a sus conocidos trabajos de Derecho civil y procesal. Y no cabe duda, que con la obra que ahora nos ocupa ha de incrementar su ya sólido prestigio.

Consta ésta de tres volúmenes, y aun es de esperar un cuarto que

3. Esta última parte ofrece una información legislativa y bibliográfica de tan notable semejanza a la recogida en "La Fiducie en Droit moderne" en "Travaux de la Semaine Internationale de Droit", Paris. Sirey, 1937, que extraña no se hayan citado.

estudie la sucesión intestada y la contractual. En ellos se recogen las lecciones pronunciadas por el profesor Cunha al quinto año de la Facultad de Derecho, y si bien el lenguaje en que aparecen es claro, tiene a veces la poca fluidez de las explicaciones tomadas taquigráficamente.

Dedica el volumen primero a los Principios generales. Define el derecho sucesorio como conjunto de normas jurídicas que regulan la transmisión de los derechos y obligaciones operada por la muerte de una persona, y tras encuadrarlo en la categoría general de la "transmisión" y analizar sus aspectos objetivo y subjetivo, se ocupa del fenómeno sucesorio: la mera expectativa del futuro heredero durante la vida del causante, exceptuando los casos de donaciones "mortis causa" (admitidas en el Derecho portugués en el ámbito de las donaciones matrimoniales) y de sucesión necesaria, en los que aquéllos tienen, ya en aquel período, un derecho subjetivo: el derecho a suceder una vez muerto el causante; la devolución, vocación, aceptación y repudiación de la herencia.

El fundamento de las sucesiones no puede ser el pretendido por las doctrinas anarquistas, socialistas, individualistas ni antropológicas. Encuéntrase—según Cunha—en la función social del derecho de propiedad y en la tutela de los intereses familiares; con este criterio analiza las distintas clases de sucesiones, que divide en voluntarias (testamentaria y contractual) y legales (necesaria e intestada). Es el fin social del derecho de propiedad el fundamento de la sucesión voluntaria, tanto testada como contractual; esta última en la medida en que se admite, pues está en términos generales prohibida, ya que con ella se impide al que dispone de su patrimonio para después de la muerte, una vez celebrado el pacto, alterar su voluntad, y en los excepcionales casos en que es permitida, lo es para proteger y favorecer ciertos intereses que la Ley tutela de especial manera. Fundamenta la sucesión necesaria el hecho de que con ella se protegen y defienden los intereses familiares. Mayores dificultades presenta la intestada; entiende Cunha—con acierto, a nuestro entender—que ni la teoría de la voluntad presunta del "de cuius" ni la de la existencia de la copropiedad familiar son en sí suficientes para explicar el instituto, y siguiendo a Cimbali, encuentra su base atendiendo a tres clases de factores: individuales (tómase en cuenta el esfuerzo del difunto para formar la propiedad y búscase por ello, al marcar sus sucesores, su presumible voluntad), familiares (pésase el estímulo que la familia supone para haber formado aquella propiedad, estímulo que se aproxima a la tendencia que pretende la existencia de un cuasicondominio familiar) y sociales (estímase la protección concedida por el Estado para constituir la propiedad que ha de cumplir un fin social, protección que explica el derecho del Estado a suceder).

Fíjase después en las categorías de sucesión a título universal y particular que dan lugar a las figuras de heredero y legatario, tanto desde un punto de vista doctrinal como legal (si bien existen algunas diferencias de matiz entre estas dos consideraciones). Rechaza la teoría de la continuidad de la personalidad del difunto como base de aquella.

distinción, puesto que la personalidad desaparece con la muerte y la representación—más que continuidad—no es exclusiva del heredero, sino que también existe en el legatario, si bien en diferente escala y medida.

En la responsabilidad por las deudas de la herencia encuentra un seguro criterio para fundamentar aquella distinción visto que el heredero responde directamente de ellas (si bien, en Portugal, de hecho es sólo “intra vires”, ya que basta probar que no existen más bienes en la herencia para sustraerse al pago; claro que si el heredero no realiza esa prueba responde “ultra vires”), mientras que el legatario, en principio, sólo responde por las cargas que graven su legado, y sólo en el supuesto de que toda la herencia sea distribuída en legados, las deudas se prorratarán sobre aquéllos, no pudiendo nunca exceder a la cuantía del legado. Encuentra otras diferencias en el derecho de acrecer, en la caducidad de las mandas testamentarias y en la división de la herencia. Acaba este apartado analizando y resolviendo los casos dudosos de la doctrina: son supuestos de herencia el de las universalidades de derecho, las disposiciones del remanente o del usufructo del remanente y el del usufructo de un patrimonio o parte alícuota del mismo; son, por el contrario, legados la institución en una universalidad de hecho en todos los muebles o en todos los inmuebles.

Estudia después el ámbito del instituto sucesorio, que comprende todos los derechos patrimoniales, activos y pasivos, en la titularidad y en la posesión, quedando excluídos del mismo los derechos puramente personales y los exceptuados por la ley o por la voluntad del causante. Acaba este volumen contemplando los supuestos de sucesiones deficitarias y vacías.

En el segundo tomo estudia la sucesión necesaria, la que, a su entender, se justifica como medio de protección de los intereses familiares. Excluyendo de la categoría de herederos forzosos a los hermanos y al cónyuge supérstite, fíjase en la legítima de ascendientes y descendientes y en las tres operaciones de su cálculo: determinación del valor de los bienes dejados, valoración del pasivo, restándolo luego al activo, y suma a ese remanente de la cuantía de los actos liberales que el “de cuius” realizó.

Durante la vida del causante no existen remedios específicos para proteger la legítima. Mas indirectamente hay ciertos medios que la tutelan, tales como el instituto de la prodigalidad y la prohibición impuesta a los ascendientes de vender o hipotecar sus bienes a un descendiente sin consentimiento de los otros descendientes, para evitar con ello actos simulados. Aparte de estos dos, un Acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 1941 sienta doctrina permitiendo a los hijos pedir, incluso durante la vida de los padres, la anulación de deudas que éstos contraigan simuladamente o con intención de perjudicarles, sin ser necesaria la prueba de la efectividad del perjuicio. De ello deduce Cunha que si bien los bienes pertenecen al causante durante su vida en propiedad y sin restricciones, y los hijos no tienen en esa época ningún derecho

a aquellos bienes, ya tienen, sin embargo, un derecho subjetivo y no una simple expectativa, pues el poder que les concede el Acuerdo viene a probar que aquéllos tienen en ese período un "derecho a suceder".

Una vez abierta la sucesión existen una serie de medios específicos para proteger la legítima, principalmente: la cautela sociniana (que, por indudable "lapsus calami", atribuye su origen al Derecho romano) y la acción de inoficiosidad. Como medios complementarios, la acción reivindicatoria respecto a tercero y la de simulación.

Estudia después la capacidad para adquirir por sucesión forzosa, fijándose especialmente en la desheredación, en sus causas, mecanismo y derechos del desheredado, que se reducen simplemente a recibir, en caso de precisarlos, alimentos de quien se benefició con los bienes que a él le correspondían, y tan sólo en la medida de esos bienes.

Se ocupa luego de las colaciones, concepto, clases, diferencias con la inoficiosidad, régimen legal, principios aplicables a las colaciones de hijos y nietos, bienes que comprende y efectos que producen en los diferentes casos de las mismas. Y por último, contempla el instituto de la imputación.

En el tercer y último volumen trata de la sucesión testamentaria, examinando en primer lugar sus requisitos intrínsecos: voluntad y causa.

La voluntad tiene mayor relevancia en el testamento que en los demás actos jurídicos, por ser aquél unilateral, gratuito y por producir sus efectos tan sólo después de la muerte de su autor. Estudia los vicios de la voluntad (violencia, dolo y error), con sus especiales efectos en el campo sucesorio, y después los casos de divergencia entre voluntad real y declarada, manteniendo—para solucionar el conflicto, al igual que como regla de interpretación de los testamentos y siguiendo en ello la tesis del profesor de Coimbra Ferrer Correia—no la teoría meramente voluntarista, sino la de la responsabilidad, en el sentido de ser necesario procurar objetivizar la voluntad teniendo en cuenta la responsabilidad del testador para con los terceros de buena fe; y se ocupa, respecto a los casos de divergencia voluntaria, de la reserva mental y de la simulación y de los no intencionados, de los "lapsus". Luego examina los medios de prueba admisibles para demostrar los defectos de voluntad.

Considera la causa como el motivo típico de cada negocio concreto representando el fin económico-jurídico del mismo y contempla los casos de ilegalidad de la causa.

Luego estudia los requisitos extrínsecos. Atendiendo a la forma, el testamento puede ser: 1) "público", cuando está escrito por notario en su libro de notas, y si bien teóricamente es secreto, por contenerse en un libro manejado por muchas personas ese secreto en la práctica no existe; 2) "cerrado", con el que se evitan los inconvenientes del anterior; es un documento particular escrito por el mismo testador u otra persona por él designada que se presenta ante el notario, el cual levanta un auto, que firma con los testigos, haciendo constar que en aquel documento privado se contiene una expresión testamentaria que no lee—sólo revisa por en-

cima para ver si existen enmiendas o raspaduras, haciéndolo constar—, y lo lacra y archiva. Ese auto es constitutivo y da al documento valor de documento auténtico extraoficial; 3) y 4) "militar" y "marítimo", formas excepcionales en casos de campaña en país extranjero o en alta mar; 5) "testamento hecho en país extranjero". Este presenta una curiosa modalidad. En Portugal no se admite el testamento ológrafo; mas un portugués en el extranjero puede—si es admitida esa forma en el país donde se encuentra—testar con el ológrafo, sin más intervención del funcionario consular portugués que la de legalizar su firma. Mas Cunha sostiene que el documento en que esa declaración testamentaria se contenga no tiene valor de testamento en Portugal, ya que ello supondría derogar el principio legal de que no existe testamento sin que intervenga el funcionario público, visto que cualquier portugués podría trasladarse a un país donde aquella forma se admitiese y salvar así la prohibición legal. Ese documento—dice Cunha—valdrá apenas como testamento en el país donde se hace, y en Portugal sólo tendrán valor las declaraciones extratestamentarias que en él se contengan (reconocimientos, etc.).

Expone después el contenido del acto testamentario: La institución del heredero y sus diferentes modalidades; la del legatario en general, y las particularidades de prelegado, legado de cosa, legado de cosa ajena, de crédito, universal, de alimentos, de hacer, indeterminado, genérico, alternativo, etc.

A seguido trata los elementos accidentales: condición, término, modo y cláusula penal.

Luego, las substitutiones, sus diferentes clases y, de modo especial, la fidecomisaria.

Después, la ineficacia del testamento: invalidez (nulidad y anulabilidad), revocación (expresa, tácita y real) y caducidad.

Y por último, la ejecución testamentaria, materia privativa de los actos testamentarios. Contempla primero las formalidades preparatorias en las diferentes clases de testamentos y después la propia ejecución. Distingue el "testamentario" (nuestro albacea) del "cabeza de casal" (nuestro antiguo cabezalero), fijándose en que el primero sólo puede existir cuando hay testamento, mientras que el segundo es necesario en todas las sucesiones en que hay inventario tendente a la división de los bienes, y a él corresponde la iniciativa procesal y la administración de la masa indivisa. Acaba la obra estudiando quiénes pueden ocupar esos cargos y las finalidades y características de los mismos.

Tal es, a grandes rasgos, el contenido del libro y sus principales características. Claro está que no se trata ahora de exponer nuestra opinión sobre estos temas, sino de dar a conocer la de Cunha. Es lógico que en algunos puntos discordemos de su tendencia, e incluso tuvimos ocasión en algún trabajo de mantener algunas teorías diferentes a las de Cunha. Es también indudable que, como toda obra humana, presente ésta algunos pequeños defectos y lagunas. Pero ello no le puede quitar su extraordinario valor. El profesor Paulo Cunha quiso recoger sus lecciones

con el fin de que sus discípulos tuviesen una directriz segura en el estudio del Derecho sucesorio. Y francamente hemos de confesar que ese fin se alcanzó y superó con creces. Sólo nos resta felicitarlo por su útil y valioso trabajo y desear que cunda el ejemplo en nuestra patria, en el sentido de que sean publicadas, previa revisión, lecciones de los diferentes puntos del Derecho civil para facilitar la labor del alumno y contribuir, de una manera tan notable como Cunha en Portugal, al desarrollo de nuestra ciencia jurídico-privada.

Gregorio J. ORTEGA PARDO

**CHAVANNE, Albert.**—“*Essai sur la notion de compte en Droit civil*”.—**París, 1947.**

El concepto de “cuenta”, estudiado de una manera especial en el Derecho mercantil, presenta grandes dificultades aun no resueltas, a las cuales no es ajeno el Derecho civil, dándose en el campo de este numerosos supuestos de intervención de aquélla: Cuentas de tutela, de mandato, de usufructo, en el derecho de sucesiones, etc. Y estas cuentas producen la consecuencia de paralizar los efectos normales de las obligaciones, hasta la fecha de cese de las mismas.

Es esta institución jurídica y estos efectos, los estudiados en la obra de Chavanne de una manera original, rica en sugerencias y con apreciable sistemática.

Empieza el autor contemplando el concepto de cuenta en Derecho romano. Después clasifica los diferentes tipos actuales de cuentas, en dos grandes grupos:

1) Cuentas de carácter real, que tienen su centro de gravedad en un patrimonio o parte de él, centralizándose las operaciones sobre una universalidad de bienes y liquidándose aquéllas de una manera indivisible. El estado de cuentas opera una inmovilidad temporal de estas obligaciones, para que el patrimonio de que se trate pueda cumplir una finalidad determinada. En este grupo incluye: Las cuentas de tutela, las de indivisión hereditaria, las cuentas de comunidad legal y las del marido administrador de los bienes pertenecientes a la mujer.

2) Cuentas de carácter personal, que tienen como punto de referencia, no un patrimonio, sino una operación jurídica tan sólo. Y dentro de ellas estudia tanto las de origen contractual como las de nacimiento extra-contractual.

La segunda parte del trabajo la dedica al estudio de la autonomía de la cuenta, abarcando en ella: Los elementos, los medios y el resultado de la autonomía de la cuenta, los efectos de ella y su naturaleza jurídica confrontándola con las teorías del patrimonio y de la persona jurídica, acabando con definir el lugar que ocupa la “cuenta” en el Derecho.

Tanto la originalidad del tema, como su correcto desarrollo, constituyen méritos indudables de este libro y hacen del mismo una obra del mayor interés.

Gregorio ORTEGA PARDO  
*Doctor en Derecho*

**FRANCESCH DE CERDA, Manuel.**—“Repertorio-Índice progresivo de Legislación y Jurisprudencia del Código civil”.—Bosch, 1947.—931 páginas.

Más que obra original, podría calificarse como una reedición de la conocida y hoy anticuada obra de Calvo Camina, si bien sólo en la parte referente a jurisprudencia, ya que la que reseñamos no recoge la bibliografía sobre el Código civil, lo que hubiera aumentado la utilidad que el libro puede proporcionar.

Contiene la numeración del articulado del Código y la cita de las sentencias, resoluciones y leyes especiales sobre cada uno de aquéllos, su fecha, la de su publicación en la *Gaceta* y la referencia al tomo y página del Diccionario de Alcubilla en que se publicó; la cita de este último no se hace sobre la última edición, con el consiguiente inconveniente para la consulta. No indica la última fecha a que alcanza el Repertorio que al parecer no se remonta más que hasta el año 1944.

Mientras no se estudie la jurisprudencia con todo detalle y de primera mano, desmenuzando cada sentencia en sus distintas conclusiones doctrinales, los trabajos como el presente serán estimables y meritorios, pero no aliviarán al profesional escrupuloso de la pesada busca en las fuentes originales. Merece la pena, por la importancia que reviste, muy superior a la que generalmente se aprecia, el estudio a fondo de las resoluciones jurisprudenciales, de su evolución bien sea en su unidad o en sus contradicciones, unas veces aparentes y otras reales, por realizarse en ellas el derecho en su forma más viva y real.

Abraham VAZQUEZ SAENZ DE HERMUA

**FRIEDMANN, W.**—“Legal theory”.—London, Stevens & Sons, Limited; 1947.—(IX, 448 págs.) 2.<sup>a</sup> ed., revisada (1.<sup>a</sup> de 1944).

### I. *Reseña de la obra*

La teoría jurídica—nos dice—está vinculada, por un lado, con la filosofía y, por otro, con la teoría política; todo hombre está guiado, consciente e inconscientemente, por los principios que la teoría legal formula en forma profesional (p. 1). La función de la teoría jurídica es, como dice Radbruch, “clasificar los valores y postulados jurídicos, hasta sus últimos fundamentos jurídicos” (p. 2).

Después de una breve referencia preliminar al origen de la problemática jurídica en Platón y Aristóteles, señala las “principales antinomias de la teoría jurídica” o valores respecto a los que existe desacuerdo en la civilización occidental y entre los que oscila como un péndulo la opinión predominante. Enumera estas ocho antinomias: 1.<sup>a</sup>, individuo y universo; 2.<sup>a</sup>, voluntarismo y conocimiento objetivo; 3.<sup>a</sup>, inteligencia e instinto; 4.<sup>a</sup>, estabilidad y cambio; 5.<sup>a</sup>, positivismo e idealismo; 6.<sup>a</sup>, colectivismo e individualismo; 7.<sup>a</sup>, democracia y autocracia, y 8.<sup>a</sup>, nacionalismo e internacionalismo (p. 6 a 17).

Las partes II, III y IV contienen una condensada Historia de la Fi-

losofía del Derecho, sistematizada en relación con las distintas antinomias; la parte II se ocupa de la búsqueda de la justicia absoluta y las teorías del Derecho natural; la parte III, de individualismo, universalismo y comunidad; la parte IV, de la influencia del desenvolvimiento social moderno sobre el pensamiento jurídico.

Las partes V, VI y VII tratan de demostrar el influjo de las teorías jurídicas sobre la realidad jurídica. La parte V, bajo el título de los movimientos políticos modernos y su pensamiento jurídico, expone las tres básicas direcciones del pensamiento socialista, del fascista y nacional-socialista, y de la moderna doctrina católica. La parte VI, lleva el rótulo de teoría legal, ideales sociales y práctica legal, ocupándose: a) de casos en que la aceptación de una teoría jurídica determina los más importantes efectos prácticos; señala, como ejemplo, el poder que puede atribuirse el juez para interpretar las leyes, según considere o no doctrinas políticas o económicas, trabajos preparatorios, se atenga más o menos a los precedentes, estime o no el orden público y la equidad; b) compara los sistemas inglés y norteamericano con el continental, señalando algunas de sus diferencias e indicando que no son tan profundas como se ha creído; c) indica el distinto enfoque de una serie de problemas concretos—en especial en el Derecho anglo-americano—según las ideas preponderantes: Abuso del derecho; gestión de negocios ajenos, deberes del patrono hacia sus empleados, obligaciones del propietario hacia sus inquilinos y respecto al público, competencia ilícita y libertad de comercio, la personalidad jurídica de compañías y asociaciones. La parte VII, bajo el epígrafe de la teoría jurídica y algunos problemas de nuestro tiempo, se ocupa de: La soberanía del Estado, el orden internacional y la regla jurídica; el pensamiento jurídico occidental y el pensamiento germánico; la teoría jurídica y la evolución de la sociedad y, en fin, de los valores legales de la democracia moderna.

El autor no oculta su filiación social-demócrata, pero con Radbruch y Weber mantiene la concepción relativista, de que "los últimos valores pueden ser creídos, pero no probados" (p. IX), con el resultado de que todas las antinomias que enumera son para él filosóficas y jurídicamente insolubles; quedando al arbitrio de cualquier ideología jurídica el decidir la tensión entre el ideal jurídico y la realidad social, y, reducida la jurisprudencia analítica a este papel de "servidora": el de desarrollar un sistema lógico y claramente desde sus fundamentos (p. 414 y 416). La Filosofía del Derecho será así: "La vinculación de las valoraciones políticas últimas con el orden legal" (p. 116, N. 45).

## II. *Examen crítico de la obra*

En el libro reseñado, Friedmann se muestra fiel discípulo de Radbruch, de su filosofía relativista y de su loable claridad de expositor. El pathos con que Radbruch describiera, con añoranzas de esteta, la tragedia del jurista, tiene su reflejo en la desesperanza agnóstica de Friedmann, en este mundo trágicamente dividido e indeciso. Aportación ori-

ginal es su ambicioso y loable intento de calar más hondo que Radbruch<sup>1</sup>, buscando el trasfondo metafísico de las teorías jurídicas; pero esta aparente mayor profundidad la paga confundiendo las distintas direcciones y perdiendo de vista la idea radical y unitaria que anima a cada teoría<sup>2</sup>. También camina por propio sendero al unir, en su estudio, las teorías alemanas y francesas con las inglesas y norteamericanas y en su interesante propósito de aclarar, con ellas, la interpretación y configuración práctica de las instituciones jurídicas<sup>3</sup>. Desgraciadamente, no están lo suficientemente conectadas las teorías con la jurisprudencia estudiada y, con ello, el más interesante aspecto de la obra queda en parte frustrado.

En libro de tan amplio contenido será fácil tarea espigar descuidos y errores<sup>4</sup>. Aquí sólo interesa marcar alguno que indica cierta ligereza o prejuicio partidista en el autor. Confunde la escuela del Derecho libre (socialista), con la escuela de la jurisprudencia de los intereses (conservadora), citando como representantes de ésta a Ehrlich y Kantorowicz (que lo son de aquéllos), mientras relega a una nota el nombre de su propio fundador, Heck, y para nada menciona a autores tan significados de la dirección como Rümelin y Stoll (p. 219)<sup>5</sup>. Grave es también la confusión que supone entender que el artículo primero del Código civil suizo sigue la teoría de "voluntas legislatoris" (p. 260), olvidando la conexión que, por su origen y sentido, tiene con las teorías del Derecho libre.

La falla mayor de este libro es su falta de conocimiento y comprensión de la doctrina católica de Derecho natural, a pesar de sus externas muestras de respeto (p. 30, 249). Bastará señalar algunos de sus errores más notables (desgraciadamente bien comunes) en la doctrina para convencerse de ello. Dice que "la doctrina católica hace suprema a la comunidad sobre el individuo" (p. 13); y que el individuo carece de derechos (p. 29); que San Agustín considera al Estado como una institución del pecado (p. 27, 28); desconoce el desarrollo del pensar de los católicos desde Santo Tomás al Renacimiento e ignora hasta la misma existencia de la escuela española de Derecho natural; en fin, confunde lamentablemente la doctrina católica del Derecho natural con los programas y actuación de los mal llamados partidos políticos católicos (p. 249).

El interés, quizá, mayor de esta obra será, para el lector advertido, su valor de símbolo en la trayectoria del positivismo jurídico. El canto

1. Que sólo señala las antinomias entre: Justicia, finalidad y seguridad jurídica. *Filosofía del Derecho* (trad. esp.), 1933, pág. 95.

2. Lo que logra mejor Radbruch con su simplista distinción de las concepciones individualistas, supramotivista y transpersonal. *Introducción a la Ciencia del Derecho* (traducción e p.), 1930, pág. 18; *Filosofía del Derecho*, pág. 70.

3. Contiene útil información para el no especialista, resalta los defectos e imperfecciones de la técnica jurídica inglesa y norteamericana y pone de relieve su gran retraso respecto a la continental, lo que es debido a la vinculación, a los precedentes y al descuido de la ciencia jurídica por su jurisprudencia.

4. Produce impresión de poco cuidado las citas incompletas, faltas unas veces de fecha de publicación de la obra y otras de la página.

5. Omisiones podrían señalarse muchas; una de las más notables es la de la dirección influenciada por la fenomenología, Reinach, Husserl, Schreier.

triunfal de Hedemann en 1910<sup>6</sup> al progreso del Derecho se ha convertido en la elegía de la ilusión perdida; leyes, teorías, Derecho y Justicia no se piensa ya que sigan un progreso ininterrumpido, se cree que cambian de signo con el péndulo fatal de la Historia, que sólo obedece a la violencia y al poder del más fuerte.

No es lugar éste para señalar en detalle los errores de la teoría relativista de Friedmann; nos permitimos indicar sólo los tres básicos en que, a nuestro juicio, incurre: 1.º La imposibilidad que alega de probar los valores últimos sólo puede sostenerse teniendo una concepción experimental de la ciencia—hoy inadmisibile—; no ser susceptible de experimento nada dice en contra de una posibilidad de prueba filosófica respecto de la existencia y de la jerarquía de los valores, ni tampoco excluye la de la prueba sociológica de la eficacia jerárquica de los mismos valores. 2.º Desconoce el sentido central de la concepción católica del Derecho natural, en la que se entiende que es la misma Justicia la que impone adaptar los principios del Derecho natural a las circunstancias históricas. 3.º Cierra los ojos a la duplicidad de elementos que forman la política: uno, su esfera estrictamente política, de previsión, prudencia y ordenación de medios, substraída a la propia valoración jurídica, y aquella otra inseparable del Derecho, la política jurídica, o sea, la que impone la necesidad de un *mínimum* de Justicia en la organización de la comunidad, para que pueda ser llamada jurídica, y la aspiración al *máximum* posible de Justicia conforme a las circunstancias. A estos fines debe colaborar toda teoría jurídica para merecer dignamente este nombre; si se desconocen o vulneran, sería más adecuado utilizar cualquier otro rótulo en el que el Derecho no figure, por ejemplo, el de teoría del poder o técnica de la opresión.

F. DE C.

**GUTTERIDGE, H. G.**—“Comparative Law”.—Cambridge, 1946.

Tres finalidades persigue el profesor Gutteridge. En primer lugar, explicar el origen y contenido del Derecho comparado. Describir, por otra parte, las variadas direcciones propuestas y cuáles de ellas pueden utilizarse, y finalmente, valorar el Derecho comparado como instrumento para el desarrollo y estudio del Derecho.

Con arreglo a esta triple finalidad, examina el concepto y origen del Derecho comparado, su delimitación frente al Derecho internacional privado, el problema de la terminología legal y, en la parte metodológica (capítulos VII y VIII), el proceso de comparación—integrado por un examen de las fuentes, códigos-costumbres—y la interpretación de la ley y de las decisiones judiciales.

¿Cuál es el valor actual del Derecho comparado? La respuesta no es simple. Es preciso un estudio de conjunto de todo el Derecho y una contribución de los puntos de vista de la jurisprudencia analítica, de la filo-

---

6. Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert.

sofía legal y de la historia del Derecho. No obstante, como nota, acertadamente trata de aprovechar la experiencia ajena que emerge de países de mayor madurez jurídica y es de irrecusable necesidad para el jurista, haciéndola ciencia auxiliar de la legislación.

Los tres capítulos últimos se dedican a estudiar la unificación en el Derecho privado. Trayendo a colación las funciones de un organismo internacional de la preguerra—comenta—, parece que las reglas del Derecho privado están destinadas a tener un papel considerable en el desenvolvimiento futuro del Derecho internacional, en razón al artículo 38 del T. P. de J. I., que ordena a este Tribunal aplicar, entre otras reglas, los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto significa que los principios jurídicos reconocidos por los principales sistemas de Derecho privado serán aplicados en lo porvenir a los conflictos internacionales y que estos principios deben ser obtenidos por el Derecho comparado.

Acompaña a la obra un cuidado apéndice de colecciones y revistas, clasificados por naciones. La edición, presentada por la Universidad de Cambridge, número primero de una amplia serie, es muy cuidada.

J. E. G.

**LE PICARD, René.—“Divorce et bien public”.—Paris, 1946.**

El canonista Le Picard, doctor también en Derecho civil, ha adquirido modernamente justo renombre por sus valiosos estudios sobre derecho de familia, renombre que ahora viene a incrementar con la presente obra.

Contemplando el divorcio tal como hoy está regulado en las legislaciones francesa y belga, denuncia su maldad desde el punto de vista social: el bien público obliga a condenarlo. Es incompatible con los preceptos del Derecho natural. Y es socialmente nefasto; la sola perspectiva del divorcio incita a los esposos que no tienen certeza en sí han de avenirse a la vida común a retardar la procreación, con el subsiguiente decrecimiento de la natalidad, peligro mortal de la Francia contemporánea. El concederlo como remedio a los esposos moralmente desavenidos es una concesión ilegítima hecha al individuo en detrimento de la sociedad, y no hay que olvidar que el bien público debe siempre prevalecer sobre el interés privado.

Por eso la Iglesia, maestra del matrimonio religioso, protestó siempre contra las tendencias destructoras del vínculo matrimonial.

Como consecuencia de estos principios, el autor deduce que la demanda de divorcio sólo será legítima cuando exista una causa presente y suficientemente grave que la justifica; pero una causa de estos caracteres jamás puede darse, pues que más grave que ella será siempre la maldad del divorcio, y, por otra parte, con la separación de cuerpos se logran los mismos efectos prácticos que con el divorcio, sin sus nefastos inconvenientes. Por ello, concluye que, ni en Francia ni en Bélgica, un católico, ni incluso con la resolución de no contraer una segunda unión civil, jamás puede pedir el divorcio. Claro está que en el terreno de los puros principios no es necesaria esta argumentación para condenar el divorcio; pero el autor—que califica a su libro de obra de doctrina y de acción—quiere probar

la maldad del divorcio no sólo moralmente, sino también por razones de índole social.

¿Qué remedios hay para evitar el divorcio? Considera que esperar que sea abolido de la legislación civil es una esperanza ilusoria; la última ley francesa de 1945, que tiende a disminuir el número de aquéllos, es totalmente insuficiente, ya que lo importante no es sólo evitar el abuso del divorcio, sino reconocer que esta institución es un abuso en sí misma y que, por tanto, no debe subsistir.

Es preciso reclamar en la lucha contra él todos los recursos posibles. Y así nos dice: Los fieles católicos deben demostrar su desaprobación en sus conversaciones, procurando extenderla e inculcarla en las personas que constituyen sus círculos familiares y amistosos. La Acción Católica debe organizar una activa propaganda pública, cooperando en ella todas las asociaciones católicas. Los magistrados católicos están obligados a utilizar las últimas leyes restrictivas para imponer la conciliación, evitando la ruina familiar y social, no siguiendo la orientación de la jurisprudencia, que hasta la fecha ha favorecido la multiplicidad del divorcio. Los abogados y notarios pueden influir también decisivamente con su sano consejo en el ánimo de los esposos desavenidos. Los profesores, políticos y periodistas tienen también aquí una alta misión a cumplir. Por último, los sacerdotes poseen un gran número de resortes para combatir el divorcio; así, deben explicar a los novios en el examen prenupcial las razones por las que no se puede admitir la demanda del divorcio, y sugiere Le Picard que una asamblea de Cardenales y Obispos condene la demanda de divorcio. La separación de cuerpos, preludio del divorcio, deberá ser también muy controlada, no sólo por el confesor en el fuero interno, sino también por el Ordinario en el fuero externo. Los párrocos deberán aplicar las penas prescritas por el Derecho eclesiástico a los divorciados, que siendo pecadores públicos; no sólo deberán ser excluidos de los sacramentos, sino también de sepultura religiosa. Finalmente, sugiere que se introduzca la costumbre de que los que van a casarse prometan la renuncia formal a una futura demanda de divorcio, y si bien esta promesa podrá ser violada de hecho, creará sin duda alguna para las personas de recta conciencia un obstáculo para su violación. La ley civil no reconoce validez a una tal renuncia, pero su valor es solicitado por personas autorizadas, cuyos esfuerzos deben ser apoyados a fin de lograr que los esposos puedan contraer matrimonio civil indisoluble mediante una declaración que libremente ellos hagan.

¿Cabe esperar tal modificación? ¿Por qué no—dice el autor—, si la Iglesia ha obtenido modernamente el reconocimiento de la ley eclesiástica en materia de matrimonio en los concordatos concluidos con Lituania (1927), Italia (1929), Austria (1934), Portugal (1940) y Colombia (1942)? No es, pues, ninguna utopía pensar que Francia entrará un día en este movimiento; si se pretende restaurar eficazmente la familia, el Estado francés debe reconocer que para una gran multitud de ciudadanos el matrimonio es un Sacramento.

La obra de Le Picard manifiesta un nuevo esfuerzo para evitar los perniciosos efectos del divorcio, y como tal merece aplauso. Su lenguaje claro, su vibración y su lógica concluyente mucho valorizan su trabajo. Si bien su argumentación jurídica es admisible y el autor demuestra un profundo conocimiento de los derechos positivos francés y belga sobre la materia, algunas veces incurre en defectos técnicos que dan un carácter un tanto ingenuo a sus afirmaciones. Pero ni esto es frecuente ni en los casos en que se da produce una seria quiebra de la tesis del autor. El propósito del libro es inmejorable y las soluciones que propone permiten esperar, si se ponen en práctica, una notable disminución progresiva—hasta lograr que desaparezca—del divorcio, verdadero azote de la vida social francesa, y del que nosotros, por fortuna, estamos libres.

Gregorio ORTEGA PARDO  
*Doctor en Derecho*

**LHOMME, Jean.**—“Utilisation. Gaspillage. Prodigalité”.—París, 1946.

El profesor de Economía política de la Facultad de Derecho de París, Jean Lhomme, viene con esta obra a demostrar las relaciones entre el Derecho privado y la economía, las cuales imponen que los cultivadores de ambas especialidades se preocupen por un conocimiento científico de esas recíprocas influencias, conocimiento del que ha de derivar un práctico provecho para estas ciencias.

Así, el Derecho privado, al solucionar los problemas de protección de incapacitados, la represión del abuso del derecho de propiedad y al regular las relaciones económicas entre esposos, debe tomar muy en cuenta la cualidad y modalidades del empleo de los bienes, objeto de la regulación jurídica. El autor procede en lo referente al concepto de los institutos, a cuyo estudio se dedica, a confrontar el punto de vista económico y jurídico, para ver en qué medida han de tomarse en consideración cada uno de estos aspectos, al regular esas figuras; mas no en el sentido de proponer una lucha entre ambos aspectos, sino en el de procurar lograr más que la supremacía de uno de ellos la solución armónica que permita un mejor desenvolvimiento de las instituciones que le ocupan. Y para lograr la armónica cooperación de ambos elementos, acude a tres grupos de criterios: generales (teniendo en cuenta la naturaleza), objetivos (tomando en consideración el objeto y el lugar) y subjetivos (fijándose en los sujetos y en su voluntad).

La obra de Lhomme, plena de sugerencias, es útil no sólo en cuanto pone de relieve la idea de las recíprocas influencias de estas dos disciplinas, sino también en el estudio concreto de los problemas que se plantea, y su trabajo, de gran valor en el campo económico, tiene para el civilista todo el interés y atracción que el autor pretendía.

Gregorio ORTEGA PARDO  
*Doctor en Derecho*

LLANAS DE NIUBO, R., y LLAMAS PEREZ, A.—“Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946” (sinopsis de la Ley y apéndice conteniendo las disposiciones legales que la completan).—Distribuidor: Librería Bosch, Barcelona, 1947.—45 págs.

La novísima Ley de Arrendamientos Urbanos ha tenido la virtud—alentadora—de dar lugar a una copiosísima bibliografía sobre tan importante materia; no sólo han aparecido interesantísimos artículos en las revistas profesionales, sino que, desde muy diversos campos y con un loable afán de colaboración, se han publicado importantes comentarios a la misma<sup>1</sup>.

El título del folleto que reseñamos corresponde exactamente a su contenido: una sinopsis de la Ley y un apéndice conteniendo las disposiciones legales que la completan.

En la sinopsis sigue rigurosamente el orden del texto legal, anotando a pie de página aquellas cuestiones que en razón del plan adoptado no tienen cabida en los distintos esquemas. El apéndice contiene todas las disposiciones citadas o aludidas en el texto legal.

A nuestro juicio, los autores no han pretendido otra cosa que realizar una obra de divulgación—avance de los comentarios al texto legal que han de seguirle—, y lo han logrado cumplidamente. Es un trabajo eminentemente práctico; se echa de menos el que, además de la referencia global que se hace de los artículos de la Ley que abarca cada capítulo, no se anoten, junto a cada uno de los puntos que comprende el cuadro sinóptico, los artículos del cuerpo legal, lo que haría más útil su manejo. Tienen el acierto de llevar al apéndice—transcribiéndolas literalmente—todas las disposiciones citadas o aludidas en la Ley, con lo cual se facilita la aplicación de la misma.

Juan HERNANDEZ CANUT

*Profesor Ayudante de la Universidad Central  
Abogado del I. C. de Madrid*

MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, José.—“La condición jurídica del Nasciturus en el Derecho Español”.—Madrid, 1946.

El presente libro aporta dos afirmaciones generales—en el terreno de la disciplina histórico jurídica—de interés para los juristas españoles: estudiar el desenvolvimiento histórico en su plenitud hasta enlazar con la exposición del Derecho vigente y apresurar la elaboración histórica a base de las fuentes conocidas y depuradas, sin detenerse porque gran par-

1. CONDOMINES (Francisco de A.): *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, edit. R. D. P., Madrid, 1947; BELLÓN GÓMEZ (Ildefonso): *Régimen legal de los arrendamientos urbanos*, Editora Nacional, Madrid, 1947; CARNERO Y ESPINO (Jesús) y CARRALDA Y VALCÁRCEL (José): *Arrendamientos urbanos*, Imp. y Lib. Gumersindo Cerezo, Logroño, 1947; VÁZQUEZ (Antonio): *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Lib. Gral. Victoriano Suárez, Madrid, 1947; LINOS LAGE (Daniel de): *Inquilinos y caseros*, Madrid, 1947; BOZA MORENO (J.): *Arrendamientos urbanos*, Inst. Edit. Rev., Madrid, 1947; ARCHANGO (Santiago): *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*; GARCÍA ROYO (A.): *Arrendamientos urbanos*, Soria, 1947; CALATAYUD Y SANJUÁN (Evelio): *Arrendamientos y desahucios*, Edit. Carrera del Castillo, Madrid, 1947; MONTAÑA RAMÍREZ (A.): *Arrendamientos urbanos*; FERRE RO RODRÍGUEZ (Fernando): *Arrendamiento de la propiedad urbana*, Lex, Valladolid, 1947; *Arrendamientos urbanos*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1947.

te de éstas no lo sean hoy todavía de modo suficiente. Está compuesto con estrecha fidelidad al método histórico, que exige consignar no sólo el precedente de lo actual, sino el pasado en su totalidad. Y constituye una práctica alegación en las discusiones actuales sobre la función de aquel conocimiento respecto a la ciencia jurídica. En este sentido—y en cuanto a su desarrollo—forma serie con la obra del mismo autor *Herencias en favor del alma*<sup>1</sup>, a la que también le liga una analogía de tema, situado en ambas en los linderos históricos de la personalidad: antes del nacimiento, después de la muerte.

La exposición arranca del Derecho romano, en el que la crítica permite ya observar un curso que va de la aceptación del hijo como condición para que adquiera capacidad (propia de los Derechos primitivos) al doble supuesto legal establecido por el Derecho civil en la época clásica: el concebido en justas nupcias tiene capacidad, mientras que el “vulgo conceptus” ha de esperar al instante del nacimiento. El *Ius gentium* se refería siempre a ese instante. Al desvanecerse la noción de justas nupcias en el Derecho postclásico, se borran las distinciones clásicas, en favor de la capacidad para todos los concebidos. Esta etapa del Derecho romano recibe el vigoroso impulso del Cristianismo, que insinúa en aquél la convicción teológica de existir un alma en el *nasciturus*, con lo que la cuestión queda centrada en la propia personalidad.

En la Lex romana visigothorum ve José Maldonado la continuación del Derecho romano practicado en España. En este lugar, como es sabido, se sitúa el enigma del Derecho romano vulgar. La solución que a este problema da el autor tiene, a nuestro juicio, la ventaja de no apartarse del terreno seguro de las fuentes. P. Merea, en una nota<sup>2</sup>, opone el reparo de que la Lex romana no refleja un Derecho realmente vivido, popular, sino que se limita a recoger, en lo principal, textos puramente clásicos. El insigne investigador del Derecho peninsular atribuye la deformación occidental del Derecho clásico más bien a factores indígenas, y halla su expresión más directa en la legislación visigoda<sup>3</sup>. El mismo J. M. indica que en esta materia la Lex romana aporta poca novedad con relación al Derecho clásico<sup>4</sup>. Pero en todo caso el propósito del autor en esta monografía entraña cierta “suspensión del juicio” sobre los problemas de las fuentes en sí mismos, y el valor y la significación total de la Lex romana visigothorum es uno de los menos contestados de un modo terminante. El hecho de que la Lex en este asunto no proporcione una visión muy completa de las transformaciones postclásicas del Derecho romano no es suficiente para que se la abandone definitivamente como sede de la continuación del Derecho occidental.

Entrando ya en el particularismo que presidirá la formación del Derecho medieval, se configura en la esfera canónica española una in-

1. 1944. Cfr. *Arbor*, IV, 349. y A. HERNÁNDEZ GEL, *RD*, XXVIII, 1944, 815.

2. *Boletim de Coimbra*, XXII, 1946 523.

3. Vid. *AHDE*, XVII, 1946; cfr. bibl. en *RD*, XXXI, 1947, 632.

4. No obstante, es en la Lex donde un texto de Gayo acentúa el favor al concebido; y del mismo Gayo se ha borrado, para incluirlo en el *Breviario*, el pasaje que aludía a la distinción clásica entre legítimos e ilegítimos.

completa doctrina de la personalidad del concebido, que coincide con las tendencias generales de la Patrística y el Derecho canónico.

El antiguo Derecho germánico se hallaba aún en la etapa, considerada primitiva, de exigir la aceptación por el padre; pero inmediatamente recibe la doble influencia romano-canónica, que lo empuja hacia el sistema de la capacidad fundada en el propio ser del nacido y, consiguientemente, a extender la protección jurídica al "*nasciturus*". Los efectos de esta influencia alcanzan su expresión en el Derecho escrito visigodo, pero a través de su regulación se advierte la persistencia de prácticas populares—como la exposición de los niños—que presuponen el desconocimiento de la personalidad en el *nasciturus*. Y aun más: cuando la ley visigoda va a regular los derechos hereditarios de los hijos, aun conserva, en parte, el concepto de personalidad tal como lo concebía el Derecho germánico más antiguo. En una etapa ulterior de la propia ley—apreciada con fino matiz histórico—aparece una protección hereditaria del *nasciturus*.

El complejo sistema de fuentes medievales revela, de una parte, el retorno o la conservación de las prácticas del Derecho consuetudinario germánico; de otra, la continuidad en el progreso hacia la figura del *nasciturus* como sujeto de protección jurídica.

Los fueros municipales castellanos nos ofrecen un caso típico de ese contraste de elementos: protégese la vida del concebido y del recién nacido, pero al momento de establecer la capacidad hereditaria asoman los requisitos del viejo Derecho germánico.

Y, en correspondencia con lo ocurrido en la historia del Derecho visigodo, se abre paso la tutela de los derechos sucesorios del *nasciturus*, que culmina en el Fuero Real. La ordenación de los materiales de las fuentes y la construcción sobre ellos, de la institución en el Derecho medieval, constituye el núcleo central de la investigación y su verdadera novedad.

En su centro histórico, la recepción romano-canónica imprime un sello de uniformidad, pero al mismo tiempo marca una nueva diferencia entre aquellos territorios que aplican directamente el Derecho justiniano, y el castellano, que incorpora los nuevos elementos a una tradición nacional cuyas tendencias immanentes a consagrar la capacidad del "*nasciturus*" corona y que se erige en principio dirigente de la materia para toda la Edad Moderna, hasta la promulgación del Código. En la legislación de esta época se advierte una confusión: en cierto momento (Leyes de Toro) se retorna al sistema visigótico de no considerarse suficientes la concepción ni el nacimiento, pero se involucra la cuestión de la legitimidad.

Dentro de la Edad Moderna, el examen de la literatura jurídica es una de las aportaciones más notables del libro, especialmente si se tiene en cuenta que se trata de una parte de la historia de las fuentes apenas estudiada en cuanto tal, y esta briosa penetración en su contenido, para captar la elaboración teórica de la institución, demuestra la necesidad de que se aborde de un modo sistemático el estudio externo de ese esplén-

didado sector de nuestra historia jurídica, más admirado y ensalzado que conocido. La atención dedicada a esta etapa jurídica entre el Derecho de la Edad Media (más atendido generalmente por la investigación) y el actual pone la disciplina histórica a la altura de su misión, que no es simplemente el cultivo de las antigüedades, sino justamente la expresión de una viva continuidad que llega hasta el presente.

A los civilistas, que apreciarán el valor de esta monografía histórica, paso<sup>5</sup> importante de por sí y por la meta que se propone—la Historia del Derecho privado español—(algo distinto de los precedentes históricos del Código al uso), ha de interesarles la doctrina sobre el Derecho actual, sobre todo porque no es la simple yuxtaposición de una labor sistemática a otra histórica, sino que ambas están realizadas con el mismo espíritu y un método muy semejante. La aguda observación de Carnelutti de que el jurista es un historiador admite ser ahondada en el sentido de que es un historiador del Derecho. El "Derecho actual" es contemplado también como una etapa histórica, con las variaciones que comporta la redacción original y definitiva del artículo 29 del Código civil, que enlaza muy directamente con la tradición histórica, la jurisprudencia sobre el mismo y los concordantes y la doctrina. La de Maldonado sobre la naturaleza jurídica del *Nasciturus*, ficción construída por el Derecho "en favor de un sujeto futuro", se aparta (como en la *Herencia en favor del alma*, en que la protección recaía en el interés del titular pretérito) de centrar la cuestión sobre el sujeto actual, inexistente, para apoyarla en la relación jurídica afectada por la ficción (concretamente, la herencia). Y la originalidad de estas doctrinas, que habrán de ser examinadas conjuntamente, se enlaza al estudio histórico que la antecede, al haber situado dinámicamente, sobre el tiempo, su naturaleza dogmática.

R. GIBERT

*Profesor A. de la Universidad Central*

**MANTILLA MOLINA, Roberto L.**—"Derecho Mercantil" (Introducción y conceptos fundamentales. Sociedades).—Edit. Librería Porrúa Hermanos y Cía., Méjico, MCMXLVI.—XXIII + 423 págs. en cuarto.

Comienza esta obra con una introducción histórica, con especial estudio de la evolución de la disciplina en España y Méjico, y un sucinto examen de los diversos tipos de sistemas jurídicos actuales con relación al comercio (cap. I), para continuar con el análisis del concepto de Derecho mercantil, sus relaciones con el civil, el problema de la fusión de ambos ordenamientos jurídicos, su unidad científica, método (capítulo II), fuentes<sup>1</sup>. Trata a continuación de los actos de comercio (ca-

5. Cfr. D'ORS, *AHDE*, XVII, 1946, 1141.

1. Particular atención dedica a los usos mercantiles, siguiendo la clasificación de usos interpretativos y normativos, con el criterio, a nuestro juicio erróneo, de diferenciar los usos normativos de la costumbre en que ésta constituye una fuente autónoma, mientras que los usos normativos "sólo alcanzan el valor de fuente del Derecho cuando son invocados por la ley".

pítulo IV)<sup>2</sup> y renuncia a formular un concepto unitario del mismo como tarea que considera irrealizable. Estudia luego el problema de los límites a la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de comercio, que no aparece claramente resuelto dada la indeterminación de lo que la constituya. En el capítulo V expone lo relativo a los "sujetos del Derecho mercantil", y, siguiendo una acertada sistemática, hace una breve mención de la Sociedad mercantil, cuyo estudio realiza en la segunda parte de la obra, analizando—en cuanto al comerciante individual solamente, y esto nos parece un error de sistema—las cuestiones de capacidad para el ejercicio del comercio, adquisición del carácter de comerciante, etc. Con el estudio de la negociación mercantil ("forma de manifestación externa de la Empresa") y de sus elementos incorporales y corporales, así como de su naturaleza jurídica (constituye una universalidad de hecho, en opinión del autor) (cap. VI), de las obligaciones de los comerciantes (cap. VII) y de los auxiliares mercantiles (cap. VIII) termina la primera parte del libro.

En la parte segunda analiza el autor el concepto de Sociedad (capítulo IX); las asociaciones en participación (cap. X), a las que califica de Sociedad, erróneamente, a nuestro juicio, en base a un criterio metajurídico de la misma; la Sociedad mercantil en general (cap. XI), exponiendo las cuestiones relativas a la personalidad de la Sociedad y sus consecuencias (secc. I), el estado de socio y el negocio que lo origina (secc. II) y los requisitos de éste (secc. III); Sociedades irregulares (cap. XII), que tienen en el Derecho mejicano una interesante y moderna regulación; clasificación de las Sociedades mercantiles, que el autor hace, con arreglo a un sistema que no nos parece satisfactorio, "atendiendo al carácter y transmisibilidad de los derechos de socio", lo que da lugar a la formación de dos grupos (uno, constituido por las Sociedades colectiva, comanditaria, de responsabilidad limitada y cooperativa; el otro, por las Sociedades anónima y comanditaria por acciones), carentes de homogeneidad interna, puesto que la transmisibilidad de la cualidad de socio no está en el Derecho mejicano en relación con la prohibición de incorporar sus derechos a un título-valor. Trata luego el autor de los diferentes tipos de Sociedades mercantiles reconocidos por el Derecho mejicano: colectiva (cap. XIV), en comandita simple (cap. XV), de responsabilidad limitada, con su variante de Sociedad de responsabilidad limitada de interés público (cap. XVI), cooperativas y mutualistas (cap. XVII), anónima (cap. XVIII), comanditaria por acciones (cap. XIX) y sociedades de capital variable (cap. XX)<sup>3</sup>. Cierra la obra un breve capítulo (el XXI) que trata de la disolución, liquidación y fusión de las Sociedades, si bien no se estudian en él las causas de disolución ni la liquidación de ciertas So-

2. El vigente Código de comercio mejicano sigue el sistema llamado objetivo, a través del Código de comercio italiano de 1865 y de nuestro Código de comercio de 1885, relacionándose así indirectamente con el Código de comercio francés.

3. Todos los tipos de sociedades mercantiles pueden ser, en Derecho mercantil mejicano, de capital variable; por imperativo legal, la cooperativa lo es siempre. Compruébese en esta parte lo indicado sobre la sistemática de la obra.

ciudades, como las cooperativas y mutualistas, debido al criterio de agrupar todas las materias que comprenden las leyes especiales que las regulan.

En conjunto, la obra, que, al parecer, ha sido escrita para servir de libro de texto, se resiente de un cierto descuido en la parte doctrinal<sup>4</sup> y de la tendencia a tratar de cuestiones metajurídicas<sup>5</sup>, lo que hace que el mayor valor de este libro consista en el acertado resumen que hace de la legislación positiva, que aparece puesta al día en las adiciones que se hacen al final de la obra.

J. L.

**MASCAREÑAS, C. E.**—“La propiedad industrial”. Legislación y Jurisprudencia.—Librería Bosch, Barcelona, 1947.—251 págs.

Cada etapa histórica se caracteriza por poner en primera línea determinadas instituciones, de acuerdo con las necesidades humanamente sentidas. Las condiciones de vida existentes al terminarse la primera conflagración mundial (1914-1918) tuvieron como consecuencia una renovación de concepciones, una mutación de conceptos e ideas que parecían definitivamente logrados; esta renovación, esa mutación, se puso de manifiesto, sobre todo, en orden a los problemas que creaba la propiedad industrial; la materia, que podemos calificar de civil-administrativa, fué objeto de brillantes trabajos, sobre todo en los países del Nuevo Mundo, en donde la economía acusaba, mejor que ningún otro país, estas variaciones.

No fué ajena nuestra patria a este movimiento; la circunstancia de no haber participado España en aquella contienda no por ello impidió que sus consecuencias tuvieran amplia repercusión en ella, de ahí que se sintiera la acuciante necesidad de sustituir las anticuadas disposiciones sobre la misma contenidas en la Ley de 1902 y en multitud de disposiciones posteriores—que trataban en vano de recoger todas las situaciones que no pudieron ser previstas por aquélla—, disposiciones que, por otro lado, no hacían más que aumentar el caos existente en la materia, dificultando su aplicación; el clamor de la doctrina era general al abogar en pro de su “actualización”. La actividad teórica, que, como dice el profesor De Castro<sup>1</sup>, es necesaria para la preparación de las leyes, logró al fin ver recogidas sus aspiraciones en el nuevo texto al que el Decreto de 22 de mayo de 1931<sup>2</sup> da el nombre de Estatuto sobre Propiedad industrial.

Si profundo fué el cambio de las condiciones económicas e industriales al finalizar la anterior contienda, mucho más lo es el producido en la última; no ha de extrañar, por tanto, que de nuevo se produzca este interés por las materias de la propiedad industrial: las mismas causas producen los mismos efectos. Primero, más allá de nuestras fronteras y des-

4. Vid. por ej. la anodina forma de tratar el problema de la fusión del Derecho civil y el mercantil (págs. 23 a 29).

5. Como ejemplo concreto puede verse la cuestión de la sociedad anónima unipersonal, página 310.

1. Vide. F. D. CASTRO. “Derecho Civil de España”; tomo I, lib. preliminar, págs. 426 y siguientes.

2. Elevado a Ley. por la Ley de 16 de septiembre de 1931.

pués en nuestra Patria se ha vuelto sobre el tema, con la peculiaridad de que se trata, generalmente, de profesionales del Derecho, abogados en ejercicio, los cuales, por esto mismo, conocen mejor que nadie las fallas de los preceptos, estas lagunas si no del Derecho, por lo menos de la Ley; no ha de extrañar, por tanto, que traten de integrar dentro de la misma, los principios de que se valieron para subsanar sus defectos. Los estudios, como decíamos, han sido muchos y muy valiosos<sup>3</sup>; pero, sin embargo, se echaba de menos en el campo profesional la existencia de un texto seguro y a la vez práctico que contuviera en un solo volumen toda la legislación sobre propiedad industrial.

Este es el vacío que, a nuestro juicio, ha venido a llenar la obra del señor Mascareñas; no es un tratado sobre propiedad industrial; se trata simplemente de lo que enuncia el subtítulo, esto es: Legislación y jurisprudencia sobre la propiedad industrial.

En cuanto a la primera, recoge cuidadosamente el texto del Estatuto (depurándole de los errores con que aparecía en obras de parecido carácter) de 26 de julio de 1929, refundido y revisado de acuerdo con el Real Decreto-Ley de 15 de marzo de 1930 y que aprobado por Real Orden de 30 de abril de 1930 se publicó en la *Gaceta de Madrid* de 7 de mayo del mismo año, al cual el Decreto de 22 de mayo de 1931 (vide nota 2) le da el nombre de Estatuto sobre la Propiedad industrial. En relación con el mismo, en la Introducción (págs. 8 y 9) deshace lo que él llama "lamentable error" en que se ha venido incurriendo respecto a las disposiciones penales en la materia y se pronuncia en el sentido de estimar vigente todos los preceptos penales de la Ley de 1902, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto de 22 de mayo de 1931.

Merece elogios por la selecta y reciente jurisprudencia de que va seguido cada artículo y, sobre todo, por haber tenido el acierto de colocar en notas a pie de página las disposiciones complementarias, en lugar de hacerlo al final de texto, que haría más engorroso su manejo.

El texto del Estatuto va seguido por los preceptos vigentes, según su criterio, de la Ley de 16 de mayo de 1902 y por el Convenio Internacional para la protección de la Propiedad industrial, firmado en La Haya el 6 de noviembre de 1925.

Tres índices muy cuidados de legislación, de jurisprudencia y alfabético de materias, ponen fin a la obra y contribuyen a que el autor haya alcanzado el fin que se había propuesto: ofrecer una recopilación de las disposiciones sobre la materia que titula el libro.

Juan HERNANDEZ CANUT

*Profesor A. de la Universidad Central  
Abogado del I. C. de Madrid*

3. Vide., entre otros: DÍAZ DE VELASCO (M.), "La nota reivindicatoria en las patentes de invención", *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 918-935; ídem, "Concesión y nulidad de patentes de invención", prólogo de Nicolás Pérez Serrano, edit. *Rta. de Derecho Privado*, Madrid, 1946; COMELLAS SALMERÓN, "¿Es posible la intervención judicial de una patente industrial?", *Rta. de Derecho Procesal*, enero-marzo, 1946, págs. 95-98; SÁNCHEZ PÉREZ (Juan B.), "La marca obligatoria y el vigente Estatuto sobre Propiedad Industrial", Madrid, 1945; ídem, "La Propiedad Industrial en España", Madrid, 1945, y allí citados.

**PONSARD, André.**—“Les donations indirectes en droit civil français”.—  
Paris, 1946.

La categoría del negocio indirecto, cuya crisis expuso de una manera magistral y hasta hoy insuperada Rubino<sup>1</sup>, vuelve al plano de actualidad, y es estudiada en la moderna obra de Ponsard que se centra sobre el punto culminante de la misma: La donación indirecta.

En este valioso trabajo, Ponsard, con lenguaje, técnica y sistemática admirables, expone su pensamiento llegando a los resultados más audaces y extremados que hasta la fecha alcanzó la doctrina sobre el particular. Y si bien discordamos de tales resultados y nos parece que, aún después de la obra de Ponsard, siguen habiendo razones para mantener la tesis de Rubino, hemos de confesar que aquellos son tan atrayentes, sugestivos y convincentes, que hacen preciso actualizar la crítica y comprobar pausada y extensamente las afirmaciones de este autor. A tal proyecto estamos ahora dedicados y esperamos poder en plazo breve publicar un trabajo sobre el tema.

El mayor inconveniente que la obra presenta, es el de no contener un apartado donde Ponsard exponga sus ideas sobre el negocio indirecto, teniendo que entresacarlas a lo largo de la obra. Claro está que este defecto lo es tan sólo en la medida de ser más incómoda la lectura, pero no en la de no poder apreciar el pensamiento del autor que se ofrece con suficiente claridad.

Afirma Ponsard, que las “donaciones indirectas”, expresión terminológica que considera defectuosa, pero que admite por estar consagrada por la costumbre, son verdaderas donaciones, porque en ellas se opera un enriquecimiento del donatario correspondiente a un empobrecimiento del donante, de una manera actual y de un derecho de contenido patrimonial. Lo contrario ocurre en las llamadas “donaciones de servicios” y en el cumplimiento de obligaciones naturales, que por no reunir estos caracteres no son propias liberalidades.

Pero lo que no observa Ponsard es que en la figura que trata no se dan estos caracteres de una manera “directa”, sino que, por el contrario, aparecen como meros efectos accesorios de un acto principal que tiene de por sí un fin típico distinto del de la donación, y que, por tanto, en estas pretendidas liberalidades no existe más que el resultado económico propio de las donaciones, pero no una liberalidad en sentido jurídico. Como afirma De Gennaro<sup>2</sup>, el fin indirecto es en estos casos motivo, y no causa objetiva; esta última es la del negocio típico y principal. Y como motivo, es irrelevante jurídicamente, no pudiendo afirmarse que la presencia de esa finalidad indirecta dé una especial característica al negocio actuado.

Diferencia las donaciones indirectas de las simuladas, teniendo en cuenta que en las primeras, el negocio directo es plenamente querido por las partes, mientras que en las segundas, el negocio simulado aparece sin ser querido para encubrir la voluntad real de las partes. Por el contrario,

1. “Il negozio giuridico indiretto”. Milán, 1937.

2. “I contratti mi ti”, Padua, 1934, págs. 82-99.

se esfuerza en poner de manifiesto las analogías que—no obstante sus fundamentales y claras diferencias—existen entre donaciones indirectas y manuales; ambas tienen idéntica justificación en lo que se refiere a ser válidas sin necesidad del empleo de la forma; y ese fundamento común obedece a que tanto unas como otras se realizan por medio de un negocio abstracto (afirmación que luego hemos de tomar en cuenta y son ejecutadas de una manera inmediata, manifestándose así que la voluntad del donante es suficientemente fuerte y no precisa por ello de la garantía formal.

Agrupamos las diferentes donaciones indirectas en tres apartados: 1) puede utilizarse—con el fin de beneficiar a una persona—el mecanismo de los negocios válidos sin expresión de la causa, es decir, de los negocios abstractos; 2) puede atribuirse a un tercero todo o parte del beneficio de un acto jurídico, por medio de las estipulaciones a favor de tercero; 3) puede emplearse el canal de un acto oneroso perfecto, en el que las prestaciones recíprocas estén fijadas voluntariamente con valores desiguales; es el caso de la venta amistosa o a precio vil. No incluyen entre estos apartados los casos que la doctrina presenta como pretendidas donaciones indirectas, actuadas por medio de un simple acto jurídico: siembra, plantación o edificación en terreno ajeno con ánimo de liberalidad.

Y afirma Ponsard que estos tres grupos presentan una característica común: El que en todos la operación se realiza con independencia de la causa, que aquella no releva la gratuidad, que todas las donaciones indirectas se operan por medio de un acto neutro. Esto es evidente—nos dice—en los casos de negocio abstracto; lo es también en los supuestos de estipulación a favor de tercero inserta en un contrato en el que él no toma parte y en el que se ignora y es ajena la causa de liberalidad; y lo mismo ocurre en las ventas amistosas, en las que la vileza del precio, cuando probada, igual puede demostrar el ánimo liberal que un error de uno de los contratantes en la apreciación de sus intereses.

Con estas afirmaciones, las más extremosas de su obra, se coloca Ponsard frente a la opinión común de la doctrina. Porque, precisamente, como característica esencial del negocio indirecto, exigen los autores que el negocio directo por intermedio del cual aquel se realiza, sea causal<sup>3</sup>. Y la lógica de este presupuesto, nos sigue pareciendo innegable: El negocio es indirecto cuando se actúa a través de un negocio típico que tiene una causa concreta, y resultando aquél como un accesorio del principal. Si se emplea el medio de un negocio que puede abarcar diversos contenidos, para realizar un acto determinado, este acto es plenamente directo, pues es el que se quería realizar de una manera principal, empleando para ello una categoría negocial que puede servir para diversos fines. El negocio indirecto hace referencia a negocio directo típico, que actúa a su vez, de una manera accesoria, otro negocio. Es así como la

3. Véase, por ejemplo, GRASSETI, "Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico", en *Rivista di Diritto Commerciale*, págs. 345-378, del año 1936, parte prima; concretamente págs. 362-363. y bibliografía allí citada.

doctrina lo entiende y como tiene justificación. Ponsard, por el contrario, cree que la categoría indirecta hace referencia, no a una figura típica que actúa indirectamente otra también típica, sino a un negocio sin causa concreta por medio del cual se realiza el indirecto; es decir, piensa que al emplear el acto abstracto se obtiene indirectamente—en el sentido de su aparición jurídica—un negocio concreto. Esto supone dar al negocio indirecto una significación que nunca tuvo. Y creemos que crear esa categoría, con este significado, no es conveniente ni necesario, porque para describir el resultado que Ponsard pretende, ya existe la figura del negocio abstracto y no hay por qué darle otro nombre.

Por otra parte, afirmar que la venta a precio vil y la estipulación a favor de tercero contenida en un contrato, son negocios abstractos, es algo que nunca puede admitirse de no configurar esos negocios de modo esencialmente distinto al admitido por la doctrina.

Las donaciones indirectas—sigue afirmando Ponsard—son verdaderas liberalidades, pero se realizan por medio de actos que no revisten la forma especial que para la donación prescribe la ley. La inaplicabilidad de los preceptos formales a estos actos, se justifican teniendo en cuenta que aquellos tienden a hacer reflexionar al donante antes de realizar un acto definitivo, recalcando así más y más el principio de irrevocabilidad. Mas en las liberalidades indirectas, este principio viene impuesto por la misma naturaleza del acto abstracto, y son válidas sin necesidad de los requisitos formales prescritos por la ley para las donaciones puras, porque estos son aquí superfluos, y siendo la forma un medio puede dispensarse cuando se torna inútil.

Concordamos en que la principal finalidad de la forma es garantizar la seriedad del acto y realizar su irrevocabilidad, si bien que no sea la única. También estamos de acuerdo en afirmar que en las donaciones indirectas no es necesario el empleo de la forma de las liberalidades puras, mas no porque la existencia del negocio abstracto la haga innecesaria—ya advertimos que no nos parecía admisible la compatibilidad de negocio abstracto e indirecto—, sino porque al existir un negocio típico principal del que el indirecto es un simple efecto accesorio, la forma que debe emplearse es la de aquél y no la del indirecto, pues este carece de la substantividad necesaria para erigirse en acto independiente y, por tanto, para aparecer con la envoltura formal de otro negocio diferente del directo en que se contiene.

Por el contrario, piensa Ponsard, que a estos actos deben aplicárseles las reglas de fondo de las donaciones. Esta afirmación es perfectamente lógica—claro está—dentro de su teoría que considera las liberalidades indirectas como verdaderas donaciones. Y de ella nos apartamos al sostener—y próximamente esperamos probar—que esas pretendidas liberalidades no son donaciones en el sentido jurídico, sino que tan sólo producen el efecto económico de la donación.

Tal es, en líneas generales, el pensamiento de Ponsard, y los puntos de discordancia que con él tenemos. Mas no obstante esta discordancia,

reconocemos lealmente el valor de la obra, valor que ya pusimos de manifiesto. Fué tal la inquietud que su lectura nos produjo, que nos decidió a trabajar sobre el mismo tema. Y este interés despertado, junto a una crítica que pretenderá ser constructiva, creemos que es, dentro de nuestra modestia, el mayor homenaje que a Ponsard podemos prestar.

Gregorio ORTEGA PARDO  
*Doctor en Derecho*

**RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín.**—“*Tratado de Sociedades Mercantiles*”.—Edit. Porrúa, S. A., Méjico, 1947.—XXVII + 688 págs. en cuarto mayor.

Tomo II. Comprende: Sociedad anónima (cont. del tít. IV): Asamblea general de accionistas y asambleas especiales (cap. VII), administración y representación de la Sociedad (cap. VIII), los comisarios (cap. IX), modificaciones del capital social (cap. X), aumento del patrimonio: emisión de obligaciones (cap. XI), balance y reservas (cap. XII).—Título V. Sociedades de responsabilidad limitada: antecedentes, concepto, constitución (cap. I), derechos y obligaciones de los socios (capítulo II), organización de la Sociedad (cap. III).—Título VI. Sociedad en comandita por acciones (cap. único).—Título VII. Sociedades de capital variable, en especial la Sociedad cooperativa (cap. II).—Título VIII. Disolución (cap. I) y liquidación (cap. II) de Sociedades mercantiles.—Título IX. Concentraciones de Empresas, y en especial, dentro de la concentración externa, la fusión, el cártel y las filiales.

En este libro, de notorio valor para el estudio del Derecho mejicano en materia de Sociedades mercantiles, nos presenta el autor una detenida exposición de la doctrina, unida a un interesante estudio de los problemas que la reglamentación jurídica de aquel país suscita. Es lástima que no siempre esté acertado, a nuestro juicio, en la fundamentación y solución de los problemas que plantea, lo que hace que desmerezca en conjunto su obra, que en general se mantiene a una elevada altura científica. Citémos, como ejemplo, algunas opiniones del autor; de las que disentimos:

1. Dice, en la página 45, que “reunida una asamblea general puede ocurrir que no se agote la orden del día. En este caso puede suceder que la convocatoria haya previsto varios días para la celebración de las sesiones pertinentes; pero, en todo caso, aunque así no sea, la asamblea podrá resolver su continuación hasta concluir la orden del día”, tomando el acuerdo por simple mayoría de votos. Nos parece que este criterio está excesivamente vinculado a la consideración del tiempo natural, y como no cita en su apoyo texto legal ni razón alguna, nos parece más lógico suponer que la duración de la asamblea, si bien tiene determinada la fecha y hora de reunión, depende del total examen de la orden del día, aunque las sesiones no sean continuas, no necesitándose, por tanto, acuerdo alguno para su continuación en otro día natural.

2. Estimamos errónea la consideración de que la naturaleza jurídica de los administradores de la Sociedad anónima no puede explicarse mediante un contrato de mandato (págs. 146 a 151), debido a que este es un contrato, mientras que en el nombramiento por la asamblea debe verse un acto unilateral, y a que "es de esencia del mandato que el mandante pueda establecer el mandato, pero no que debe hacerlo", y en el caso que tratamos la Sociedad tiene que nombrarlos por imperativo legal.

3. No cree necesario que en el caso de que la reducción del capital social en la Sociedad anónima se realice sin devolución de aportaciones o condonación de las no efectuadas se cumplan los requisitos de publicidad que la Ley señala para protección de los terceros acreedores ni tampoco la calificación judicial previa a la inscripción que con idéntico fin la Ley establece, pues en los casos en que la reducción se realiza para poner de acuerdo el valor nominal con el valor efectivo del patrimonio "sólo se trata de poner de acuerdo, jurídicamente hablando, capital y patrimonio" (pág. 253) olvida con ello la función de cifra de retención que el capital social tiene.

4. Analiza el autor (págs. 285 y ss.) qué debe entenderse por activo neto, al que se refiere el artículo 212 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y después de señalar su vinculación con el artículo 5.º de la Ley de Instituciones de Crédito de 19 de marzo de 1897, en estrecha relación con el artículo 171 del Código de comercio italiano de 1865, y de indicar que el artículo 210, al cual se remite el artículo 212 citado, habla de capital efectivamente pagado, se aparta de la opinión de la doctrina italiana (Cf. Vivante, *Tratado de Derecho mercantil*; traduc. de Espejo de Hinojosa. Edit. Reus. Madrid, 1932. Tomo II, núm. 615. Lo citamos aquí porque el texto que comentamos lo copia con erratas), que entiende que activo neto es el capital desembolsado y existente, para estimar que lo que lo constituye es el patrimonio efectivo de la Sociedad (cf. página 580), es decir, la diferencia que resulta entre el activo y el pasivo sociales (no figurando en éste la cifra del capital social). La opinión no deja de tener fundamento, pero pueden hacerse algunas observaciones: No parece, en efecto, conveniente adoptarla por ser su cuantía la que determina la de las obligaciones que puede emitir la Sociedad, y en el caso de que su patrimonio supere a la cifra del capital social, nos encontraríamos, siempre que no se trate de obligaciones con garantía prendaria o hipotecaria, con que ello entraña un peligro evidente para los obligacionistas, no concededores, por regla general, del verdadero estado del patrimonio de la Sociedad; no parece lógico pensar que el legislador no haya tenido en cuenta la importancia de las Sociedades anónimas en la vida económica y la sensación de crédito que aparentan, y esto hace que nos parezca más adecuada la interpretación tradicional del precepto. Es de advertir que la propugnada por el autor, que no hace sino recoger una ya antigua doctrina, aunque no señala precedente alguno a su teoría, no ha encontrado acogida favorable en las legislaciones ni en la doctrina científica.

5. No nos parece que sea condición precisa para dividir una participación social de una Sociedad de responsabilidad limitada el consentimiento de los socios, en la forma que la Ley determina para la cesión; el autor se basa en que la división no tiene sentido sin cesión subsiguiente y en que ésta se produce en todo caso (pág. 458). Sin embargo, podemos imaginar supuestos en que no haya cesión, como sería el de división de la copropiedad "ab initio" de una participación social, ya que estimamos que la tesis del autor negando tal posibilidad, debido—dice—"no sólo a dificultades técnicas en cuanto al ejercicio del derecho de voto, cobro de utilidades, etc., sino que aun se concilia peor con el "intuitus personae", base de la Sociedad" (pág. 432), no puede ser sostenida, ya que no tiene fundamento legal ni lógico alguno (pensemos en el caso de adquisición por herencia de una participación, en el supuesto de que los estatutos no admitan su divisibilidad; y en cuanto a la última parte de su argumento, es ocioso criticarlo).

6. Dice el autor, refiriéndose a las causas de disolución de las Sociedades mercantiles, que "si hay una expresa manifestación acerca del objeto para el cual la Sociedad se constituye, debe primar sobre la declaración de tiempo. De modo que, si el objeto se realiza antes que el plazo transcurra, la Sociedad se disuelve; y si el objeto no se consumó, aunque el plazo haya expirado, la Sociedad continuará sin disolverse" (pág. 567). Esto contradice los artículos 229, fr. I, y 232, párrafo primero; de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y también la interpretación que el propio autor da a estos preceptos (vid. pág. 562).

Otros aspectos de la obra nos parecen criticables todavía. Así, la afirmación de que las participaciones sociales de la Sociedad de responsabilidad limitada no pueden estar incorporadas a un título-valor, "ya que no son negociables" (pág. 436), olvidando explicar por qué entonces no se aplica el mismo razonamiento a la Sociedad comanditaria por acciones, en la cual las cuotas de los socios comanditados (colectivos) se sujetan a análogas limitaciones y están, sin embargo, incorporadas a títulos-valores (vid. pág. 457); la interpretación excesivamente literal que hace del artículo 81 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, relativo a quiénes pueden convocar la asamblea de socios (pág. 472); el olvido de la Ley de Nacionalidad y Naturalización en materia de nacionalidad de las Sociedades, cuyo artículo 5.º mantiene, desde el punto de vista legislativo, la misma posición que doctrinalmente, y en base a otros argumentos, mantiene el autor (pág. 552 y s.); la excesiva importancia que concede a la temporalidad del cargo de administrador de la Sociedad anónima, y que contrasta con la poca que concede a la revocabilidad, que es, sin embargo, lo esencial (vid. págs. 115 a 119), y, finalmente, los defectos de sistemática como, por ejemplo, el de estudiar la asamblea constitutiva de la Sociedad anónima englobada con las demás asambleas (título IV, cap. VII) y las variaciones del capital social en la Sociedad de responsabilidad limitada al tratar de la competencia de la asamblea de socios (tít. V, cap. III).

Recoge el autor la legislación y doctrina extranjeras, fundamentalmente la alemana, francesa e italiana, incluso exageradamente, en cuestiones en que nada resuelve; por otra parte, es necesario hacer constar que no siempre es justo con las opiniones de los autores: así, por ejemplo, con Garrigues (vid. pág. 143) al decir que no fundamenta su afirmación de que, en el caso de ser varios los administradores de una Sociedad anónima, cuando incurren en responsabilidad por contravenir las leyes y estatutos de la Compañía, o los acuerdos legítimos de sus juntas generales, no están sujetos a responsabilidad solidaria. En realidad, lo que ocurre es que no ha tenido cuidado de comprobar lo que dice el artículo 156 de nuestro Código de comercio, que señala taxativamente que en estos casos "cada uno de ellos responderá a prorrata", lo que representa ya bastante fundamento. Añadamos a esto la falta de información que demuestra respecto a la realidad legislativa de ciertos países; en materia de Sociedades de responsabilidad limitada, y quizá por seguir demasiado de cerca a Feine, dice que en Suiza hay un proyecto de reglamentación de este tipo de Sociedad, cuando lo que de hecho existe es una completa regulación legal de la misma, llevada a cabo por la reforma del Código federal suizo de las obligaciones verificada el 18 de diciembre de 1936, de la cual constituye la única innovación, según la Circular de 31 de marzo de 1937 dirigida por el Departamento Federal de Justicia a los Gobiernos cantonales. También atribuye a Liechtenstein un proyecto, cuando en realidad se trata de una Ley (vid. sobre estos extremos las páginas 430; nota 17 en ídem, y págs. 435, nota 25; 437, nota 30 y 451, nota 45). Se aprecia igualmente en esta obra el poco interés que despierta en el autor el Código civil italiano de 1942, que no aparece citado sino de paso y en cuestiones poco importantes.

Señalemos, por último, las deficiencias de expresión, que desmerece por el empleo de lugares comunes o contrasta con la mesura que debe presidir la redacción de toda obra científica (vid. págs. 430 y 456, por ejemplo); las repeticiones inútiles; deficiencias de terminología; olvidos (vid. página 229 en relación con pág. 214, nota 25 h), a veces de su propia interpretación de la Ley (vid. pág. 568, en relación con págs. 490 y s.); erratas, numerosas y no salvadas en ninguna parte, que contrastan por cierto con lo completo de los índices, etc.

Deseamos sinceramente con el autor que pueda publicar pronto otra edición de esta obra, que, por el número de cuestiones que trata y la extensión con que está realizado su estudio, estimamos esencial para el conocimiento del Derecho mejicano en materia de Sociedades mercantiles, "en la que puedan corregirse ésta (se refiere a las dificultades que en orden al acopio de bibliografía ocasionó la pasada guerra) y otras muchas deficiencias de contenido y forma de la presente".

J. L.

**SALSMANS, José.**—*"Deontología Jurídica"*.—Bilbao, 1947.

Existe un mundo moral preestablecido que contiene, marcando cauce y dirección al sentido formal de la vida. El conocimiento de este campo, en

apreciaciones concretas, ante problemas que suscita la aplicación del Derecho positivo, marcando la pauta que ha de seguir el jurisperito en el desempeño de su profesión—con arreglo a la ética cristiana—son los puntos que orientan al P. Salsmans a través de su obra, “*Droit et morale*”, cuya versión castellana, cuidadosamente adaptada a nuestro ordenamiento jurídico, se nos ofrece.

No ha pretendido el autor escribir una obra empírica, abigarrada de doctrina, persigue por contrario un fin eminentemente práctico—manual la llama él mismo—y su objeto, más que intentar resolver todos los problemas que pueden presentarse en el campo del Abogado, es despertar en estos profesionales la intranquilidad de que su conducta no puede quedar únicamente sujeta a una ley cristalizada o al fino articulado de un código; ya que esta conducta suya trasciende de estos contornos y hay un campo superior, el campo de la moral, que la recibe y la valora, enmarcándola sobre la proyección de Dios en la Ley Natural.

Atendiendo a esta visión que inscribe el Derecho Positivo dentro de la moral, divide el P. Salsmans su obra entres partes, que tienden sistemáticamente a obtener el fin propuesto: Principios generales de moral; leyes civiles y deber de conciencia; deberes profesionales.

En los principios generales de moral, expone la imputabilidad, la ley y el deber, el derecho y la justicia. Para que un acto sea moral necesita como premisa indiscutible ser imputable; por esto la moral—pendiente directamente de la Ley Divina se cimenta sobre el libre albedrío del individuo—, no es admisible en su integridad la doctrina determinista de Garófalo y Lombroso. La Ley Divina es la base de la obligación moral, pero junto a esta ley está instituída una autoridad humana y una autoridad espiritual, generadoras del Derecho Positivo, que es preciso cumplir. Estas dos autoridades constituyen dos sociedades distintas, la Iglesia y el Estado, soberanas cada una en su propio dominio, pero que no pueden vivir en un desconocimiento mutuo. El derecho supone una situación de hechos que los demás están obligados a respetar; la justicia es el asesoramiento de estos derechos.

Al tratar de las leyes civiles y deber de conciencia, examina las leyes determinantes de la propiedad; los contratos en general; los contratos en particular, y las donaciones, sucesiones, etc. etc. Sobre este tema se pregunta: ¿hay de hecho leyes civiles sobre bienes temporales que obligan en conciencia?, ¿cómo obligan?; considerando las leyes que tratan de los modos originarios de adquirir y algunas otras que determinan la propiedad, como en materia de servidumbres, de usufructo, de bienes de menores, la respuesta es afirmativa: En general, estas leyes obligan en conciencia directamente antes de cualquier sentencia jurídica. Si estas leyes fuesen simplemente penales, no garantizarían la estabilidad de la posesión ni la concordia entre los ciudadanos. Merece destacarse la doctrina moral sobre los contratos inexistentes ante la Ley—cuando no les falta ningún elemento exigido por el Derecho Natural—, éstos son válidos en conciencia mientras no se declare su nulidad jurí-

dicamente. Asimismo, cuando una parte falta de modo notable y cierto a su obligación, la otra queda en conciencia libre antes del fallo judicial. Por último, con motivo de la formación de precios, nos da una idea clara sobre la obligación de restituir, aun cuando sin existir fraude nos hemos aprovechado de una determinada circunstancia.

Finalmente, en la parte de deberes profesionales analiza éstos desde un punto de vista general, particularizando después en los jueces, jurados, procuradores y abogados; que se concreta en la necesidad de ciencia y diligencia, la imparcialidad, la aceptación de una causa, el no seguir ésta adelante cuando así lo exige nuestro sentido moral, tratando, por último, de las reparaciones debidas aun por simple negligencia. Sobre el discutido tema, ¿se puede contribuir a la aplicación de una ley injusta?, cuestión de alcance general, la sintetiza en estos tres puntos: intención recta, no ser mala en sí misma, razón proporcionalmente grave para su empleo. Fuera de estas directrices, la moral sanciona cualquier cooperación.

En resumen, nos encontramos ante una obra eminentemente práctica, adaptada a la vida del momento actual, que, a pesar de la amplitud del tema, se concreta, objetivizándose sobre cuestiones de legislación española y que facilita su manejo con la inclusión de un índice alfabético por materias cuidadosamente desmenuzado.

Luis PEDREZUELA

**SAVATIER, Jean.**—“La profession liberale. Etude juridique et pratique”.  
París, 1947.

Existe actualmente un movimiento creador de un derecho profesional, movimiento que se manifiesta constantemente en los hechos, y del que los juristas van teniendo progresivamente consciencia. El autor estudia en un principio el nacimiento de este derecho. A continuación expone en dos partes la materia contenido de la obra, es decir, las profesiones liberales.

En la primera de estas partes se comprenden: La relación profesional, las modalidades de la situación de los miembros que en ella intervienen, la organización profesional de la misma y la patrimonialidad de la clientela. La segunda está integrada por: La naturaleza de la relación profesional, la obligación de los clientes de pagar los honorarios, las obligaciones del profesional y la responsabilidad civil de los miembros de la profesiones liberales.

Para definir las características de la profesión liberal, se fija el autor en la naturaleza de los servicios que se prestan, en los intereses confiados por el cliente al profesional y en la misión social que este último realiza, llegando a concluir que la naturaleza de la relación entre profesional y cliente es la que justifica y preside las instituciones propias de las profesiones liberales. Y es esta, una relación de confianza: Confianza de cliente en el profesional, que se explica por la naturaleza del interés que el primero confía al segundo. Es en este interés, que respecta a la

persona del cliente, donde el régimen particular y las instituciones propias de las profesiones liberales, encuentran su fundamento. Este régimen, por tanto, es consecuencia de toda una concepción del hombre y protección de su persona, por lo que varía según las épocas y los países.

Y un estudio histórico y de derecho comparado, de la evolución y estado actual de las profesiones liberales, lleva al autor a afirmar que la concepción clásica sobre estas se encuentra alterada en muchos puntos en la actualidad.

Los signos más aparentes e inquietantes de este cambio son: La tendencia a transformarse los profesionales en funcionarios, y en comercio las profesiones liberales.

La independencia, característica y privilegio esencial de los miembros de estas profesiones, piérdese así, perjudicándose con ello de modo extraordinario la protección del interés del cliente, ya que al convertirse en funcionario, deja el profesional de estar al servicio del cliente para pasar a servir a la administración.

Al transformarse en comercio estas profesiones, mal de tan profundas raíces en la actualidad, se desfigura el fin de ellas, elevándose el deseo de lucro a móvil primordial de los profesionales, introduciéndose el reinado del dinero, donde debía reinar la confianza.

Estos dos principios que el autor denomina respectivamente: Socialista y capitalista, son la amenaza actual de estas profesiones. Es preciso luchar contra ellos porque al destruirse estas, se destruye también la defensa de la persona del cliente. Por ello deben subsistir, si no con el régimen clásico, si al menos con estatutos propios y exclusivos de ellas.

La obra escrita en lenguaje vibrante y sugestivo, mantiene en todo tiempo el interés del lector. Esto, junto a su sólido contenido, hacen de ella un trabajo de apreciable utilidad para los estudiosos del Derecho civil.

Gregorio ORTEGA PARDO

*Doctor en Derecho*

**SOLARI, Giole.**—“Filosofía del Derecho privado”.—Editorial DEPALMA. Buenos Aires, 1946.

Solari ha puesto su pensamiento en el problema cardinal de toda la especulación filosófica del Derecho—individuo—comunidad, vinculando aquella a una filosofía de la Sociedad. Esta posición, fundamentada en la especulación de Vico y Romagnosi, y más directamente influenciada por Carle, de quien se le puede considerar continuador, contraría a la posición mantenida por Rosmini, pretende renovar el estudio del Derecho privado en sentido social. Afiliado, en un principio, al idealismo trascendente de Martinetti, Solari se aleja de él, en lo que se refiere a la concepción particular de la vida y de la historia. Muy cerca del pensamiento postkantiano, superador del sentido individual y subjetivo de la vida y de la justicia, aquella concepción adquiere firmeza en la crítica de las dos direcciones más

fecundas del pensamiento jurídico italiano: El neokantismo vechiano y el neo-hegelianismo de Gentile y B. Croce.

Solari ha tenido el mérito de realizar una crítica aguda y acertada del formalismo jurídico, pero no ha conseguido desarrollar una doctrina constructiva. Su concepción social del Derecho—la socialidad, máxima categoría jurídica—no constituye una base teórica, sino un punto de partida, un criterio de orientación. Es en el campo de la historia de la Filosofía jurídica donde Solari ocupa un puesto de primera categoría.

Advierte el autor que su trabajo fué publicado en 1910—premio del Real Instituto Lombardo—y el tema, objeto de estudio en el curso extraordinario del año 1938-39.

El individualismo, concepto primero filosófico—(racional y empírico)—que informa los códigos europeos del siglo XVIII y XIX es considerado por Solari, desde su planteamiento jurídico, en la Escuela del Derecho natural del siglo XVII. Los conceptos fundamentales del individualismo filosófico: derechos innatos, ley, estado natural y contrato social, aparecen coordinados con las premisas fundamentales del cartesianismo y el empirismo, corrientes fundamentales en el siglo XVII. La racionalidad cartesiana se convierte para los juristas en libertad. Derivar la idea de lo justo equivale a abandonarse a un criterio individual de objetividad ilusoria. Sobre las bases gnoseológicas de la filosofía en boga, los jus-naturalistas realizan su obra, que en lo jurídico se circunscribirá a revisar y adaptar el derecho privado a las exigencias racionalistas e individuales de la época. Tres direcciones señala Solari en la Escuela: Hobbes, representante del absolutismo filosófico; Locke, afirmador del individualismo económico, oponiendo su concepción del "homo oeconomicus" al "homo politicus", y Grocio, que representa la coordinación—el punto de vista jurídico—.

A esta fundamentación racional une Solari, en el capítulo I, una necesidad política y aún económica. Subsisten en estado caótico elementos germanos-romanos, canónicos, tendencias dispares que regulan la familia, la propiedad, escindida en su sentido unitario por el régimen feudal (separación del goce de la titularidad), contraste de principios que se hace muy evidente en el Derecho sucesorio.

De este modo se prepara el resurgimiento del Derecho romano, en alianza con los principios de la Escuela de Derecho natural. Esta alianza señala el momento en que el Derecho privado se concreta en las doctrinas elaboradas por los jus-naturalistas. La codificación resume el esfuerzo secular de los principios, juriconsultos y filósofos, para reducir a unidad material y formal la legislación civil. La idea que preside la codificación es el Derecho natural elevado a fuente exclusiva del Derecho privado (art. I del Livre préliminaire del Código civil francés), art. 4 del Badisches Landrecht y art. 7 de las disposiciones preliminares del Código civil suizo). La codificación si es por una parte unificación—material y formal—representa, dice Solari, la plasmación de un

sistema filosófico que fué en el siglo XVII—supone— la realización de la idea individual en el derecho.

La codificación fué diversamente realizada en las tres grandes obras legislativas de la época moderna: El Código prusiano, el Código francés y el austríaco.

En la codificación prusiana (págs. 81-107) es evidente la influencia del eudemonismo jurídico predominante en Alemania con la Escuela de Wolff. En el código francés (págs. 117-253) triunfa la idea de la tradición jurídica con la corriente liberal inglesa y fisiocrática y en el Código austríaco (págs. 266-367) debe considerarse más directamente inspirado por los principios de la filosofía kantiana.

Solari considera como elementos constitutivos de la codificación prusiana, de un lado, el derecho germánico y el romano; de otro, las doctrinas elaboradas por la especulación de los jus-naturalistas en la dirección de Puffendorf y Leibnitz. Al paso que aquél integra Grocio con Hobbes, adaptando las doctrinas a la mentalidad alemana, Leibnitz representa la mentalidad filosófica de los nuevos tiempos. Sólo él abre el camino a sus sucesores tanto en el orden práctico como en el teórico y en el político. Al pensamiento de Leibnitz dedica Solari un amplio comentario. Un capítulo último dedicado a las vicisitudes históricas de la codificación resume las orientaciones del proyecto de Código civil de Coceji (1749-1751) y las características del Código prusiano. El nuevo Código de 1 de junio de 1794 recoge el Derecho romano Justiniano y las costumbres y Estatutos locales y particulares, en el intento de hacer una obra verdaderamente alemana. El Derecho natural tuvo un cometido esencial: Crítico y deontológico.

La codificación francesa tiene para Solari una importancia extraordinaria. Un capítulo de introducción sirve de pórtico a un estudio profundo y total de la especulación filosófica en Francia en la época que precede inmediatamente a la codificación. Una característica señala que es de notar: La codificación francesa es obra de jurisconsultos. En Domat y Pothier culmina el culto de Solari por los juristas franceses. Pothier busca la unidad y racionalidad de los principios en el Derecho romano, Domat fué el "restaurateur de la raison dans la jurisprudence." En el siglo XVII, el individualismo, hasta entonces recluso a las esferas de la aristocracia, pasa del dominio del pensamiento y de la conciencia al dominio de la acción. Este individualismo es interpretado de modo diferente por dos escuelas: El racionalismo cartesiano y el absolutismo inglés. Entre una y otra los fisiócratas representantes de una conciliación hacen triunfar su doctrina. Esta victoria tiene para el porvenir del individualismo una importancia capital porque desde ese momento los economistas se unen a los juristas en la preparación de las bases del Derecho privado. Entre cartesianos y partidarios de Locke, los fisiócratas representan el empirismo, encontrando el carácter realista y el contenido económico del Derecho natural vaciado de todo absolutismo ético y de todo realismo psicológico para llenarse de un relativismo eco-

nómico y social. Junto a los fisiócratas—pensadores—como Montesquieu, hacen propagar un absolutismo que si es en Alemania monárquico y conservador, en Francia se hace democrático y revolucionario. Para Solari, Montesquieu no es un defensor de los derechos del Estado frente al individuo. Es, ante todo, un racionalista y un partidario del método racional.

Rousseau tiene para Solari un significado individualista en su especulación. Su teoría—de base emotiva—tiene en Locke, Hobbes y Montesquieu los elementos que componen su sistema. Critica las concepciones de Jellinek y Del Vecchio en la interpretación de la doctrina política y hace de su doctrina política un estudio serio y profundo.

Estas ideas son llevadas a la práctica entre 1789 y 1883. En la tendencia a cambiar el derecho filosófico por el derecho positivo, ve Solari (pág. 216) la característica esencial de los tres primeros proyectos franceses y al mismo tiempo la verdadera causa de su fracaso. El Código de 1804 fué concebido, por el contrario, en un orden de ideas que representaban los fisiócratas con su racionalismo económico. Esta tendencia viene representada en Portalis. La obra de la Comisión fué esencialmente jurídica y positiva. El Derecho natural no puede invocarse a falta del Derecho positivo. Solari examina detenidamente cada una de las instituciones buscando sus influencias y su regulación en el Código con un criterio fecundo para el Derecho. En conjunto—y en cada una de sus partes—(pág. 226) el Código civil realiza la idea individual de acuerdo con los principios de la escuela liberal consagradas en la declaración del 1789.

La codificación austríaca sirve a Solari para darnos un concepto integral de la obra jurídica kantiana. Primero como una exposición de su filosofía en relación con los problemas jurídicos de la época; situando—después—el sistema kantiano frente al empirismo jurídico en los jusnaturalistas y desarrollando ampliamente el carácter de su especulación jurídica de un modo magistral. Claridad, facilidad y exposición brillante nos proporciona el conjunto del sistema kantiano, resuelto sin las obscuridades de muchos expositores. Patente la influencia kantiana en la elaboración del Código austríaco, que puede apreciarse en el concepto del Derecho del artículo 1.º Solari no deja de señalar casuísticamente la importancia de aquella influencia sobre cada una de las instituciones del Derecho privado.

Solari dedica un amplio comentario al utilitarismo inglés, en el que pretende descubrir una gran semejanza con el racionalismo alemán. Estudia a Bentham y las aplicaciones del principio de utilidad en el Derecho privado y el proceso de la codificación inglesa.

La obra del insigne catedrático de Turín tiene a lo largo de toda exposición una seguridad de maestro. Su lenguaje es sobrio, digno y convincente. Sus ideas están desarrolladas con galanura. Discurriendo sobre un tema de una importancia que no puede desconocerse, al acercar las concepciones filosóficas a los problemas de sentido netamente jurídicos, señala una amplia ruta a los estudios de la filosofía jurídica y

muestra las influencias filosóficas más importantes en los tres códigos más relevantes del siglo XVIII y aun en aquellos otros que directa o mediamente toman del francés su espíritu y su sentido. La obra contiene un excelente prólogo de presentación de Reneto Treves y está muy cuidada.

José ENRIQUE GREÑO  
*Profesor A. de la Universidad Central*

**STOLFI, Giuseppe.**—*"Teoria del Negozio Giuridico"*.—Padua. 1947.

Despierta esta monografía sobre el negocio jurídico, del profesor de Pavía, el inmediato deseo de leerla, de una parte, por conocer los nuevos cauces del pensamiento iusprivatista italiano de la postguerra y, de otra, por tratarse de un tema cuya profunda vitalidad es mantenida por parte de la doctrina con el mismo ahínco que el demostrado por los numerosos autores que afirman la crisis de esta categoría jurídica.

Y quien con tales preocupaciones lo lea, no quedará defraudado.

El autor, en la introducción de su trabajo, que de una manera significativa intitula "libertas est, radix voluntatis", expone las ya clásicas razones que avalan la crisis de la figura del negocio, admitiéndolas globalmente, y parece natural que después de esto, por deducción lógica, se pronunciase también en favor de la crisis, mas no ocurre así. Indicando que si bien la realidad es diversidad, el pensar es unidad, que el pensar supone recoger las diferentes normas en un solo principio, afirma que el principio que permite reconducir a la unidad las múltiples normas en el Derecho civil es, sin duda alguna, el del "escrupuloso respeto de la autonomía de la voluntad individual", y el instrumento por excelencia para darle cauce jurídico, es el negocio.

No importa que cada negocio exija el concurso de condiciones diferentes para su formación o deba—mientras se ejecuta—de someterse a reglas diferentes para la existencia de la figura. Baste observar—nos dice—que en la actualidad, después de un proceso de abstracción que duró varios siglos, se disciplina legislativamente el contrato en general y, no obstante, los diferentes contratos especiales no están sometidos a las mismas normas.

Por encima de las diferencias existentes entre los diversos negocios particulares hay una idea común que da substantividad y vida a la categoría abstracta del negocio: el que todos ellos se basan en un acto de voluntad, todos tienen de común el elemento decisivo del consentimiento.

Critica el Código italiano del 42—hoy vigente—por considerar que ataca al principio inviolable de la autonomía de la voluntad individual. Durante la "dictadura"—escribe—, con el pretexto de subordinar los intereses individuales a los nacionales, se llegó a la nefasta consecuencia de hacer depender aquellos de extravagantes políticos e irresponsables burócratas. El mal de los compiladores del nuevo Código fué olvidar que el Derecho civil constituye la garantía de la libre determinación de las partes, y dieron a quienes ocupaban puestos de mando los medios para "aho-

gar" al individuo en nombre de aquel bien público que se invoca cuando por medio de Decretos se vulneran los derechos y el patrimonio de los ciudadanos. Se priva así al hombre, aun en el campo del Derecho privado, de toda defensa contra la opresión.

De todo ello concluye que así como a fines del siglo pasado se juzgaban convenientes y oportunos todos los estudios dedicados a elaborar técnicamente el negocio jurídico, porque la potestad de determinación de los individuos en lo que respectaba a sus asuntos particulares y a sus vínculos personales era indiscutida, así hoy, después de tantos años de lucha y ruina, en los que hemos podido comprender la catástrofe que supone para el individuo el abdicar delante del Estado, el relieve de la teoría del negocio jurídico es substancialmente el mismo, con igual vitalidad, pues que constituye la expresión de la autonomía de la voluntad y la garantía de la libertad de los individuos.

Indudablemente, la postura de Stolfi no es irrefutable. En primer lugar, nos parece ilógico, si se admiten en conjunto todas las objeciones que contra la categoría jurídica del negocio la doctrina presenta—como hace Stolfi, dándolas por probadas sin justificarias, como sería de desear, visto que muchas de ellas son bastante discutibles—, que se mantenga, no obstante la categoría, como abstracción teórica de una serie de actos que sólo tienen un punto—fundamental—en común: el consentimiento, pues resulta francamente desproporcionada. Pero además el autor no es fiel en el trabajo a esta idea. Es natural que no estudie los elementos accidentales—sólo los enuncia—porque unos negocios los admiten y otros no, pero dedicar al consentimiento unas diez líneas (págs. 14-15) de las 250 páginas de la obra, cuando es la propia esencia y único elemento común de los negocios, es bastante sorprendente; es la misma extensión que dedica al objeto; en cambio, en el problema de la causa se detiene—sin llegar por ello a excesos—considerablemente.

Además, confiesa primero que las normas de invalidez, representación e interpretación de los negocios se aplican de diferente manera en los distintos tipos de éstos, y aun a algunos no se aplican, y luego encontramos tres capítulos dedicados, respectivamente, a la invalidez, representación e interpretación; y una de dos, o bien estos capítulos están de más o falta uno para estudiar los elementos accidentales, que excluye de su trabajo por razones que también había aplicado a esos otros institutos.

El paralelo que establece entre teoría general de los contratos y contratos en especial, de una parte, y teoría general del negocio jurídico y negocios en particular, de otra, no es afortunado, porque la teoría general de los contratos se justifica plenamente aunque cada contrato en especial no esté sometido a las mismas normas, porque está integrada por un buen número de institutos comunes a todos los contratos, mientras que en la general del negocio jurídico sólo existe, a juicio de Stolfi, un principio común para todos los negocios concretos.

Los ataques al nuevo Código italiano nos parecen poco convincentes, mostrándose en ellos una concesión a la galería más que otra cosa.

Por último, hacer del negocio jurídico un instrumento político de oposición a la tiranía estatal, nos parece desorbitado.

No negamos la importancia del principio de la autonomía de la voluntad individual, en el Derecho privado, y nos satisface la libertad de la misma. Podemos, si se quiere, reconocer que el Código italiano del 42 fué algunas veces un poco lejos contra este principio. Y si se quiere, admitimos también que el negocio es el cauce apropiado para expresarse la voluntad individual en el dominio privado. Pero las consecuencias que Stolfi deduce de todo esto son extremadas.

En el desarrollo de la obra, con clara exposición y notable sistemática, nos presenta la teoría clásica del negocio jurídico sin grandes innovaciones.

El negocio es para este autor la manifestación de voluntad de una o más partes que tiende a producir un efecto jurídico protegido por el Derecho.

Examina los elementos, y, entre los esenciales, niega que la forma lo sea cuando es exigida por la ley "ab substanciam", en cuya hipótesis será una característica particular del consentimiento. La voluntad, para tener eficacia, ha de manifestarse, y en estos casos, la declaración que no revista la forma solemne no puede ser calificada de consentimiento. Mas, con esta teoría, necesariamente se llega a considerar que la forma no tiene otra misión que proteger el consentimiento de las partes. ¿Y es esto cierto? ¿El legislador nunca tuvo en cuenta el interés de terceros al prescribir la forma "ab substanciam"?

La causa, y con ello sigue la dirección que hoy goza de mayor predicamento, es el fin económico-jurídico típico del acto en virtud del cual el negocio es tutelado por la ley. Concordando con la opinión general de los autores latinos, afirma que los negocios abstractos suponen en el Derecho italiano una abstracción procesal y no material de la causa.

Sigue en lo demás la opinión más generalizada (invalidez e ineficacia, vicios y manifestación de la voluntad, representación e interpretación), si bien con afirmaciones sutiles, que si no superan la doctrina anterior, la refuerzan y valorizan.

En resumen, una obra clara, desarrollada con buen método pedagógico, y útil.

Gregorio ORTEGA PARDO  
*Doctor en Derecho*

**VOIRIN, Pierre.**—*"Manuel de Droit Civil"*.—5.<sup>a</sup> ed., París, 1946.

En este volumen, el profesor de Derecho civil de Nancy recoge y publica las lecciones dadas a los alumnos del primer año de su Facultad. Siguiendo el programa oficial elaborado a partir de la reforma de 10 de mayo de 1937, divide la obra en seis partes: la persona (excluyendo la ausencia), la familia, las incapacidades de ejercicio, la propiedad, la sucesión intestada (sin estudiar las sucesiones vacantes) y las donaciones y testamentos (no incluyendo las substituciones). Como Voirin sigue el

programa que oficialmente se le impone, no puede el lector criticarle la sistemática, que él confiesa no ser de su agrado.

En las 375 páginas de reducido tamaño que componen el libro se desarrolla tan extensa materia, y el haber logrado dar una idea clara de los preceptos más importantes de la misma, que representa, a nuestro entender, mérito extraordinario nada común.

No obstante la brevedad de la exposición y la concisión del lenguaje, encuentra medio para presentarnos puntos de vista originales, como, por ejemplo, considerar el derecho al nombre como efecto y corolario de la filiación.

Para dar una breve noticia de los puntos más salientes de su trabajo, diremos: Mantiene respecto a las personas jurídicas la tesis de que son una ficción cuya finalidad es elevar a categoría jurídica una realidad social. En Derecho de familia sigue la tendencia general de los autores franceses (y muy de cerca a Planiol), de manera especial en la parte de ineficacia e invalidez del matrimonio. Estudia la posesión, con criterio muy sistemático, como medio tuitivo de la propiedad y la define como estado de hecho que consiste en la detentación de una cosa por una persona con el ánimo de ejercer sobre ella un derecho real: bien de propiedad (posesión), bien un derecho real sobre cosa ajena (cuasi-posesión). Considera los derechos reales sobre cosa ajena como desmembramientos de la propiedad, tesis—a nuestro entender—hoy superada, y entre ellos contempla: usufructo, uso y habitación, enfiteusis y servidumbres. Es, sin duda alguna, la parte de sucesiones la de mayor mérito, y ello no es de extrañar, pues que supone el resumen de los trabajos en que Voirin siempre se destacó, tales como los volúmenes VI y VII del *Cours de Droit Civil*, de Beudant, y su monografía sobre donaciones remuneratorias.

En resumen, obra interesante, de utilidad para el estudiante universitario, que en ella puede contemplar un esquema conciso de buena parte del Derecho civil. Libro que honra a su autor y demuestra sus cualidades excepcionales de síntesis y claridad.

Gregorio ORTEGA PARDO  
*Doctor en Derecho*

# Revistas<sup>1</sup>

## I. Derecho civil

### I. Parte general

**DE COSSIO, A.:** "La concepción anglosajona del Derecho". *Revista de Derecho Privado*, 361, 1947; págs. 233-254.

Parte Cossío de una distinción tajante de dos sistemas: el continental—Derecho romano reformado por La Glosa—y el Derecho inglés. Este representa una fase primitiva—más rudimentaria de un Derecho germano—sin modificar por la recepción del Derecho romano. El Derecho inglés es un derecho de Jueces, el continental lo es de Catedráticos. El jurista inglés parte de la existencia de la norma—la valoración del Derecho es una cosa distinta—. Estudia a continuación las fuentes históricas del Derecho inglés, señala la importancia de Blackstone y de la doctrina de conocimiento de Austin, considerando el origen de sus ideas y haciendo una ligera exposición de su doctrina. Revisa la doctrina del precedente y la formación del "Common law", precedentes judiciales en los Estados Unidos de América, la función de la equidad en el Derecho anglosajón y, por último, el derecho del caso y Derecho estatutario en el ordenamiento moderno.

JOSÉ E. GRESO

**DIAZ CRUZ, Mario:** "Todavía sobre el Derecho subjetivo" (En pro de la independencia de la ciencia jurídica y de la conservación de sus conceptos clásicos). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 555-596.

La ciencia jurídica, que es la que lleva a cuestras la realización práctica y efectiva del Derecho en sus distintas fases, se reduce a la determinación de los derechos subjetivos; y es que el derecho subjetivo, para el Derecho general, es punto de partida y estación de llegada; de él toma energía la actividad jurídica en su dinamismo, y a él hay que llegar en definitiva para la conmutación de los intereses protegidos, en caso de duda o conflicto.

Defiende a través de un extenso estudio el concepto clásico del derecho

---

1. La reseña comprende el primer semestre de 1947. En este primer fascículo sólo se da cuenta de las Revistas jurídicas españolas; en los sucesivos daremos cuenta de las extranjeras.

subjetivo, frente a los ataques de que es objeto por escuelas de orientación abstracta; defiende la independencia del Derecho positivo y de sus métodos; ataca este alejamiento de la realidad social. No significa que combata la Filosofía del Derecho—dice—, sino que más bien la aconseja; se limita, repetimos, a abogar por la independencia de la ciencia jurídica, que así podrá producir todos sus frutos.

Juan HERNANDEZ CANUT

**GALLARDO RUEDA, Arturo:** "Los subjetivismos en el campo de la originación de los derechos privados". *Boletín de Información Jurídica de la Comisión de Legislación Extranjera del Ministerio de Justicia*, 44, 1947; págs. 23-31.

Se reproducen y unifican en un solo trabajo, que afecta al mismo tiempo a la esfera del Derecho privado, del Derecho público y de la Filosofía del Derecho, las ideas anteriormente expuestas por el autor en dos artículos, titulados "La voluntad privada y la génesis de los Derechos subjetivos" y "La raíz hegeliana de la doctrina de Ihering y Windscheid sobre el Derecho subjetivo", que se publicaron, respectivamente, en los números de enero y abril de 1944 de la *Revista crítica de Derecho inmobiliario*.

En relación con el concepto esencial del Derecho subjetivo, se analizan sucesivamente, entre otras, las doctrinas de la Escuela del Derecho natural, del individualismo de la Revolución francesa, de la solidaridad de Duguit y de la autolimitación de Jellineck, y se determina la influencia de Hegel, Ihering y Windscheid en el moderno estatismo germánico, que impone la existencia de un derecho subjetivo del Estado, del cual dependen todos los derechos subjetivos de sus súbditos.

Plutarco MARSA VANCELLS

**GUIMON EGUIGUREN, José:** "El Derecho Foral Vizcaíno y el Congreso de Zaragoza". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 236-240.

La conclusión d) de las adoptadas en el Congreso de Zaragoza, respecto a "la promulgación urgente de una Ley de carácter general que resuelva los problemas de Derecho interregional que surjan de la coexistencia de diferentes regímenes civiles en España", motiva que el autor se pregunte: ¿Podrán considerarse incluidos en esa conclusión los problemas que existen planteados y que pueden en lo porvenir plantearse en Vizcaya, no entre regiones, sino en una misma población o entidad local administrativa?

Considera una anomalía insostenible la coexistencia dentro de una misma población de regímenes diversos, y después de señalar los graves peligros a que ello da lugar; se inclina, por tanto, por la solución adoptada en el artículo 4.º del Apéndice de Derecho Civil Vizcaíno, aprobado por el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao en 1928-1929, que establece que cuando se segregue parte de un término municipal para agregarla a otro de distinta Ley civil, la parte segregada perderá su legislación para adquirir la del término a que se agregue.

Finaliza estimando que la conclusión *d)* abarque tanto a los conflictos interregionales que puedan producirse, como a los que ya están planteados o puedan plantearse por razón de la subsistencia en las zonas urbanas de poblaciones vizcaínas, del Código civil y el Fuero.

J. H. C.

**HURTADO MUÑOZ, Vicente:** "La Ley de 13 de diciembre de 1943 (mayoría de edad civil) y sus repercusiones sobre el artículo 4.º del Código de Comercio". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 224, 1947; páginas 22-30.

En este artículo, después de un estudio detenido de los principios legales, llega el autor a las siguientes conclusiones:

El párrafo 1.º del artículo 4.º del Código de Comercio subsiste íntegramente. El párrafo 2.º desaparece por superfluo. El 3.º es, precisamente, después de la Ley de 13 de diciembre, cuando se puede explicar en su totalidad.

En la actualidad, para el autor, el artículo 4.º del Código de Comercio ha de entenderse como si estuviera redactado así: "Tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas que tengan la libre disposición de sus bienes."

Se trata de una interpretación de la concordancia entre ambas Leyes, puramente personal.

El autor excluye expresamente la referencia que el texto legal mercantil hace a la mujer casada.

Pascual MARIN PEREZ

**LACAL, Pascual:** "El tema de los "nondum concepti". Meditación sobre unos artículos del Código civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 227, 1947; págs. 252-260.

Se trata de un comentario de conjunto a los artículos 744, 745 y 758 del Código civil.

Su comparación con el artículo 725 del Código civil francés y la crítica de nuestro sistema legal, que, al declarar la incapacidad de las personas naturales, se refiere tan sólo a las criaturas abortivas, sin mencionar de modo directo, como lo hace el Código francés, a los no concebidos.

A base de ejemplos, y después de exponer las diversas perspectivas de la doctrina sobre este punto, coincide con los Profesores Pérez González y Alguer en que puede ser legatario el nacido después de la muerte del testador, aunque no estuviese concebido en tal momento.

De este modo, la validez de las cláusulas testamentarias en favor de los no concebidos, admitida por la Jurisprudencia y las Resoluciones de la Dirección General, es perfectamente admisible, sin necesidad de convertirlas en sustituciones fideicomisarias, frente a la letra y al espíritu del artículo 785, que, por ser prohibitivo y formalista, no admite una interpretación extensiva.

P. M. P.

**MARTIN-BALLESTERO, Luis:** "La integración del Derecho foral y el común en el concepto genérico del Derecho civil hispano". Universidad, 24, 1947; págs. 43-73.

Recoge la evolución del concepto de Derecho civil en la Historia a partir de Roma, haciendo especial referencia a las acepciones del término en España, a su diferencia del Derecho Real hasta el siglo XIX y a las legislaciones civiles no castellanas.

Hace luego un resumen de los conceptos modernos del Derecho civil, su ramificación y el problema de la separación de algunas ramas, para afirmar que habrán de integrarse nuevamente en el "viejo y señero Derecho civil que las engendró".

Expone brevemente el problema de la distinción entre Derecho público y privado, al que es sustancialmente equivalente el Derecho civil, aunque pueda decirse que éste es, hoy, solamente Derecho privado general.

La última parte del trabajo está dedicada a la defensa de la necesidad de que se integren en un único Derecho civil español las legislaciones que hoy se conocen con los nombres de "común" y "forales".

Luis SANCHO MENDIZABAL

**RODRIGUEZ COBAS, José:** "El patrimonio separado". Foro Gallego, 33-34, 1947; págs. 99-110.

Comienza intentando determinar el vínculo existente entre las distintas cosas que en un momento dado están bajo el mismo sujeto, para, de este modo, enfrentarse con el concepto de patrimonio en general.

Partiendo de este concepto, tiende a centrar su trabajo al estudio del patrimonio separado, tratando de los problemas del nacimiento y fin a que están destinados dichos patrimonios, haciendo, por último, una extensa y completa clasificación de los mismos.

Como resumen de todo lo expuesto, termina diciendo: Que el patrimonio separado constituye una entidad jurídica distinta e independiente del patrimonio personal, con un fin especial, administrado por su titular, que es creación de la Ley.

José M.<sup>a</sup> CODINA CARREIRA

**SANCHEZ DEL RIO Y PEGUERO, Carlos:** "Notas para un ensayo sobre la forma de las leyes". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 181, 1947; págs. 282-290.

El Derecho positivo tiene, por su propia naturaleza, una plástica o forma exterior, así como los fenómenos en general son expresados en nuestra convivencia cultural mediante figuras o descripciones gráficas o verbales; el Derecho en particular es también expresado en ciertas formas que explican y escriben, y que con frecuencia son identificadas con él indebidamente. Examina las tres etapas que ofrece el Derecho: natural, programática y positiva; entre una y otra ha de haber la más perfecta armonía. La forma legal se perfecciona a través de los tiempos; el arte de componer Leyes debe tener una preocupación fundamental: transformar en cosa fácil la enorme complejidad natural de la vida jurídica con vistas a que

el mundo del Derecho pase a ser el más amplio campo de la acción humana; pero para que las Leyes sean fácilmente accesibles se requiere: que exista una gradación entre las distintas Leyes, que obedezcan a un sistema, que estén clara y concisamente redactadas, con estilo "legal".

J. H. C.

## 2. Derechos reales

**ABEJON, Julián:** "Inscripciones especiales en el Registro de la Propiedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 228, 1947; págs. 273-291.

Con un sentido meramente práctico, se ocupa este artículo de una serie de inscripciones que, por referirse a determinadas cosas, requieren una o varias especialidades que configuran la inscripción con características peculiares.

Son éstas: las concesiones de ferrocarriles y canales.

Después de exponer la evolución legislativa referente a las mismas y la posición de la doctrina, estudia el autor los problemas planteados por esta clase de inscripciones en el momento actual.

Descuella, sobre todo, la gran trascendencia que, desde el punto de vista práctico y administrativo, tienen esta clase de inscripciones.

P. M. P.

**AZPIAZU RUIZ, José:** "Un nuevo aspecto de la exégesis del artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria" (¿En la anotación de demanda la contradicción aludida en las frases: "Siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia, sin contradicción alguna del asiento correspondiente"?). *Revista General de Derecho*, 31, 1947; páginas 194-201.

Tras de examinar la posición de la doctrina en este punto, así como la referencia que al mismo hace la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria, entra en el estudio de las anotaciones de demanda y sus efectos, concluyendo que la anotación de demanda no puede ser la contradicción a que alude el artículo 41, y que dicha contradicción necesariamente ha de hacer referencia a la vigencia del asiento. En último caso, dice, ha de ser el Registrador quien decida, y si este funcionario hace constar en la certificación del Registro la vigencia de la inscripción, a cuyo amparo se inicia el procedimiento, nunca podrá el Juez, al socaire de esas confusas palabras "sin contradicción alguna", crear una nueva causa de oposición, no comprendida ni en las palabras ni en el espíritu de la Ley. Termina afirmando que esas causas de oposición no pueden tener una interpretación extensiva.

J. H. C.

**AZPIAZU, José:** "A manera de réplica". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 224, 1947; págs. 17-21.

Como su título indica, se trata de un trabajo de tono polémico sobre el desarrollo positivo del principio de legitimación registral, a través de los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria.

Se refiere, fundamentalmente, a la alegación de la prescripción (problema tan debatido como poco aclarado a este respecto) alegada en el procedimiento del artículo 41, mostrándose contrario a la teoría de Sanz, recogida por Martínez Corbalán, tanto desde el punto de vista procesal como desde el sustantivo.

Acaba sosteniendo el autor que la buena fe puede darse contra el Registro, pero no que esta clase de buena fe pueda aprovechar al que la tiene, lo mismo que la ignorancia de las leyes, aunque sea posible, no puede aprovechar al que las ignora.

P. M. P.

**DE LA PLAZA, Manuel: "Construcciones sobre suelo ajeno". Revista de Derecho Privado, 363, 1947; págs. 439-448.**

La cuestión que plantea el Sr. De la Plaza sólo indirectamente guarda relación con la sección 2.<sup>a</sup>, capítulo II, libro II del Código civil.

No se considera—a juzgar por los artículos 361 y 365—el caso en que la construcción, asentada en su mayor parte en el propio terreno, invadía el contiguo. En este caso preocupa inquirir a qué principio fundamental hemos de acudir para buscar la solución. Estudia las distintas respuestas del Derecho romano, del Derecho común, del Código napoleónico y Código italiano de 1865, y en el B. G. B., considerando más perfecta la solución italiana. En el Derecho español esta figura no está prevista en nuestro Código. Sin embargo—señala—es posible la integración de la norma—de que se carece—para la resolución del caso concreto. Para ello parte de estas dos premisas: I. La construcción extralimitada es construcción en suelo ajeno. II. Toda edificación debe considerarse indivisible. Y adopta la posición del Código italiano: Propiedad del dueño de la construcción e indemnización del duplo del valor del suelo y reparación de los daños ocasionados. Esta posición la justifica por a) el contenido social del derecho de propiedad, b) por aplicación de los principios rectores de la accesión; c) la solución buscada concuerda con nuestro sistema jurídico de que la decisión de los Tribunales puede solucionar cualquier caso concreto.

J. E. G.

**DOMINGUEZ DE MOLINA, Joaquin: "Protección posesoria del derecho arrendaticio". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 181, 1947; págs. 166-235.**

El criterio rígido y hasta implacable con que de antiguo se rehusa al arrendatario el remedio interdictal contra el arrendador, ha sido la causa motivadora según confiesa el autor de este trabajo.

Tras centrar la cuestión planteada, que examina a través de una serie de nociones previas sobre la posesión y sus efectos, entra en la reputación circunstanciada de las objeciones a la protección posesoria del derecho arrendaticio, llegando a las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup> Que el arrendatario es un verdadero y auténtico poseedor en nombre e interés propios.

2.<sup>a</sup> Que el artículo 1.560 del Código civil en nada afecta ni para nada se refiere a los interdictos del arrendatario ni contra terceros ni contra el arrendador.

3.<sup>a</sup> Que no concurre ninguna razón jurídica ni existe precepto alguno que impongan la incompatibilidad de las acciones interdictales con la existencia de vínculo contractual entre los contendientes.

4.<sup>a</sup> Que el artículo 446 concede a todo poseedor y, consiguientemente, al arrendatario, las acciones interdictales de retener y de recobrar.

5.<sup>a</sup> Que el artículo 441 prohíbe en todo caso, sin exceptuar ninguno, ni por tanto el del arrendamiento, aun tratándose de acción del arrendador contra el arrendatario, el rescatar la posesión por propia mano cuando el poseedor resiste la entrega, remitiendo al que lo pretenda a las vías de Derecho procedente y ante la Autoridad que corresponda.

6.<sup>a</sup> Que el arrendatario puede ejercitar las acciones de retener o de recobrar, respectivamente, en todo caso de inquietación o despojo realizados por el arrendador, promoviendo contra éste los oportunos interdictos y que la posición contraria anularía los fines de carácter social que persiguen las Leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos y rústicos.

J. H. C.

**GALLARDO RUEDA, Arturo:** "Publicidad y forma en el derecho inmobiliario actual". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 16; páginas 3-6.

El tema de la forma que debe darse a las relaciones jurídicas entre los hombres para procurar obtener la posible seguridad en el tráfico a que la humanidad aspira, es uno de los que han sido más discutidos en todos los tiempos por los distintos sectores de la doctrina, dada la gran importancia que el mismo tiene para el desenvolvimiento del Derecho, puesto que, según se exijan por las legislaciones un mayor o menor número de formalidades, se llegará a una más o menos perfecta publicidad de las transacciones, que repercutirá, a su vez, en la seguridad jurídica que se persigue.

De tan interesante cuestión es de la que se ocupa el autor de este trabajo, que trata de ella principalmente en las esferas del Derecho civil y del Derecho inmobiliario, poniendo en contraposición el sistema romano, carente de publicidad en el sentido que hoy la concebimos, a pesar de que fué excesivamente formalista, con el sistema germánico que fué el que logró una publicidad más perfecta y el que ha servido de base a la moderna institución del Registro de la Propiedad.

P. M. V.

**GOMEZ REINO, A.:** "Algo sobre el párrafo quinto del nuevo artículo 369 del Código civil". *Revista de Derecho Privado*, 363, 1947; págs. 465-469.

Para desentrañar el contenido del párrafo 5.º del artículo 369 del Código civil hace el autor una breve referencia a la naturaleza jurídica de la propiedad de casas por pisos, como premisa a la admisibilidad en el Derecho español del retracto de comuneros, en la propiedad horizontal,

inclinándose por la negativa y estudiando el Derecho especial que la Ley de 26 de octubre del 39 concede a cada uno de los demás propietarios del inmueble.

J. E. G.

**MAÑE Y JANE, A.:** "Los censos enfitéuticos ante el Tribunal Supremo". Revista de Derecho Privado, 358, 1947; págs. 23-31.

Motiva el artículo la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 13 de julio de 1946, que establece una nueva doctrina interpretativa de los artículos 1.608, 1.611 y 1.651 del Código civil. La aplicación de esta nueva doctrina exigirá de los censatarios no catalanes (Ley especial para las cuatro provincias catalanas, §1-12-45) para redimir los censos enfitéuticos las siguientes prevenciones: Primera, que sólo le serán aplicadas las normas del párrafo 1.º del artículo 1.611 cuando el censo sea anterior al Código civil y su capital no sea conocido; segunda, que tanto si los censos son anteriores como posteriores al Código civil, si el capital es conocido o se ha fijado en la escritura de constitución el valor de la finca, deberá aplicársele el artículo 1.651; tercera, que tanto en los censos anteriores como posteriores al Código civil, si en la escritura de constitución se ha hecho mención y reserva de los derechos dominicales, éstos deberán considerarse como otras prestaciones estipuladas, distintas de las que son características del censo enfitéutico y, por lo tanto, tendrán que valorarse aparte.

La nueva interpretación dada por el Tribunal Supremo al artículo 1.651 está inspirada por el espíritu que informó la Ley especial para Cataluña, e impone aquel espíritu al artículo 1.651, circunstancia que aumentará de hecho el valor que a las fincas se dió por las partes contratantes al establecer los censos en perjuicio de los censatarios.

J. E. G.

**MOXO RUANO, Antonio:** "Usufructo y nuda propiedad. Desmembración de finca usufructuada por el nudo propietario". La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; págs. 155-176.

En relación con el artículo 489 del Código civil, surge el problema de si el nudo propietario puede desmembrar la cosa usufructuada sin el consentimiento del usufructuario. El Sr. Moxó lo resuelve afirmativamente. Analiza para ello la naturaleza de la institución del usufructo, estudiando, con abundantes referencias de Derecho comparado, las obligaciones del usufructuario y del nudo propietario. Siguiendo el criterio del B. G. B. y del Código civil suizo estima que por "no alterar la forma y la sustancia de la cosa", debe entenderse "no alterar su valor económico". Y como la potestad de disponer la conserva el núcleo de la nuda propiedad, y al desmembrarse la finca no se perjudica el usufructuario (puesto que éste podrá seguir ejercitando su derecho), afirma que no cabe dudar de la posibilidad de desmembrar la cosa objeto de usufructo sin consentimiento del titular de éste. En favor de este criterio puede alegarse, además, la doctrina de la Dirección General de los Registros, que permite la división de la finca, al ejercitarse la acción *communi dividundo*, sin conocimiento del usufructuario.

José ANTONIO PRIETO

**NIN Y ABARCA, Mario:** "La hipoteca de responsabilidad limitada". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 228, 1947; págs. 292-315.

Se trata de un trabajo inspirado en el artículo 138 de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, que implantó, por primera vez en España, la figura de la hipoteca de responsabilidad limitada.

Esta modalidad de hipoteca, admitida en la legislación cubana, es desarrollada en el trabajo comentado por un Registrador de la Propiedad cubano. Por esto el artículo reviste especial interés, ya que en él se analizan, a través de la legislación y jurisprudencia cubanas, esta nueva modalidad de hipoteca, que por haber sido recientemente implantada en España, se carece en nuestra literatura jurídica de puntos de referencia suficientes para la interpretación del texto legal.

Después de este examen legislativo y jurisprudencial de la figura hipotecaria, el autor insiste en su diferenciación de la *Grundschild* del Derecho alemán, en el sentido de que la nueva modalidad hipotecaria presume el préstamo que le sirve de causa, mientras que la *Grundschild* no presume el crédito, y si lo presume no admite la prueba en contrario.

El autor demuestra también un profundo conocimiento de la más importante bibliografía española sobre el problema.

P. M. P.

**NOGUERA, Raimundo:** "Exégesis parcial de la Ley de Censos". *La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona*, 82, 1947; páginas 119-154.

Señala el Sr. Noguera que la Ley de Censos de 31 de diciembre de 1945 ha dado lugar a una transmutación en el concepto legal de la enfiteusis. En efecto, rechaza implícitamente la antigua doctrina del dominio dividido (que recogía todavía el Código civil), estableciendo la posibilidad de redención de los censos y haciendo desaparecer la necesidad del derecho de laudemio, al mismo tiempo que habla de "los llamados derechos dominicales" y de "los dueños de las fincas gravadas".

Sigue el Sr. Noguera analizando extensamente el contenido de los distintos capítulos de la Ley, y hace resaltar la anomalía de que las normas del capítulo I sólo tengan eficacia registral, en tanto que las de los restantes la tienen civil. La nueva Ley merece, pese a sus defectos, un juicio favorable, en cuanto viene a modernizar conceptos y a favorecer la mayor efectividad de los principios hipotecarios.

J. A. P.

**PUNTE MENENDEZ, Juan Manuel de la:** "El nuevo Reglamento hipotecario". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 14, 1947; páginas 3-7.

El Notario que suscribe este artículo, después de destacar la admirable labor realizada por los que han contribuido a la formación del nuevo Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, que complementa las esenciales modificaciones introducidas por la Ley de

Reforma y el Texto refundido de la Ley Hipotecaria, examina detalladamente las principales innovaciones hechas por aquél, distinguiendo las de carácter formal de las de naturaleza material.

En relación con las primeras se refiere al contenido de los quince títulos del nuevo Reglamento, que sigue el mismo plan que sirvió de base al que estuvo en vigor en las antiguas provincias españolas de Ultramar, y pone de manifiesto la utilidad práctica de los epígrafes marginales con que se separan los artículos referentes a unas mismas materias y de los modelos modificados que figuran en el anexo final; y respecto a las segundas, enumera, como fundamentales, las referentes a concesiones administrativas de obras públicas, explotaciones industriales de energía eléctrica, mujer casada, sociedad conyugal, hipotecas, procedimiento judicial del nuevo artículo 41 de la Ley, recursos gubernativos, procedimiento ejecutivo extrajudicial, concordancia entre el Registro y la realidad, medios de inmatriculación de las fincas e ineficacia de los documentos no inscritos ante los Organismos oficiales.

P. M. V.

**PUENTE MENENDEZ, Juan Manuel de la:** "La inmatriculación en virtud de títulos públicos y el nuevo Reglamento hipotecario". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 17, 1947; págs. 3-9.

Uno de los procedimientos más empleados para el ingreso de los inmuebles en el Registro de la Propiedad, el del párrafo 3.º del artículo 20 de la antigua Ley Hipotecaria, ha sido conservado después de la substancial reforma que ha sufrido nuestro Derecho inmobiliario, y figura actualmente, separado de los preceptos que regulan el tracto sucesivo, en el artículo 205 del Texto refundido de aquella Ley, complementado por las esenciales disposiciones del artículo 298 del nuevo Reglamento Hipotecario.

El autor de este artículo trata detenidamente de dicho procedimiento, llamado de inmatriculación de fincas en virtud de título público de adquisición, y se ocupa de los diferentes problemas que pueden plantearse al Notario al hacer las escrituras y al Registrador al calificarlas, en relación con las distintas circunstancias que exigen la Ley Hipotecaria vigente y el Reglamento para su aplicación, a fin de que una finca pueda, en la forma indicada, ingresar por primera vez en el Registro de la Propiedad, citando, como tales, las siguientes: existencia de título público de adquisición, justificación en forma fehaciente de la adquisición anterior del transmitente, no existencia de previa inscripción de la finca, publicación de edictos en los casos en que procedan y transcurso del plazo de un año entre la fecha en que el documento que acredite la transmisión anterior adquirió fehacencia y el día en que se practique la primera inscripción de la finca.

P. M. V.

**RAMOS FOLQUES, Rafael:** "Lexicografía hipotecaria: su necesidad. Los principios, en la Filosofía y en la Ciencia del Derecho; en el Derecho positivo; los principios generales del Derecho; la fisonomía del Derecho

**hipotecario español; significación de los principios hipotecarios en España".** *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 226, 1947; págs. 137-151.

La finalidad de este artículo es la de demostrar la necesidad o, al menos, la utilidad de los principios hipotecarios, cuya licitud teórica y hasta práctica ha sido recientemente puesta en tela de juicio por un determinado sector doctrinal.

Encaminado a demostrar esta licitud teórica, el autor, después de estudiar los principios tanto bajo la perspectiva filosófica como a través de la ciencia jurídica en general, se plantea el problema de la situación de la teoría en el marco general de nuestro Derecho Hipotecario.

Las peculiares características que influyen en la formación de nuestro sistema registral; su brusca implantación en España sin unos antecedentes históricos delimitados; la utilidad de la teoría, en definitiva, que nos da una serie de bases para justificar científicamente los principios hipotecarios, llevan al autor a defenderla, con sólida argumentación, demostrando, al propio tiempo, el carácter pragmático de la misma.

P. M. P.

**RIOS MOSQUERA, A.: "Modificaciones hipotecarias".** *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 229, 1947; págs. 345-361.

Este artículo se refiere al titular registral. La trascendencia de las situaciones personales relativas al sujeto de la relación jurídicorregistral, de tan gran importancia para el desarrollo de la mecánica del Registro en España, tiene su reflejo en este trabajo.

Es preciso tener en cuenta que en el Registro ingresan una serie de derechos subjetivos cuya configuración repercute en la contextura del derecho real registrado.

En este trabajo se estudian las circunstancias personales ante el principio de legalidad en su punto crucial: la calificación. Las situaciones relativas a herederos y causahabientes, después de la declaración del artículo 14 de la nueva Ley Hipotecaria en relación con los 38 y 20 de la misma y 144, 166 y 213 del Reglamento. El cambio de nombres y apellidos, el estado civil, las titularidades relativas al régimen matrimonial y las referentes a personas jurídicas, son objeto de estudio en cuanto se refieren a sus modificaciones y repercusión registral de las mismas.

También se estudian las titularidades relativas a las Cajas de Ahorros y la trascendencia registral de las modificaciones experimentadas por las mismas, como en los casos de fusión, etc.

Acaba este trabajo con una referencia a las circunstancias de las personas jurídicas en el Registro y a otras modificaciones hipotecarias, propugnando una reforma del título primero de la Ley y el Reglamento, que serían más exactos si dijeran: "Del Registro de la Propiedad y de los derechos sujetos a inscripción".

Crítica, finalmente, a quienes tratan de trastocar toda la mecánica del sistema registral español, basándose en que lo que se inscribe en el Regis-

tro es el título y no el derecho, problema que hay que entender reducido a su verdadero alcance, si no se quieren sacar las cosas de quicio.

P. M. P.

**RUIZ ARTACHO, J.:** "La caducidad del derecho inscrito y la de las menciones y asientos del Registro de la Propiedad. Causas que dificultan la aplicación de las tres primeras disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 227, 1947; págs. 242-251.

Después de una serie de consideraciones generales sobre el concepto de caducidad, el autor centra la cuestión, estudiándola a través de la evolución de nuestro Derecho hipotecario, a partir de la Ley de 1861 y Reglamento de 1886.

Luego estudia la caducidad de las inscripciones y de las menciones que hasta la publicación de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, tenían el carácter de verdaderas protecciones hipotecarias de carácter permanente.

En cuanto a la caducidad de las anotaciones preventivas, critica el autor el silencio de la Ley en cuanto a la posibilidad de que el Registrador pueda practicarlas de oficio.

Dedica un epígrafe especial a estudiar la caducidad de las inscripciones de hipoteca, en las que no se concibe que, decretada por la Ley, se precise también el consentimiento del interesado, como ocurre en la de las anotaciones. El interés del propietario en que quede limpio su derecho de cargas debe suponerse siempre, salvo en algún caso de mala fe, que tampoco la Ley debe proteger.

\*P. M. P.

**VENTURA-TRAVERSESET Y GONZALEZ, Antonio:** "Temas de inmatriculación. Procedimientos inmatriculatorios. Especialidades de la inmatriculación". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 224, 1947; páginas 1-16, 152-161 y 362-369.

Siguiendo el desarrollo de una serie de temas, tratados en números anteriores, sobre la materia que lleva por título genérico la primera parte del enunciado del artículo, se ocupa el autor en éste de los diversos procedimientos inmatriculatorios en concreto: registral, mixto, administrativo, de los bienes de la Iglesia y del verificado por reinscripción.

Luego estudia las especialidades de la misma por razón de la persona: normal (expediente de dominio y título público) y el excepcional de la certificación de dominio.

Examina las especialidades por razón de los bienes inmatriculados, desarrollando todos los problemas que, en este orden, pueden plantearse al Registrador, estudiándolos a través del texto legal, de la Jurisprudencia y de las Resoluciones de la Dirección General, no sin exponer y criticar las orientaciones de la doctrina.

Estudia las agrupaciones y segregaciones de fincas, las aguas privadas, las inmatriculaciones parciales de participaciones indivisas e intelectuales, los pisos, excesos de cabida y accesión natural, los derechos reales

no inmatriculables, el derecho de censo, el usufructo con facultad de disponer, el puro y la reserva de usufructo y, finalmente, el dominio condicionado.

Trata luego de las especialidades por razón del negocio jurídico, distinguiendo entre los inter vivos, las traslaciones de dominio por actos mortis causa y otros negocios jurídicos inmatriculables.

Dentro del primer grupo estudia la compraventa normal y la con pacto de retro, el derecho de retracto, las compraventas especiales (en procedimiento de apremio), la permuta, las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, las donaciones, la aportación a sociedad y adjudicación, a su solución y la división de cosa común.

En el segundo grupo son objeto de estudio los problemas relativos a la inmatriculación del derecho hereditario (suponiendo que sea inmatriculable), de la herencia testada e intestada, de las adjudicaciones a albaceas, de los usufructos viduales y de los fideicomisos puros y condicionales.

Dentro del tercer grupo trata el autor de las donaciones por razón de matrimonio, de las aportaciones de los cónyuges y de los heredamientos catalanes.

Acaba el trabajo con el estudio de los problemas de inmatriculación que suscitan las anotaciones preventivas, clasificando los defectos de las mismas, a estos efectos.

P. M. P.

**VENTURA-TRAVERSET Y GONZALEZ, Antonio:** "El nuevo Reglamento hipotecario de 14 de febrero de 1947". *Revista General de Derecho*, 32, 1947; págs. 258-263.

Como dice el autor, no pretende hacer un examen detenido del Reglamento Hipotecario, sino una ligera síntesis de las modificaciones que entraña.

Lo sistematiza en seis grandes apartados: A) Relaciones patrimoniales familiares; B) Orden procesal; C) Derecho de hipoteca; D) Acceso de la propiedad no inscrita e inmatriculación; E) Otras disposiciones; F) Admisión de documentos no inscritos.

Subdivide cada uno de aquéllos con el contenido propio, anotando brevemente el contenido del artículo y las innovaciones que recoge, cuidando de señalar de modo especial las que implican eficaces aportaciones al sistema hipotecario español.

J. H. C.

### 3. Obligaciones y contratos

**ALBALADEJO GARCÍA:** "La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato". *Revista de Derecho Privado*, 361, 1947; págs. 254-272.

Examina el texto del párrafo primero del artículo 1.200 del Código civil y el posible alcance del mismo.

La doctrina patria está dividida entre quienes— como De Diego, Valverde, Puig-Pena, Falcon Vinas, Pérez y Alguero —no llegan a plantearse el problema y los que se deciden en el sentido de que la prohibición sólo afecta al caso en que la compensación se opusiese a la demanda reclamando la devolución de la cosa dada en depósito o en comodato —Scaevola, Navarro-Amandi, Sanchez Román y Castán—. Considera los antecedentes mediatos (Fuero Real, Partidas) y los inmediatos (Código francés, Código italiano 1865 y Proyecto de 1851), para estudiar el texto legal y los supuestos que comprende, la prohibición de compensar en los Códigos (alemán, suizo e italiano de 1942) y las razones en que la doctrina fundamenta la improcedencia de compensación y su crítica. Concluye adoptando el sentido que llama amplio del artículo 1.203 del Código civil, párrafo primero, y que admite la compensación de todas las obligaciones. Sólo quedan fuera del alcance y eficacia de este artículo aquellas que provengan de *ex post facto* a cargo del deponente y del comodante y que surjan eventualmente.

J. E. G.

**ALBALADEJO GARCIA, Manuel:** "La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 409-500.

El Sr. Albaladejo, en su denso trabajo, estudia tan interesante cuestión en Roma, en el Derecho comparado, en el Derecho histórico español y finalmente en el Código civil.

En Roma, dice, no existió tal obligación, y ello tanto es así que hasta tal punto no está obligado el vendedor a transferir el dominio de lo vendido que se niega sea venta la convención que tal obligación incluya.

El Derecho comparado ofrece soluciones diversas. En Francia, el Código de Napoleón se aparta del Derecho romano en estimar basta el consentimiento para la transmisión del dominio, y en la obligación de transmitir el dominio de lo vendido, según deduce del artículo 1.599 del Código civil francés. En Italia, mientras el Código civil de 1865 implícitamente exigía la transmisión de la propiedad, el Código civil de 1942, en su artículo 1.470 declara paladinamente la obligación de transmitir la propiedad. El B. G. B. contiene la obligación de transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida. Otros Códigos, como el de Chile (1865), Ecuador (1861) y Uruguay (1868), por el contrario, no obligan al vendedor a transmitir al comprador la propiedad en la compraventa. El Código portugués, si no claramente, permite llegar a la misma solución apuntada en relación con el francés, a causa de contener artículos similares al 1.599 francés. Las modernas tendencias legislativas (Código argentino de 1871, Código brasileño de 1917 y el Código suizo de 1912) coinciden en la citada obligación.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho histórico, el autor quiere ver en la invalidez congénita a la venta de cosa ajena, el reconocimiento tácito de la citada obligación.

Examina todos los cuerpos legales: afirma no la impusieron las Partidas, como tampoco el Proyecto de 1851, y por ende tampoco el Código

civil, consecuencia a la que llega después de una dilatada interpretación causal de los artículos de dicho cuerpo legal.

J. H. C.

**DUALDE, Joaquín:** "Cláusula "pago en oro". *Revista de Derecho Privado*, 358, 1947; págs. 1-23.

Normalmente, en los contratos, perfección y consumación se suceden de una manera inmediata, pero no faltan supuestos en que entre ellas media un largo tracto. Si durante este tiempo se modifican las circunstancias básicas se produce una discordancia entre el medio y la norma contractual y con ella un quebranto. Frente a este fenómeno caben tres posturas: la liberal, la intervencionista y el pacto previsor, una de cuyas modalidades es la "cláusula oro" o "valor oro". Distingue la "cláusula pago en oro" de la "pago valor oro", y afirma que no admitir la primera es "dejar a la deriva en el mar del tiempo a los contratos a largo plazo, supeditar la cordura al azar". Teniendo en cuenta el artículo 1.º de la Ley de 9 de noviembre de 1939, cree que son efectos retroactivos limitarse a declarar el poder liberatorio del billete y no existir en contra una razón de orden público, como lo demuestran las normas relativas al pago en oro de los derechos de Aduanas, la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de la prima del oro, el artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1942, la Orden de 20 de junio de 1945 y el contrato con la Telefónica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias, reconoce su validez. Al abordar el que llama "problema de la exorbitancia", afirma que una vez aceptada la validez el resultado de la cuenta no debe preocuparnos.

Evelio VERDERA Y TUELLS

**GUSANO HERRERO, Carlos:** "Consecuencias de la muerte de los cultivadores directos y personales, para sus sucesores cooperadores, incapaces por sí mismos de explotar la tierra". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 501-506.

Nuestro Derecho positivo, en virtud de lo dispuesto en la Ley de 23 de julio de 1942 distingue dos clases de arrendamientos: los "ordinarios" y los que algunos autores llaman "protegidos", caracterizándose estos últimos, entre otras circunstancias, por la de que el arrendatario ha de ejecutar por sí mismo o mediante familiares que con él convivan los trabajos que exija el cultivo de la finca, sin estarle permitido valerse de asalariados más que circunstancialmente y en determinada proporción.

El autor, en contra de gran parte de la doctrina, que cita, y basándose, por una parte, en el sentido literal del precepto contenido en el artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942, y, por otra, en soluciones de equidad, estima que al causahabiente de un cultivador directo y personal, del cual fué cooperador, se transmiten todos los derechos de aquél, aunque subordinando dicha transmisión a que prosiga cooperando y no se ausente ni se desentienda de la tierra, ya que, de admitirse esto, se haría de mejor condición al sucesor que al sucedido.

J. H. C.

**HERNANDEZ GIL, A.:** "El principio de la no presunción de la solidaridad". *Revista de Derecho Privado*, 359, 1947; págs. 81-96.

Estudia el profesor Hernández Gil los antecedentes históricolegales de la no presunción de la solidaridad. Hace una breve referencia a los Derechos romano, germano e históricoespañol. Clasifica los sistemas legales en tres tipos: primero, aquellos que como el francés, el Código italiano de 1865 y siguiendo a éstos el Código rumano el Código de Egipto (el mixto de 1900 y el indígena de 1883), y entre los hispanoamericanos: el argentino, Honduras y Costa Rica, chileno, colombiano, Código del Uruguay y de Guatemala, aceptan como principio la "no presunción de la solidaridad"; segundo, aquellos que atenúan su rigor (suizo, polaco, soviético, francoitaliano de obligaciones y Código de Méjico de 1884); y, en tercer lugar, los que implantan como principio la solidaridad (Código civil alemán y Código italiano de 1942). En Francia, el silencio del Código de Comercio, respecto de la solidaridad, lo ha salvado la doctrina admitiendo la existencia de una obligación derivada de la intención de las partes contratantes o de la imposibilidad de determinar las partes correspondientes a cada deudor. ¿Se ha atenuado por la jurisprudencia y por la doctrina científica patria el rigor formal de los artículos 1.137 y 1.138? En la doctrina española se acepta el riguroso régimen de no presunción de la solidaridad sin intentos de atenuación o superación. La jurisprudencia del Tribunal Supremo acusa algunos indicios, no siempre rigurosamente uniformes, en torno a la solidaridad que el autor examina, tendencia acertada y expuesta, entre otras, en sentencias de 1 de diciembre de 1891, 8 de julio de 1915, 11 de febrero de 1927 y 11 de marzo de 1931. ¿Cabe solidaridad por vía de interpretación de la intención de las partes (voluntad tácita)? Hernández Gil defiende la opinión de que con arreglo a la jurisprudencia no es preceptiva una declaración de voluntad expresa, y basándose en razones de orden económico y de seguridad de tráfico, encuentra justificaciones bastantes para conceder un más amplio campo a la solidaridad.

J. E. G.

**HIDALGO, Manuel:** "Opción del aparcerero para convertirse en arrendatario". *Revista General de Derecho*, 32, 1947; págs. 275-290.

El autor de los "Comentarios a la Ley de Arrendamientos rústicos" nos ofrece en este trabajo un examen del artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos rústicos de 28 de junio de 1940, artículo que califica de mera declaración programática, de dificultosa aplicación hasta que un adecuado desarrollo legal del precepto lo engarce armónicamente en la Ley y le dé una vida real, de que hoy carece.

Lo estudia desde todos los posibles ángulos: doctrina, jurisprudencia y opiniones doctrinales a través de las conclusiones jurisprudenciales.

Precediéndolo del enunciado del artículo 7.º, expone su criterio al respecto: Vigencia del párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de 1935; no necesidad, dentro del régimen legal del contrato, de preaviso alguno para conseguir o impedir la prórroga, ya que llegado el día de finaliza-

ción del plazo contractual, el contrato termina por imperativo de la Ley y sólo por la voluntad acorde de los interesados podrá reanudarse la vida del contrato extinguido.

Cuida el autor de indicar que la solución que antecede es referida al "régimen legal", pues existen distintos regímenes de aparcería, como reconoce la propia Ley, y es precisamente el artículo 49 de la Ley de 1935 y el artículo 7.º de la Ley de 1940.

J. H. C.

**LEAL, Feliciano A.:** "Volviendo sobre el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 710-714.

Ve en el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, que regula la "opción del aparcerero para convertirse en arrendatario", dos derechos distintos: uno, el derecho de interrumpir la aparcería que corre—dice—a favor del cedente de la tierra; otro, el derecho que se da al aparcerero productor para "optar entre el abandono al propietario del cultivo de la misma o su continuación como arrendatario".

Ambos nacen simultáneamente, pero su ejercicio es sucesivo; es más—dice—, el derecho de opción está supeditado al de interrupción. Condición para el ejercicio de estos derechos es que subsista la aparcería.

J. H. C.

**LOIS ESTEVEZ, José:** "La distinción de condominio y sociedad". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 681-709.

Piantea el tema del trabajo en base a un problema práctico, admitiendo que si en su solución se prescinde de una serie de consideraciones—que enumera—, fijándose únicamente en la letra de la Ley, sería "ahorcar a la justicia en aras de un formulismo idólatra".

La calificación de "sociedad" o de "condominio" tiene trascendentales consecuencias en orden a la posibilidad de pedir la división. Estudia dicha distinción desde diversos ángulos, siendo el verdadero módulo diferenciador que si mientras el condominio para la vida jurídica es sólo un estado incidental, el fenómeno social tiene caracteres de vinculabilidad y, sobre todo, en que la sociedad tiene un fin que cumplir, caracterizado por una "empresa común".

J. H. C.

**OGAYAR AYLLON, Tomás:** "Exposición sistemática de la nueva Ley de Inquilinato". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 181, 1947; págs. 597-636.

Comienza por exponer lo que llama "fundamentos de la Ley y principios básicos en que se inspira", en los cuales, tras de una rápida ojeada histórica, enumera las distintas fundamentaciones doctrinales en pro o en contra de los intereses, aparentemente contrapuestos, de arrendador y arrendatario; se inclina hacia la concepción social del Derecho, integra-

do por una serie de normas y de Leyes con el fin de proteger a los económicamente débiles, y precisamente de este tipo de Derecho forma parte el Derecho de inquilinato. En estas ideas se inspiró la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, cuyo texto articulado se aprobó por Orden de 21 de marzo de 1947, rigiendo sus preceptos desde el 3 de abril del mismo año.

A continuación estudia todos y cada uno de estos principios básicos, a los que sigue un "examen general" del texto, que estima "una aplicación imperfecta de la teoría jurídica, que supone implícita, en los contratos, la cláusula *rebus sic stantibus*", y como dice la exposición de motivos "se inspira en directrices de equidad y de justicia social, desentendiéndose, por tanto, de lo que pudiera convenir a particulares intereses". Su desmesurada extensión y casuismo la asemejan a un Reglamento.

A continuación trata de sistematizarla en los siguientes apartados: a) ámbito de aplicación de la nueva Ley; b) requisitos esenciales del arrendamiento; c) situaciones que regula y derechos que reconocen la nueva Ley; d) resolución de la locación y trámites procesales.

J. H. C.

**PIÑOL AGULLO, José:** "Prestaciones periódicas vitalicias en Derecho común y en Derecho catalán". La Notaria, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; págs. 27-40.

Después de analizar las prestaciones periódicas vitalicias existentes en Derecho catalán y en Derecho común, se refiere el señor Piñol a los problemas a que pueden dar lugar. Afirma la posibilidad de su rescisión por lesión enorme, en Derecho catalán, aunque no en Derecho común. Defiende la tesis según la cual el que tiene herederos forzosos puede destinar sus bienes a la constitución de una pensión vitalicia, siempre que no disponga de ellos para después de su muerte, y estima que es lícito pactar en contra de lo dispuesto en el artículo 1.805 del Código civil, aunque no mira con gran simpatía esta posibilidad. Finalmente, se refiere extensamente al problema de si las pensiones, en los contratos de renta vitalicia regulados por el Código civil, afectan con cargas reales a la finca cedida y perjudican al tercer adquirente de ella.

J. A. P.

**REYES, Roberto:** "La nueva Ley de Arrendamientos urbanos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1, 1947; págs. 5-8.

En una rápida visión de conjunto, el autor examina las principales disposiciones de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 sobre Arrendamientos urbanos, referentes a arriendos de vivienda y de locales de negocio, exclusión de ciertos contratos de las nuevas normas, irrenunciabilidad de los beneficios concedidos a los arrendatarios y subarrendatarios de viviendas, extensión de la Ley a los extranjeros, interpretación analógica, condiciones requeridas para poder subarrendar, prohibición de la cesión de viviendas, admisión del traspaso de locales de negocio, derechos de tanteo y retracto, prórroga obligatoria de los contratos, excepciones a la

misma, tasación del patrimonio mercantil a los efectos de la nueva ordenación, derecho de derribo para edificar, regulación de las rentas que deben pagar los arrendatarios, participación de éstos en ciertas obras de conservación de los inmuebles, causas de resolución de los contratos, regulación de los procedimientos adecuados ante las autoridades judiciales, competencia para conocer de los mismos, situación legal de las Empresas de espectáculos, Derecho transitorio y posible intervención gubernativa en los locales deshabitados y desocupados. Termina afirmando que con la nueva Ley se intenta resolver, de una manera completamente imparcial, el importante problema de la actual escasez de viviendas.

P. M. V.

**REYES, Roberto:** "Preceptos de la Ley de Arrendamientos urbanos que se hallan vigentes desde la fecha de su promulgación". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 3, 1947; págs. 3-6.

A pesar de que la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 sobre Arrendamientos urbanos no era una disposición directamente aplicable, pues por su carácter estaba principalmente encaminada a determinar los principios fundamentales que había de servir de guía para la redacción del texto definitivo, suscitó ciertas dudas acerca de la inmediata vigencia de alguno de sus preceptos, que pretende resolver en este artículo D. Roberto Reyes, haciendo una interpretación de aquélla que puede considerarse como auténtica, puesto que fué Ponente de la Ley en la Comisión de Justicia de las Cortes españolas.

Así, distinguiendo las frases "a partir de la vigencia de los preceptos de esta Ley" y "a partir de la promulgación de esta Ley de Bases", que emplea el legislador, y entendiendo que la primera se refiere a la fecha incierta en que empiece a regir el texto definitivo y la segunda al día 1 de enero de 1947, en que se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley de Bases, enumera como preceptos de ésta, que entraron en vigor en el momento mismo de su publicación, los siguientes: 1.º, derechos de tanteo y retracto y acción anulatoria de la transmisión conferidos al arrendatario de vivienda y de "local de negocio" en los casos de venta por pisos de la finca; 2.º, derecho del arrendador a exigir sobreprecio en los subarriendos no expresamente autorizados y del arrendatario a no ser desahuciado por subarriendo en los casos del párrafo primero del apartado 2) de la base transitoria, y 3.º, prohibición de transformar viviendas en "locales de negocio" o en oficinas y almacenes y acción que compete al ocupante anterior cuando ello se incumpla.

P. M. V.

**REYES, Roberto:** "Subarriendos tolerados. La segunda disposición transitoria de la nueva Ley de Bases de los Arrendamientos urbanos", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 5, 1947; págs. 3-7.

Relacionando las distintas disposiciones de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 sobre Arrendamientos urbanos, con las de carácter transitorio contenidas en la misma, se considera en este trabajo que para que

el propietario de un inmueble deba tolerar la subsistencia del subarriendo prohibido en el contrato de arrendamiento es necesario que concurren, conjuntamente, las siguientes circunstancias: 1.<sup>ª</sup>, que sea un contrato de "subarriendo" el que vincule al arrendatario con el que a título oneroso ocupa su vivienda o local de negocio; 2.<sup>ª</sup>, que éstos se hallaren total o parcialmente subarrendados el 1 de octubre de 1946 "y por plazo no inferior al de seis meses, precisamente anteriores a esta fecha", y 3.<sup>ª</sup>, que antes del 1 de octubre de 1946 no hubiera el arrendador promovido "el desahucio" por subarriendo.

Se estima también, en relación con el principio general de prueba contenido en el artículo 1.214 de nuestro Código civil, que la demostración de las dos primeras condiciones corresponde al arrendatario y la de la tercera al arrendador, por lo que bastará a este último justificar en debida forma que antes del día 1 de octubre de 1946 procedió judicialmente por subarriendo contra el arrendatario, para que prospere su acción de desahucio.

P. M. V.

**REYES, Roberto:** "Visión panorámica de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos". *Boletín de Información Jurídica de la Comisión de Legislación Extranjera del Ministerio de Justicia*, 45 y 49, 1947; páginas 3-18 y 24-40.

Don Roberto Reyes comenta en un extenso artículo los fundamentos esenciales de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946 sobre Arrendamientos urbanos, y explica muy detalladamente algunos antecedentes de la misma, que conoce perfectamente por su calidad de Ponente de aquélla en la Comisión de Justicia de las Cortes españolas.

Antes de examinar casuísticamente cada una de las catorce bases de la Ley, hace un resumen de la evolución histórica de la legislación sobre arrendamientos urbanos en nuestro país, cuyo nacimiento sitúa en el siglo XII; pone de manifiesto las causas que han obligado al Poder público a intervenir de una manera imperiosa en el difícil problema de la vivienda, y afirma que la nueva regulación ha logrado las tres finalidades siguientes: refundir en una sola disposición legal el caos que representaba la variadísima legislación anterior; dar a conocer a las partes interesadas sus respectivos derechos y deberes, y determinar previamente el rendimiento económico que obtendrá el capitalista que destine su dinero a la edificación.

P. M. V.

**RIO, José Antonio del:** "El crédito agrícola en España". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 229, 1947; págs. 370-393.

La gran importancia que todo lo relativo al crédito agrícola, en su desarrollo y evolución, tiene para el Derecho registral, hace que sus especialistas dediquen a esta materia singular predilección.

El artículo que reseñamos trata de la consideración objetiva y subjetiva del crédito agrícola, de su concepto e íntima relación con el terri-

torial, para pasar después al análisis de las condiciones del crédito agrícola, que son: garantía personal, localización, tasa baja de interés, plazo suficiente, buena armonía entre propietarios y arrendatarios y procedimiento ejecutivo rápido y eficaz.

Finalmente, se estudian los factores que intervienen en la relación crediticia: prestamista, prestatario, garantía y fin u objeto remoto.

P. M. P.

**SERRANO Y SERRANO, Ignacio:** "Los derechos de tanteo y retracto de la base VI de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 6, 1947; págs. 3-11.

El Catedrático de la Universidad de Valladolid D. Ignacio Serrano y Serrano analiza en este artículo la base VI de la Ley de 31 de diciembre de 1946 sobre Arrendamientos urbanos, que establece supuestos en que proceden los derechos de tanteo y retracto a favor del arrendatario, destacando, en primer término, la gran importancia que tienen los mismos para dar acceso a la propiedad a todas las clases sociales y para resolver el complicado problema de la vivienda, fines de los que ya se ocupaban con preferencia el Fuero del Trabajo y el Fuero de los Españoles.

A continuación examina detenidamente las cuestiones relativas a la retroactividad de la base VI, personas que pueden ejercitar el tanteo y el retracto, casos en que se dan estos derechos, plazo de dos años en el cual el que los ha ejercitado no puede enajenar la finca, preferencia entre los retrayentes, orden en que deberá realizarse la enajenación de los pisos, elementos formales para verificarla y efectos de la misma en relación con la inscripción registral.

P. M. V.

#### 4. Derecho de familia

**BAS, F.:** "Registro de Rentas y Patrimonios y la sociedad legal de gananciales". *Revista de Derecho Privado*, 359, 1947; págs. 103-109.

Estudia a la luz de la Ley de 16 de diciembre de 1940, que crea el Registro Fiscal, la composición y competencia del Jurado central, el procedimiento para la exacción del impuesto, las transmisiones entre cónyuges en el régimen de la sociedad legal de gananciales y la liquidación de la sociedad.

J. E. G.

**CABELLO, Pedro:** "La titularidad registral de la mujer casada en el nuevo Reglamento hipotecario". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 227, 1947; págs. 201-241.

El contenido de este artículo es, desde luego, mucho más ambicioso que del que del título parece deducirse. Su autor se plantea el problema comenzando con un estudio detenido de la facultad de disposición de los bienes de la sociedad matrimonial en el Derecho romano, para proseguirlo, a

través de una evolución histórica acabada, en el Derecho español, aportando valiosos datos de indudable interés.

Tiene este trabajo, además, el indiscutible mérito de haberse realizado con fuentes casi siempre de primera mano o, al menos, a través de los comentaristas más próximos a la época de las fuentes utilizadas.

Después de un acabado estudio de la cuestión en el Proyecto de Código civil de 1851, trata con gran maestría la doctrina del Código civil y su evolución a través de la jurisprudencia que inspira el texto del nuevo Reglamento Hipotecario, comparándolo con el Notarial y con los textos legales constitucionales.

Distingue entre actos de adquisición, constante matrimonio, por mujer casada y actos de disposición en iguales circunstancias, haciendo un interesante estudio comparativo entre el texto del primitivo Proyecto de la Comisión redactora, de la que el autor formó parte, y la redacción actual de los artículos 94 y siguientes del Reglamento Hipotecario, en el que se revela, además de un agudo sentido crítico, una serie de sugerencias a la investigación, muy dignas de tenerse en cuenta.

P. M. P.

**PUIG PEÑA, F.:** "Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales". *Revista de Derecho Privado*, 362, 1947; págs. 356-376.

Define el régimen matrimonial como el estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y los que se derivan de sus relaciones con los terceros. Clasifica los regímenes matrimoniales en: 1.º, régimen de absorción; 2.º, régimen de comunidad, dividiendo ésta en universal y relativa comunidad de muebles y adquisiciones (comunidad francesa), y sociedad de gananciales (comunidad castellana); 3.º, régimen de separación—absoluta, impropia—, y 4.º, regímenes especiales. Como cuestiones generales que suscita el régimen matrimonial de bienes, considera su necesidad función concedida a la voluntad y supletoriedad de la Ley, considerando en este caso los distintos sistemas que las legislaciones establecen. En el estudio de los regímenes matrimoniales se ocupa especialmente de aquellos admitidos en España. De este modo considera en primer lugar el régimen de absorción absoluta por el marido de todo el patrimonio de la mujer, deteniéndose especialmente en su concepto, historia y características; en segundo lugar, estudiando los regímenes de comunidad con las variantes que en la clasificación primera indicábamos, y, por último, los regímenes de separación (dominio, administración, responsabilidad, liquidación y crítica). Como regímenes especiales se hace una referencia al régimen de unidad de bienes, al de unión de bienes—distinto de aquél—y al régimen dotal, estudiando en éste las tesis fundamentales, en orden especialmente a la separación de bienes críticas en orden a la preferencia de uno u otro régimen, Puig Peña las formula desde un triple punto de vista: a) desde el ángulo de la política social; b) de la política profesional, y c) de la general política legislativa de los Estados. Es necesario—dice—, desde este punto de vista, articular un sistema que se adapte a las costumbres y especial psicología de los pueblos a quienes este régi-

men va dirigido. Por esto no se dan los sistemas en su forma pura y en la mayoría de los países se observan elementos traídos de otro sistema como recurso para buscar un acomodamiento a la configuración espiritual de cada pueblo.

J. E. G.

## 5. Derecho sucesorio

**CARDONA GORAL, Luis:** "La institución hereditaria en favor de los "nondum concepti". La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; págs. 13-26.

En este estudio el Sr. Cardona analiza sucesivamente:

1.º La naturaleza filosóficojurídica del "nondum concepti". Los "nondum concepti" son esperanzas jurídicas que tienen como soporte la voluntad de otro. No existen en sí, sino que deben su ser jurídico a la voluntad del disponente, y en esa voluntad formalmente expresada radica la posibilidad de mantener expectativas jurídicas a su favor.

2.º El reflejo de los "nondum concepti" en la voluntad del disponente. La regulación sucesoria de carácter voluntario tiene un aspecto estatutario que es preciso reconocer, en tanto no contradiga los preceptos del Derecho imperativo. La voluntad del testador puede crear expectativas jurídicas en favor de posibles personalidades futuras: el ser futuro actúa como condición de la afirmación o extinción de las perspectivas creadas.

3.º La virtualidad de las expectativas atribuidas al no concebido por la institución. Del artículo 781 del Código civil se desprende la posibilidad de que alcancen eficacia las disposiciones en favor de los no concebidos. Cabe, sin embargo, distinguir tres supuestos:

a) El "nondum concepti" es instituído heredero único: entonces se entiende hecho un llamamiento a favor de los herederos abintestato, sometido a condición resolutoria.

b) Es llamado conjuntamente con otros, de existencia actual: entonces se establecerá una reserva en su favor o se entenderá existente una situación de preterición, según los casos.

c) Es llamado como sucesor de los herederos actuales: este caso está perfectamente delimitado en las Leyes.

Termina el artículo con un detenido estudio acerca de la regulación del Código civil italiano sobre los "nascituri".

J. A. P.

**MAS ALUJA, Pascual:** "La asociación de compras y mejoras y el legado de cosa ajena al testador". La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; págs. 237-241.

El desconocimiento de los efectos de la asociación de compras y mejoras da lugar a considerables dificultades prácticas, especialmente en el caso de no haberse practicado la liquidación en el momento oportuno. En un testamento puede aparecer una cláusula de legado de cosa que no pertenece sino en parte al testador—contra la creencia de éste—e incluso de

la que no puede disponer en absoluto, por no haberse practicado todavía la liquidación de la sociedad y corresponderle sobre ella solamente unos derechos expectantes. En el primero de estos supuestos corresponde tan sólo al legatario, según el Sr. Mas Aluja, la parte de la cosa, propiedad del testador. En el segundo caso, como el primogénito de éste ha pasado a ser titular de todos los derechos y obligaciones de la antigua asociación, nos encontramos ante un legado de cosa propia del heredero.

J. A. P.

## II. Derecho mercantil

### I. Parte general

**LANGLE, Emilio:** "Las directrices fundamentales del Derecho mercantil". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 9, 1947; págs. 317-394.

Critica la concesión de Heck por quedarse a mitad del camino, y la de Gordon, en cuanto al Derecho mercantil, sigue siendo entre nosotros Derecho privado. Opone a la concepción del Derecho mercantil como Derecho regulador de las empresas numerosas objeciones: falta de originalidad; ir contra el curso de los hechos; no convenir negar al comerciante ocasional el carácter de comerciante; se ha acudido a un criterio formal, y a pesar de ello se ha dejado fuera al Derecho cambiario; la creación de núcleos patrimoniales autónomos y la limitación de responsabilidad va contra los principios fundamentales de nuestro Derecho privado; llevar al ocaso al Derecho mercantil privado; falta de un concepto de empresa y tener ésta sólo categoría de objeto; suponer la escisión de la unidad del Derecho privado; no ajustarse el Derecho mercantil español en modo alguno al molde de la empresa...

Admite que el Derecho mercantil es una categoría histórica, lo que explica la separación del civil; inclina a dudar de la perpetuidad de su existencia. y permite una diversidad de grados en su autonomía, según época y lugar.

E. V. y T.

### 2. Sociedades

**BOTER, F.:** "Anónimas unipersonales". *Revista de Derecho Privado*, 358, 1947; págs. 31-39.

Se trata de una defensa del criterio sustentado por la Resolución de la Dirección General de los Registros de 11 de abril de 1945, según la que no constituye causa de disolución de una anónima la reunión en una sola mano de todas las acciones de la misma. Parte de las diferencias existentes entre las "sociedades de personas" y las "sociedades de capitales", y afirma la posibilidad de que todas las acciones vayan a parar a manos de un solo accionista, sin que por ello se altere la situación o posición de la

persona jurídica constituida por la sociedad, ya que no es necesario el mantenimiento de la concurrencia de las dos o más personas físicas, imprescindibles para su constitución, para la "subsistencia" de la anónima. Niega que la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1891 sea un obstáculo para el mantenimiento de su tesis, puesto que el problema planteado en el pleito que aquélla dirimió se refería a una colectiva. Al enfrentarse con las dificultades opuestas por la doctrina a su tesis, se plantea la cuestión de fondo de si es lícito que un comerciante individual, en contra del artículo 1.911 del Código civil, se proponga limitar su responsabilidad. Aduce en pro de su tesis la tendencia favorable a la limitación de responsabilidad que parece reflejarse en algunos artículos del Código civil, y afirma que la Real Orden de 12 de junio de 1925 es un paso hacia el reconocimiento de las "anónimas unipersonales".

E. V. y T.

**CLARET, Pompeyo: "Escritura fundacional de la Sociedad anónima".**

**La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 1947, primer trimestre; págs. 6-12.**

La escritura fundacional o contrato base de la Sociedad crea ésta, pero no su personalidad jurídica. Tiene un doble contenido: la constitución formal de la Sociedad, que determina el régimen de aportaciones y pago de las acciones o participaciones en el capital social, y el Estatuto u ordenación fundamental de la Sociedad. El Código de Comercio confunde ambos elementos, pero se distinguen claramente.

Requisitos legales para la constitución e inscripción de la Sociedad son los establecidos en el Código civil para todo contrato y los especialmente determinados en el Código de Comercio y Registro Mercantil. Además, en ciertas ocasiones, se requiere licencia previa para la constitución de la Sociedad. A todas estas cuestiones presta atención en su artículo el Sr. Claret.

J. A. P.

**CLARET, Pompeyo: "Nulidad de la Sociedad anónima". *Revista General de Derecho*, 29, 1947; págs. 76-78.**

Si bien la Sociedad anónima que se constituye contrariando los requisitos exigidos por la Ley es nula, no ocurre lo mismo si en una cláusula de los Estatutos se infringe una disposición legal, la cual se tiene por no puesta; sin embargo, hay prescripciones de la Ley cuya infracción puede llevar a la nulidad total de la Sociedad.

Resuelve las consecuencias de la declaración de nulidad de la Sociedad anónima en el mismo sentido que la jurisprudencia y doctrina francesa, esto es, que la declaración de nulidad no tiene efecto retroactivo. La nulidad de la Sociedad anónima no tiene lugar de pleno derecho; debe ser reclamada por un accionista o acreedor y comienza en la fecha de la sentencia que la declara; la demanda se formula contra el representante actual de la Sociedad, siendo responsables—incluso penalmente—los fundadores y en especial los administradores.

I. H. C.

CLARET, Pompeyo: "Los otorgantes de la escritura fundacional de la Sociedad anónima". *Revista General de Derecho*, 33, 1947; páginas 322-330.

Distingue entre la capacidad exigible a un socio fundador y la de un suscriptor de acciones. Para dilucidar—dice—con exactitud la capacidad necesaria para actuar como fundador de una Sociedad anónima, el problema básico es determinar si la fundación de la tal Sociedad constituye o no un acto de comercio, pues de constituirlo se requerirá la capacidad legal necesaria para ejercer el comercio.

Ya en este terreno, considera como un acto de comercio la fundación de una Sociedad anónima, y examina las demás incapacidades para actuar como fundador de una Sociedad anónima, citando:

- a) Incapacidad por razón de edad; menor de veintiún años.
- b) Incapacidad por razón de sexo; cuando no tiene la autorización expresa o tácita del marido en los casos en que se requiera.
- c) Incapacidad por razón del estado mental: interdictos y quebrados.
- d) Pródigos; aunque haciéndolo dependen de la sentencia que declare la prodigalidad que determina los actos prohibidos al incapacitado.
- e) Extranjeros: la capacidad que se les exige en su país, si bien con las limitaciones de la Ley de 24 de noviembre de 1939.
- f) Prohibiciones: las recogidas en el Código de Comercio (art. 14) y Código penal (arts. 41 y 42). En cuanto al número de otorgantes necesarios, se pronuncia—basándose en los artículos 1.254 y 1.665 del Código civil y 116 y 151 del Código de Comercio—por un mínimo de dos.

Admite la capacidad de las personas jurídicas como otorgantes, siempre que lo permitan sus Estatutos y firmen la escritura sus representantes legales.

J. H. C.

GARRIGUES, Joaquín: "Formas sociales de uniones de Empresas". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 7, 1947; págs. 50-75.

Reserva la denominación de "uniones o agrupaciones de Empresas" para aquellos supuestos en que las Sociedades se agrupan con fines de concentración sin pérdida de su personalidad jurídica, aunque siempre con mengua de su independencia económica. Desde un punto de vista económico, las clasifica en verticales y horizontales. Dentro del campo jurídico hace una clasificación utilizando dos puntos de vista paralelos: el de coordinación o subordinación y el de la naturaleza real u obligacional de la vinculación. Cita entre las formas sociales de uniones de Empresas: los *Cartels* o Sindicatos, los *Trust*, las Sociedades de cartera y la Sociedad filial. En el supuesto de la sumisión de una Sociedad a otra, critica, por su contradicción con la realidad, la "teoría de la identidad", admitiendo relaciones contractuales entre ambas Sociedades, puesto que la dependencia económica no se traduce en una falta de independencia jurídica. Afirma que ni la Sociedad madre responde de las deudas de la filial ni ésta de las de aquélla; pero si se demuestra que la Sociedad dominada constituye una mera apariencia de Sociedad, los Tribunales tendrán que salvar los obstáculos jurí-

dicos formales estableciendo la comunicación de responsabilidad entre ambas Sociedades. En el caso de intervención de la Sociedad madre en las Juntas generales de la filial, si ésta es una verdadera filial, no podrá tener un interés contrapuesto al de la Sociedad fundadora; pero si se trata de una Sociedad ya en funciones, surge el conflicto de intereses y cabe defender a la Sociedad dominada contra el abuso de la mayoría.

E. V. y T.

**LARRAZ, José:** "El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 7, 1947; págs. 7-50.

En el caso de división dominical del título, la facultad de asistir y votar en las Juntas generales corresponde al usufructuario, quien percibirá además los dividendos contra beneficios sociales y los dividendos contra reservas, con la obligación de salvar la sustancia consumida por tal fructuación en determinados casos. Para determinar quién tenga que satisfacer los dividendos pasivos, los considera impensas, y, acudiendo por analogía al Código civil, los asigna al nudo propietario. Apunta las razones del derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas, y afirma que la totalidad del precio de venta del derecho de preferencia se rige por la división dominical. En el caso de sustitución fideicomisaria, todos los derechos y obligaciones atribuidos al usufructuario corresponden al fiduciario, más el derecho al abono de mejoras y menos la prestación de fianza. Aplica la doctrina expuesta al depósito bancario y propugna la necesidad de un convenio interbancario que fije las normas generales de los depósitos bancarios de títulos gravados con usufructo o sustitución fideicomisaria. En el caso de títulos acciones comprendidos en el artículo 510, cuando ni el nudo propietario ni el usufructuario desembolsan el dividendo pasivo, ve la mejor manera de evitar una anulación del título en enajenar previamente la acción liberada, fundando en el pacto de los partícipes lo que no deriva del estricto ordenamiento de la desmembración dominical.

E. V. y T.

**NAVAS, José María:** "Esquema legal de las Sociedades inmobiliarias". *Revista General de Derecho*, 32, 1947; págs. 264-270.

La revalorización experimentada últimamente por la propiedad territorial, junto con los complejos problemas que plantea la construcción—insolubles, las más de las veces, por un solo individuo—, han sido causa del auge alcanzado por las Sociedades inmobiliarias. Ello, unido al problema de la vivienda, ha hecho pensar al legislador en la conveniencia de ofrecer un cuadro de exenciones tributarias a estas Sociedades.

El autor traza un acabado esquema de las disposiciones que las regulan, disposiciones que se inician en el artículo 38 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, seguido de una serie de disposiciones que han logrado, por un lado, movilizar la propiedad inmueble y facilitar la inversión del pequeño capital en el fomento de la construcción, porque, en efecto, aquélla ha visto eliminado el fantasma de los tributos, y éste en-

cuentra acceso a un sector al que, por el coste elevado, no podían llegar las fortunas modestas.

J. H. C.

**TRIAS DE BES, F.:** "Los consorcios de industriales: notas para el estudio de las inteligencias entre Empresas". *Revista de Derecho Privado*, 360, 1947; págs. 153-163.

Según el vínculo de Derecho adoptado para su constitución, distingue las agrupaciones nacidas de un lazo meramente sindical, de las uniones creadas por un contrato libremente concertado, distinguiendo a su vez, dentro de este grupo, el caso en que las Empresas agrupadas conservan su independencia jurídica ("grupo comercial", "cartel" y "concerno") del supuesto en que se opera una pérdida de dicha independencia ("trust"). En un tercer grupo se incluyen las uniones de Empresas mediante participación, especialmente la "Holding Company" en sus diversas modalidades, tales como las Sociedades de cartera, de control y de financiación. Afirma que a pesar del mediocre clima industrial de España, en los últimos años se han producido modificaciones económicas que han hecho posible el nacimiento de algunas de éstas instituciones. Cree que los consorcios son lícitos y admisibles, aun cuando la Ley de 6 de diciembre de 1940 disponga que las distintas fases del proceso económico están ordenadas a través del régimen de Sindicatos. En cuanto a su naturaleza jurídica, descarta las fórmulas de la "asociación", en cuanto pueden no darse los elementos esenciales de la misma y del "sindicato", por su vaguedad, y afirma el carácter "sui generis" de la institución, que participa a la vez de la naturaleza jurídica de varias figuras. Termina el estudio resumiendo los resultados que pueden esperarse de los consorcios en la actual ordenación económica.

E. V. y T.

### 3. Obligaciones y contratos

**BORREL, A.:** "Efectos de la fianza relacionados con la retroacción de la quiebra". *Revista de Derecho Privado*, 361, 1947; págs. 272-283.

¿Qué fuerza y eficacia tiene la fianza cuando a la obligación por ella garantizada le afecte la retroactividad de la quiebra? Para aclarar este punto el autor examina la reglamentación legal de la quiebra y de la fianza a la luz de la investigación histórica, la doctrina y la jurisprudencia, deteniéndose especialmente en el precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 1.824 del Código civil y en la confusa doctrina elaborada en torno a los conceptos de inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión, llegando a la conclusión de que existe una diferencia fundamental entre la incapacidad del quebrado y la del menor de edad, con la consecuencia práctica de que si la obligación asumida por el futuro quebrado, durante el período de retroacción de su quiebra, es nula, también lo será la fianza que garantiza su cumplimiento.

E. V. y T.

**GARRIGUES, Joaquín:** "La prueba de preexistencia en el seguro contra incendios". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 9, 1947; páginas 445-453.

Las cláusulas sobre preexistencia del objeto del seguro habían creado un estado de incertidumbre e inseguridad al que ha venido a poner remedio la Junta Consultiva de Seguros, al proponer una cláusula consistente en completar el artículo 390 del Código de Comercio con lo siguiente: "No constituirán (esas designaciones y valoraciones contenidas en la póliza) por sí solas prueba de la existencia de los objetos asegurados en el momento y en el local en que ocurra el incendio, sino que crearán una presunción a favor del asegurado, cuando razonablemente pueda admitirse la dificultad en aportar pruebas razonables." Afirma que el sentido de esta cláusula es el siguiente: por ella el asegurador se compromete de antemano a admitir la preexistencia de las cosas aseguradas por el solo hecho de estar designadas en la póliza, cuando el asegurado tenga alguna dificultad razonable para aportar otras pruebas; que el asegurador se compromete a no exigir otras pruebas distintas, como las facturas, cuentas, libros, etc.; que el asegurador se compromete a admitir, "en principio", la buena fe del asegurado. Claro que no renuncia por ello a la prueba en contrario, y que puede demostrar que el asegurado ha trasladado del local las cosas, que las ha vendido, que han sido robadas, etc.

E. V. y T.

**RODRIGUEZ-VILLAMIL, José María:** "Los contratos privados sobre mercaderías". *Revista General de Derecho*, 31, 1947; págs. 207-209.

El Tribunal Económico Administrativo Central, en su resolución del 20 de marzo de 1945, llega a la conclusión de que la exención de los contratos de mercaderías celebrados por correspondencia, especificados en el número 8.º del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1941, hace referencia a las compraventas que en el uso mercantil es corriente celebrar por carta, y no a aquellos otros que, aun celebrados en esta forma, tienen otras características, como son las de someterse las partes contratantes a unas condiciones generales y especiales que se dan por conocidas y que no se especifican.

Después de estudiar los antecedentes del caso concreto, pone de manifiesto el criterio restrictivo que anima la resolución, lo cual da lugar a que se reduzca considerablemente el área de la exención al exigirse que la correspondencia generadora del contrato se limite al mero pedido de géneros, como sinónimo de mercaderías, y que el vendedor esté matriculado.

J. H. C.

**ROLDAN, E.:** "La legislación española referente al contrato de transporte ferroviario está necesitada de reforma". *Revista General de Derecho*, 30, 1947; págs. 130-133.

Fundándose en la antigüedad y profusión de la legislación ferroviaria española, se pronuncia por su urgente reforma, que debe tener en cuen-

ta: la conveniencia de coordinar los diferentes medios de transporte para lograr comodidad y celeridad, reducir al máximo los accidentes y al mínimo el cobro de lo indebido.

Después de estos principios generales, se ocupa de la responsabilidad de los porteadores respecto a las pérdidas o averías de los bultos que los viajeros llevan a mano al viajar.

Señala la laguna que en esta materia presentan las disposiciones vigentes, ya que ni la Real Orden de 12 de noviembre de 1862, ni el Reglamento para la aplicación de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 8 de septiembre de 1878, ni el Código de Comercio vigente y ni siquiera las condiciones para el transporte aprobadas por Decreto de 14 de diciembre de 1945, hacen referencia a esta materia; de esta forma, dice, puede darse el caso de que al ocurrir un accidente del que "oficialmente quede declarada responsable la Empresa porteadora" y en el que se perdiesen o averiasen los objetos llevados a mano por el viajero, se considerare a la Empresa exenta de responsabilidad por esta pérdida, cuando es consecuencia inmediata del accidente.

Propugna soluciones concretas, entre las que cita: Derecho del viajero a llevar, gratuitamente, equipaje que reúna ciertas condiciones; la vigilancia corresponde al viajero; la Empresa porteadora responderá de los mismos desde que el tren se pusiese en movimiento, y que la indemnización no pueda exceder de mil pesetas.

J. H. C.

**URIA, Rodrigo:** "El seguro privado español en 1946". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 7, 1947; págs. 83-88.

El seguro privado español, dice el Prof. Uria, ya en plena madurez, atravesó el pasado año un período de calma y consolidación de las conquistas anteriores, quizá precursor de nuevas y necesarias reformas. Tras la intensa labor creadora de años anteriores, el panorama legal del seguro privado español no ha sufrido alteraciones importantes a lo largo del año 1946.

Entre estas alteraciones enumera las producidas en materia de reservas (Orden de 6 de febrero, Decreto de 10 de mayo y las dos Ordenes de 25 de junio). Destaca como acontecimiento importante la Orden de la Dirección General de Seguros de 13 de marzo, que aprobó la "Póliza Uniforme Obligatoria para el Seguro Voluntario de Enfermedad", redactada por el Grupo V. del S. N. del Seguro, a la que saluda como primera manifestación de la tarea unificadora que en beneficio del seguro privado está realizando el Sindicato, señalando su contenido y características.

E. V. y T.

#### 4. Derecho marítimo y aéreo

**CASTRO-RIAL, B. J.:** "El transporte aéreo". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 8, 1947; págs. 175-249.

Critica la equiparación de los criterios y soluciones del Derecho aéreo a los del Derecho marítimo, afirmando que sólo tienen de común algunas reglas referentes a los métodos de navegación. Destaca la importancia de la Convención de Varsovia de 1929, ratificada por España, y en vista de su artículo 1.º, se plantea el problema de si será aplicable a un piloto "amateur" que consiente en transportar una persona a condición de que pague parte del coste del combustible, estimando que habrá que analizarse si el abono del combustible supone para el porteador lucro o sólo debe considerarse como una compensación. Entre los títulos de transporte estudia el billete de pasaje, el boletín de equipaje y la carta de porte aéreo, afirmando que ésta no tiene semejanza alguna con el conocimiento de embarque. Estima que el porteador, en el caso de daños causados por un accidente debido a un defecto inherente a la aeronave, quedará exento de responsabilidad si acredita que la aeronave está provista de un certificado de navegabilidad y que ha ejercido una cuidadosa vigilancia sobre el funcionamiento y el buen estado del aparato. En cuanto a las cláusulas de exoneración de responsabilidad, apunta el carácter rígido del artículo 22, y, respecto a los transportes combinados, apunta que sólo el tráfico aéreo ferroviario ha sido objeto de un Acuerdo general, cuyo texto definitivo fué aprobado en 1932.

E. V. y T.

**QUIROS, Guillermo R.:** "En torno a la extinción de la copropiedad naval". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 8, 1947; págs. 273-278.

Es un estudio en torno a los problemas que plantea la aplicación de los artículos 589 y 592 del Código de Comercio, en el que, partiendo de la premisa de que la interpretación histórica nos permitirá penetrar en la entraña de los preceptos del Código de Comercio, se estudian los precedentes legislativos, en los que se ve prevalecer el principio de la voluntad de la mayoría. Apunta la diferencia fundamental existente entre la reglamentación de la comunidad terrestre, en que cualquier comunero puede provocar la disolución y el condominio naval, en el que es la mayoría de partícipes la que decide por sí sobre la disolución de la Sociedad. En vista de lo cual, en el caso práctico que se plantea de una desigual coparticipación de dos Sociedades mercantiles en la propiedad de un buque mercante, afirma que la Sociedad mayor partícipe, puede por sí misma, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 2.048 de la L. E. C., instar la venta en pública subasta de la nave, sin que al Juez le quepa otra posibilidad, con arreglo a los preceptos invocados del Código de Comercio y

de la Ley procesal civil, que decidir si los documentos que han de acompañarse a la solicitud acreditan o no la facultad de disposición sobre la nave.

E. V. y T.

## 5. Varios

**ARRILLAGA, J. I.:** "Resumen legislativo" (Banca), enero-junio. *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 9, 1947; págs. 427-432.

Es una glosa de la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 y de las disposiciones posteriores dictadas para aplicarla, entre las que cita la Orden de 5 de febrero de 1947 sobre la designación de los representantes de Bancos y banqueros en el Consejo Superior Bancario; la de 12 de marzo de 1947, reguladora de la inscripción de Bancos y banqueros en el Registro; la de 23 de abril de 1947, referente a la formación de estadística de la Banca operante en España, y el Decreto de 6 de junio de 1947, que aprobó la reforma de los Estatutos del Banco Hipotecario de España.

E. V. y T.

**VILASECA MARCET, José María:** "Los problemas de la liquidez bancaria". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. III, 9, 1947; págs. 395-423.

Define en términos generales la liquidez bancaria como "aquella determinada composición del activo de un Banco que le permite hacer frente en cualquier momento a sus exigibilidades pasivas en moneda legal, habida cuenta de la organización económica y jurídica del país", y clasifica los activos bancarios, atendiendo a su liquidez, en: Caja, cartera comercial, cartera de valores, créditos e inmovilizaciones. Distingue dos clases de activos líquidos: unos, que lo son por sí mismos o como si lo fueran, y otros que tan sólo obtienen su liquidez a través de una operación de transformación de valores realizada por intermedio del Banco Central, y cree que a los efectos de la liquidez de un Banco determinado, tan sólo pueden ser computadas las partidas de su caja y el papel redescontable o valores pignorable que posea en cartera. Apunta el desplazamiento del peso de la liquidez de la autónoma a la derivada, por la intervención de los Bancos Centrales, que sujetan a su voluntad los Bancos comerciales. La liquidez tiene que tener en cuenta las situaciones anormales que pueden afectar a una sola institución bancaria o a todo el sistema bancario nacional, en cuyo caso la solución sólo puede provenir de una inteligente actuación del Banco Central. No pudiéndose dejar en manos de la dirección ni de los accionistas de un Banco la responsabilidad del mantenimiento de las debidas condiciones de liquidez, estudia los sistemas que se han seguido: francés, el del encaje mínimo, el del seguro de los depósitos y el de la garantía estatal de los depósitos.

E. V. y T.

### III. Derecho procesal

#### 1. Parte general

**CUASIMODO:** "Las cuestiones de competencia entre órganos judiciales de diferente grado en la jerarquía judicial". *Revista General de Derecho*, 31, 1947; págs. 210-214.

De polémico se puede tildar el trabajo; su autor trata de justificar la tesis que mantuvo en el número de la propia *Revista*, correspondiente a septiembre de 1946, frente a la sostenida por el Profesor Guasp en el número de enero de 1947. En base a una exégesis de los preceptos legales y de la doctrina del Tribunal Supremo, llega a la conclusión de que la Sala Primera de dicho Alto Tribunal no admite el supuesto de cuestiones de competencia por inhibitoria entre órganos judiciales de distinto grado.

J. H. C.

**ELIAS, Raúl de:** "La protección de los derechos minoritarios y su aspecto procesal". *Boletín de Información jurídica de la Comisión de Legislación Extranjera del Ministerio de Justicia*, 45, 1947; págs. 68-75.

La organización democrática de la Sociedad anónima, a semejanza del Estado liberal, y el imperio de la voluntad general para adoptar los acuerdos, que sólo garantiza debidamente los derechos de la mayoría, deja a los socios que no concurrieron a formar ésta sin la adecuada protección jurídica, para evitar lo cual se permite en algunos países que los presuntos perjudicados puedan recurrir, contra los acuerdos de los dirigentes de la Compañía, ante los Tribunales de Justicia.

Este interesante tema es estudiado por el autor en la legislación comparada, la cual muestra una eficaz protección procesal de los socios disidentes en el Código de las Obligaciones suizo, en el Código de Comercio alemán y en la Ley especial germánica de 1937, así como en el ordenamiento jurídico norteamericano, en tanto que no aparecen debidamente protegidos aquéllos en la legislación francesa, ni tampoco en el Derecho positivo español, que debe ser modificado en este punto, según se indica en el trabajo, siguiendo las orientaciones de la moderna técnica alemana.

P. M. V.

**GORDILLO, Manuel:** "La incapacidad procesal por demencia del querellante". *Revista de Derecho Procesal*, año III, número 1; págs. 7-26.

Destaca el interés del tema en el campo del Derecho civil que provoca mayores problemas cuando es alegada en el proceso penal. Examina el autor la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, formulando como conclusiones que la alegación de incapacidad del querellante debe de ser formulada ante el propio Tribunal de lo penal que entiende en el pro-

ceso, y aunque deba ser planteado como cuestión prejudicial, puede el Tribunal declararla de oficio; están legitimados activamente todos aquellos que estén personados; su tramitación ha de ser la de las cuestiones prejudiciales no devolutivas, y al ser acreditada impide la continuación si se trata de delito privado, mientras que en los públicos sólo produce el efecto de privar de intervenir en quien concurre la falta de capacidad.

A. V. S. de H.

**GUASP, Jaime:** "Cuestiones de competencia entre órganos judiciales de grado desigual". *Revista General de Derecho*, 28, 1947; págs. 15-18.

El autor de los magníficos Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento civil—en curso de publicación—en un artículo de evidente matiz polémico e interés indudable señala cómo la Ley de Enjuiciamiento civil no alude directamente al problema que se plantea cuando discuten órganos de jerarquía distinta, pero también de diferente circunscripción territorial. Cuando la duda es estrictamente jerárquica, resuelve la cuestión el artículo 81 y siguientes del texto legal; cuando la duda es de carácter territorial, el problema se dirime, en virtud de lo dispuesto en los artículos 72 y siguientes, sobre cuestiones de competencia por inhibitoria o por declinatoria. ¿Qué artículo será el aplicable en el caso de que la competencia se refiera a ambos extremos? Tras de demostrar, prolijamente, la inaplicabilidad del artículo 81 de la Ley de Enjuiciamiento civil apoyando su tesis en los Comentarios de Manresa y combatiendo la opinión contraria<sup>1</sup>, basada en el pretendido *principio general de la disciplina*; por último, estima fundadamente que la jerarquía se refiere exclusivamente a motivos gubernativos o administrativos, que no afectan para nada al fondo ni a la forma de los asuntos litigiosos, pues de aceptar la opinión combatida se llegaría al resultado absurdo de que un Juez de Primera Instancia, que fallaba cierto asunto contra la jurisprudencia constante de la Audiencia, cometía un acto de desobediencia jerárquica.

Aporta en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1943, en virtud de la cual, "en materia de competencia, como de orden público que es, no cabe la interpretación extensiva, sino restrictiva".

Termina estimando que la aplicación del artículo 72 y siguientes de la Ley Rituaria resulta justificada por los preceptos legales, por los principios generales del Derecho, por la jurisprudencia y por la doctrina científica.

J. H. C.

**GUTIERREZ ALVIZ, Faustino:** "En torno al pacto sobre costas en nuestro sistema procesal civil". *Revista de Derecho Procesal*, año III, número II; págs. 189-197.

Estudia el concepto de costas y la convención o cláusula sobre su pago. Este pacto es lícito, sin que pueda utilizarse cuando se ha regulado legal-

1. Vide. CUASIMODO "Cuestiones de competencia en relación con la Justicia Municipal y Comarcal". *Revista general de Derecho*. Septiembre 1946.

mente su imposición, detallándose en el trabajo los casos en que esto ocurre.

La concesión sobre costas tiene el valor de Ley privada; es título para la posterior condena; vincula al Tribunal sentenciador; altera el usual criterio de los Tribunales, pero deja subsistentes sus facultades para la imposición de costas por los motivos distintos a los previstos por las partes. En cuanto a su cuantía, la tasación marcará el alcance pecuniario.

La infracción del pacto sobre costas es causa para un recurso de casación.

A. V. S. de H.

**HERCE QUEMADA, Vicente:** "La competencia de los órganos de la Justicia Municipal". *Revista General de Derecho*, 29, 1947; págs. 66-75.

Sistematiza su trabajo dividiéndolo en tres capítulos. En el primero, disposiciones generales, señala cómo la Ley de Bases de 1944 no contiene disposición alguna en materia de competencia territorial, en el juicio verbal y en el proceso de cognición, cuyo silencio motivó la discusión, en torno a si era posible aplicar al nuevo proceso de cognición la Ley de 21 de mayo de 1936; la opinión favorable iniciada por el Tribunal Supremo ha quedado definitivamente sentada por el artículo 2.º del Decreto de 24 de enero de 1947.

El citado Decreto ha resuelto igualmente las dudas que se planteaban en orden a la determinación de la cuantía, como base de la competencia, y a la competencia territorial en materia criminal.

En los dos últimos capítulos, destinados al estudio de la competencia de los Juzgados de Paz y a la competencia de los Juzgados Municipales y Comarcales, concuerda cuidadosamente los preceptos de la Ley de 1944 con el Decreto de 24 de enero de 1947.

J. H. C.

**LOIS ESTEVEZ, José:** "La reconvencción implícita desde el principio de adquisición procesal". *Revista de Derecho Procesal*, año III, número 2; páginas 217-238.

La práctica presenta muchas veces el caso de reconvencción que sin formulación expresa aparece como una pretensión del demandado. La elaboración de los principios jurisprudenciales, depurándolos a la luz de fundamentos científicos, es la finalidad de este artículo.

El concepto de la reconvencción implícita, la determinación de su admisibilidad y la influencia que ejercen los principios de contradicción y adquisición procesal, conducen al autor a la conclusión de su admisión en el juicio ordinario de mayor cuantía, pero no en el de menor cuantía, porque provocaría la indefensión del demandado.

A. V. S. de H.

**POLAINO, L.:** "La reconvencción contra el demandante y otra persona". *Revista de Derecho Procesal*, año III, número 1; págs. 27-48.

La solución a este problema se resuelve, desde el punto de vista de la Ley de Enjuiciamiento civil, afirmativamente en base del artículo 542, sin que pueda objetarse la necesidad del acto de conciliación, por no ser

necesario (excepción segunda del artículo 46<sup>o</sup>) y poder celebrarse después (artículo 462, último párrafo).

Según la jurisprudencia, también cabe la reconvencción cuando se trate de *litis consortes* necesarios, citándose en su apoyo las sentencias de 30 de abril de 1934, 29 de noviembre de 1890, 3 de diciembre de 1907, 8 de julio de 1902 y 21 de febrero de 1928.

Desde el punto de vista de la doctrina científica procesal, sostiene el autor que no cabe la menor duda de que debe admitirse la reconvencción contra el hipotético tercero.

A. V. S. de H.

**RODRIGUEZ VALCARCEL, Francisco:** "Terminación del proceso por desistimiento del actor". *Revista de Derecho Procesal*, año I, número 1; páginas 49-55.

Pone de relieve el confusionismo existente en la práctica entre la renuncia y el desistimiento. La primera, reconocida en el ordenamiento jurídico como principio general, supone la pérdida total del derecho; el desistimiento se detiene en el marco del proceso y exige para su reconocimiento un examen que el autor razona en propios argumentos. El Juez, ante una petición confusa, debe requerir al actor para que manifieste si renuncia a la acción o al proceso.

La capacidad debe ser plena para desistir de la acción; el poder, especial, y, en su defecto, ratificación del interesado. En el desistimiento del proceso se precisa igual capacidad; el poder es bastante, aunque sea general, con la expresa manifestación que obra en virtud de órdenes concretas de su cliente, aunque no huelga la ratificación de éste.

La resolución debe revestir la forma de auto, y no admite el desistimiento posteriores impugnaciones por causas extraprocesales.

A. V. S. de H.

**R. VALCARCEL, Francisco:** "Medidas cautelares". *Revista de Derecho Procesal*, año III, número 2; págs. 239-249.

Distingue entre medidas de aseguramiento formal y material, excluyendo de ellas las de aseguramiento de la prueba; examinando los embargos preventivos y sus requisitos desde el lado del solicitante, por el lado del Juez y por el del deudor, y dentro de ellos, como embargos especiales, el surgido en caso de rebeldía y el derivado de sentencia firme de desahucio para asegurar el pago de rentas. Aparte de los embargos se recogen las medidas de aseguramiento, haciendo observaciones sobre ellas en los diferentes casos de obligaciones de hacer, no hacer y en las de entregar cosas específicas.

A. V. S. de H.

**VENTURA-TRAVERSESET Y GONZALEZ, Antonio:** "La identificación de fincas ante el Derecho procesal". *Revista General de Derecho*, 30, 1947; páginas 142-145.

La no concordancia entre Registro y realidad crea, según el autor, difíciles problemas al profesional del Derecho cuando tiene—como fase previa de la acción a ejercitar—que identificar la finca.

Advierte cómo los datos que identifican las fincas son equívocos y la tendencia que esta identificación tiene en dos situaciones concretas: ejercicio de una acción reivindicatoria y el caso en que se pide la anotación de embargo de determinados bienes, cuya inscripción, con descripción distinta, se dude si existe o no en el Registro.

El letrado debe pedir un examen de todo lo detallado en el Registro, facilitando al registrador todos aquellos datos que posea, aun los de carácter particular. La omisión de esta diligencia por parte del abogado y la creación de una situación registral contradictoria crea una situación compleja, al decir de la resolución de 30 de noviembre de 1874, que deben decidir los Tribunales de Justicia.

Da fin a su trabajo con doce conclusiones prácticas para la mejor identificación de las fincas.

J. H. C.

## 2. Ejecución forzosa

**CERES, L.:** “¿Se puede en la actualidad despachar la ejecución por cantidad inferior a mil pesetas?” *Revista de Derecho Privado*, año XXXI; páginas 39-41.

La cuestión suscitada por la Ley de Bases de la Justicia Municipal la resuelve el autor negativamente con argumentos convincentes.

A. V. S. de H.

**COMELLAS SALMERON, Manuel:** “La necesidad del propietario de ocupar la vivienda como causa de desahucio”. *Revista de Derecho Procesal*, año III, número 2; págs. 199-215.

Con el propósito de destacar algunos de los problemas procesales se inicia el trabajo con los antecedentes históricos del tema.

La Ley actual de Arrendamientos establece presunciones sobre la necesidad de ocupar la vivienda, que son ampliaciones por analogía, porque hay que considerarlas como una enumeración a título de ejemplo.

La legitimación pasiva, establecida en el artículo 79 de la Ley, es estudiada, mostrándose varios problemas que plantea, así como los presupuestos para el ejercicio de la acción.

A. V. S. de H.

**LA REVISTA:** “El embargo preventivo y el moderno proceso de cognición”. *Revista General de Derecho*, 29, 1947; págs. 83-88.

El no referirse la Ley de Bases a la finalidad de asegurar de antemano el resultado del juicio para así hacer viable ese anhelo de conseguir una justicia rápida y segura, que propugna la exposición de motivos de la misma, da lugar a la vigencia de los artículos 1.357 y 1.402 de la Ley de Enjuiciamiento civil; cuida, por tanto de contemplar dichos artículos a través de la nueva organización de la Justicia Municipal; por ello, tras de ocuparse de una serie de cuestiones previas, se detiene en el examen de los requisitos del embargo preventivo y de las garantías exi-

gidas al acreedor, terminando por indicar el interés que tiene la solicitud de tales medidas cautelares y la necesidad—en evitación de denegaciones—de excesos al cumplimiento de los requisitos.

J. H. C.

**MONZON, Rafael:** “¿Procede el recurso de casación por infracción de ley extranjera?” *Revista General de Derecho*, 32, 1947; págs. 271-274.

Las Leyes extranjeras, con ciertas limitaciones, son aplicables en España; la duda surge cuando se pregunta si ¿es un derecho que el Juez debe investigar y conocer de oficio, o por el contrario, es un hecho que las partes deben probar? Expone la posición contradictoria de la doctrina en este punto, y cómo el rigor de la posición española, en principio favorable a considerar el derecho extranjero como una mera cuestión de hecho, ha sido suavizado por la sentencia de 16 de octubre de 1940, que en vez de mantener la pasividad del Juez en la comprobación de la norma extranjera aplicable quiere que coopere a la indagación de oficio, sin que, por lo tanto, recaiga toda la responsabilidad sobre el litigante.

Como medios de prueba se adhiere a la posición de Plaza, esto es, por cualquiera de los medios establecidos en la Ley, excepto la confesión en juicio.

En cuanto a la casación, estima que procede el recurso, no sólo por el cauce del núm. 7 del artículo 1.692, sino también al amparo del número 1 del mismo artículo.

J. H. C.

**UN TOGADO:** “Cuantía del título ejecutivo para que pueda despacharse la ejecución”. *Revista General de Derecho*, 29, 1947; págs. 79-82.

La finalidad práctica del trabajo, como dice el mismo autor, trata de proclamar si los artículos 715 y 1.435 de la Ley Procesal civil han sido o no derogados por lo dispuesto en la base 9.<sup>a</sup> de la Ley de 19 de julio de 1944 y Decreto (que la desarrolla) de 24 de enero de 1947. Examina los preámbulos de los respectivos textos, en uno de los cuales hace suya la opinión aparecida en el núm. 358 de la “Revista de Derecho Privado”, en el sentido de que la Ley de Bases no modifica, sino que confirma la doctrina de la Ley de Enjuiciamiento civil.

J. H. C.

### 3. Juicios concursales

**FERRER MARTIN, Daniel:** “¿Puede decretarse la intervención judicial de una industria al amparo del artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se reclama en juicio de reconocimiento de la cualidad de socio de una sociedad?” *Revista General de Derecho*, 33, 1947; páginas 341-344.

Partiendo de la base de la efectividad del derecho reconocido o declarado por la sentencia judicial, ante una conducta dolosa del adversario que—usando y abusando de la prolongación excesiva de los trámites pro-

cesales—se desposea de sus bienes, cita las distintas medidas de la Ley de Enjuiciamiento civil para evitarlo.

Concreta su estudio al aseguramiento de bienes litigiosos que recoge el artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento civil, refiriéndole al caso enunciado en el epígrafe del artículo; examina el concepto de sociedad, que dice goza de personalidad jurídica con autonomía patrimonial y una responsabilidad distinta de los socios, distinguiendo, por tanto, entre sociedad y socios.

Concluye afirmando que la propiedad de una industria, que puede ser objeto de una sociedad, corresponde a ésta; que la cualidad de socio no lleva consigo un derecho de copropiedad sobre la expresada industria, y que, por lo tanto, en el caso citado, no puede el socio pedir la intervención judicial de la administración de la industria por faltar uno de los requisitos del artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que no se ejercita una acción reivindicatoria, por no demandarse la propiedad de la industria, cuya propiedad pertenece a la sociedad y no al socio.

J. H. C.

## IV. Derecho notarial

**BURGOS BOSCH, Juan José:** “Elogio de un precepto y petición de otro”;

La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; páginas 41-43.

Redunda en prestigio de la institución notarial la disposición del nuevo Reglamento, según la cual el Notario debe dar a conocer su condición de tal, antes de que sean formuladas manifestaciones que deban figurar en acta notarial. Convendría completar este precepto con otro por el cual se estableciera la necesidad de informar al requerido respecto a sus obligaciones y derechos en orden a la necesidad de contestar al requerimiento y al plazo para hacerlo.

J. A. P.

**FERNANDEZ ANADON, Aurelio:** “La organización notarial alemana y la última guerra (traducción y comentario)”. La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; págs. 172-212.

En este trabajo, cuyo autor—una personalidad francesa—permanece en el anónimo, se analiza minuciosamente la R. N. O. (*Reichsnotar-Ordnung*) de 13 de febrero de 1937, por la cual se traspasan al Reich los servicios notariales (hasta entonces dependientes de las Administraciones regionales) y se codifica el Derecho notarial. El Notario aparece en ella ligado al Führer por una relación de Derecho público, aunque de carácter distinto a la de los restantes funcionarios; no desempeña, por tanto, un simple oficio. Para ser Notario se requieren dos pasantías: la de prueba, que dura un año, y la de aspirantazgo, que dura tres.

El artículo estudia sucesivamente las cuatro partes de la R. N. O., bajo

los epígrafes de: Función notarial, Colegios nacional y regionales, Inspección y disciplina y Disposiciones transitorias. Se refiere después a las disposiciones complementarias, a la reglamentación notarial en los países ocupados por Alemania (la R. N. O. se aplica en Austria y en Checoslovaquia—aquí sólo a los Notarios alemanes—) y a las Ordenanzas dictadas para Alemania durante la guerra.

Termina el artículo con unas páginas del Sr. Fernández Anadón, en las que analiza los principios hipotecarios germánicos, y estima que en ellos sobra ciencia y falta sentido común.

J. A. P.

## V. Varios

**NAVARRO, Fausto: "Derecho Privado y Derecho Fiscal". La Notaría, publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 82, 1947; págs. 213-236.**

Motivan la publicación de este trabajo una reciente sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central y un artículo del señor Bas y Ribas en la "Revista de Derecho Privado" (junio 1947). La sentencia citada constituye un nuevo y serio peligro para la institución del usufructo, una de las que más interesa conservar, porque asegura la cohesión familiar, la unidad de los patrimonios y la posición social del cónyuge viudo. El artículo del Sr. Bas y Ribas defiende la tesis de que la Ley fiscal debe marcar el sendero por donde camina el Derecho privado, al efecto de que éste "no estorbe".

Frente a esto, sostiene el Sr. Navarro que es la Ley civil la que casi siempre debe marcar el camino a seguir por la Ley fiscal. Sería inútil proclamar a la familia como puntal de la sociedad si las Leyes civiles facilitarían su disolución y las fiscales hicieran prohibitivas sus instituciones más dignificadoras. Es necesario, por ello, una simplificación y una mayor equidad en la regulación de los impuestos que gravan las sucesiones y la contratación.

J. A. P.



**RESOLUCIONES DE LA  
DIRECCION GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y  
DEL NOTARIADO**



# Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado <sup>1</sup>

## RESOLUCION DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1947

I.—El tracto sucesivo y las reservas hereditarias.—Abreviación del tracto.  
Procedimiento adecuado para acreditar la cualidad de reservatarios.

(B. O. del E. de 8 de octubre de 1947.)

A) Fallecido J. G. O. el 24 de junio de 1932, con testamento autorizado el 8 de octubre de 1931, legó a su esposa M. P. A. el tercio de libre disposición de sus bienes, encareciendo a sus herederos F., D. y G. que, para pago del mismo, se le adjudicara el usufructo de todos aquellos, entendiéndose legado a su esposa en pleno dominio el tercio de libre disposición, si por alguno se opusiere alguna dificultad a esta adjudicación en usufructo. Asimismo, instituye y nombra únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros y por partes iguales, a sus tres hijos legítimos anteriormente nombrados y a su esposa en la cuota usufructuaria que le asigna el Código civil.

Declarada M. P. A. heredera abintestato de su hijo G., por fallecimiento de éste y con la reserva establecida por el artículo 811 del Código civil, fallece a su vez, el 29 de noviembre de 1944, con testamento autorizado el 21 del mismo mes y año, en el que manifestaba que, en el momento de testar, vivían de su matrimonio con J. G. O., dos hijos llamados D. y F. que eran sus descendientes y herederos legítimos forzosos y a los cuales instituía y nombraba herederos universales de todos sus bienes, acciones y derechos, presentes y futuros.

Declarada una casa, como su único patrimonio hereditario, por D. y F., en escritura otorgada el 18 de diciembre de 1945, para evitar divisiones, el primero renunció y la segunda aceptó todos los derechos sucesorios que le correspondían por cualquier título en las herencias de sus padres y hermano fallecidos, quedando así como única y universal heredera de los mismos y solicitando, en su consecuencia, la inscripción a su favor del único inmueble que integraba la herencia.

Presentada en el Registro la anterior escritura causó la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los defectos, a saber: 1.º Falta de determinación de la herencia del hijo causante de la reserva y subsiguiente involucreción de la misma con la de sus padres. 2.º Falta de declaración de herederos del mismo a favor de sus hermanos, los reservatarios, una vez extinguida la reserva".

B) *La Dirección General acuerda declarar, con revocación del auto apelado, que la escritura calificada se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, en mérito de la siguiente doctrina:*

---

1. Se recogen las Resoluciones aparecidas en el *Boletín Oficial del Estado* correspondientes al último trimestre de 1947.

a) El principio de tracto sucesivo permite reflejar el completo historial jurídico de los inmuebles inscritos y exige que por cada acto dispositivo se verifique un asiento o inscripción separada que dará a conocer la clase de operación practicada, el título que la motiva, las circunstancias personales de los que intervienen en la relación y, en definitiva, cuantos requisitos exigen la Ley Hipotecaria y su Reglamento para la práctica de las distintas clases de asientos.

b) Esta regla que rige el desenvolvimiento del tracto sucesivo no se observa con todo rigor, porque en ocasiones, para evitar inscripciones formularias o transitorias, simplificar asientos que no interesan a terceros o cuando la previa inscripción no es requerida por ninguna necesidad hipotecaria, la doctrina admite que se puedan reflejar en un solo asiento las diversas transmisiones que hayan tenido lugar en la vida extrarregistral.

c) En el caso objeto del recurso, también existen diversas sucesiones que han venido acumulándose hasta recaer en el último heredero, quien al amparo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo final, puede pretender que se practique un solo asiento a su favor, siempre que en él se observe con la debida escrupulosidad el requisito exigido para tales especiales inscripciones, es decir, que se hagan constar las distintas transmisiones realizadas.

d) Esta especial aplicación del tracto sucesivo engendraría grave confusión en el orden registral, si el anterior requisito no quedara observado convenientemente, y por ello es necesario poner de relieve las especiales circunstancias que concurren en el caso discutido que son las siguientes: 1.<sup>a</sup>) al fallecer J. G. O. se originó con arreglo a su testamento una disposición a favor de su viuda por la cuota legal y el legado en usufructo del tercio de libre disposición, siendo instituidos en el remate herederos, sus hijos, por terceras e iguales partes; 2.<sup>a</sup>) al fallecer uno de estos hijos, su tercera parte pasó a la madre con la cualidad de reservable, en virtud de lo dispuesto en el artículo 811 del Código civil, y 3.<sup>a</sup>) al morir la madre, aparte del usufructo que había adquirido al fallecimiento de su esposo y que se consolidara en favor de sus hijos, transmitió a éstos la tercera parte que había heredado del anteriormente fallecido, y si bien es cierto que en la escritura calificada no aparecen consignados con la debida claridad todos y cada uno de los extremos señalados, tampoco cabe desconocer que la sumaria exposición de los hechos acaecidos realizada por el Notario recurrente, juntamente con los documentos que se acompañan a la escritura—testamento y auto de declaración de herederos—hace posible que el Registrador encuentre los elementos indispensables que han de reflejarse en el asiento que deberá practicarse a nombre del único heredero.

e) Respecto al segundo defecto, si bien la Jurisprudencia tiene declarado que para determinar quiénes sean los reservatarios, al tiempo de extinguirse la reserva, ante el silencio que en materia del procedimiento a seguir, se observa en el artículo 811 del Código civil, es indispensable

la correspondiente declaración judicial acreditativa de tales extremos, tampoco puede desconocerse que este Centro directivo, con el plausible propósito de evitar molestias, gastos y dilaciones, ha reconocido que la repetida declaración no es necesaria cuando de los documentos aportados resulta con evidencia quiénes sean las personas favorecidas por la reserva.

f) Del testamento otorgado por J. G. O. aparece con toda claridad que tenía tres hijos, a los cuales instituyó herederos, extremo corroborado, en cuanto al número de hijos, con la partida de defunción, que también se acompañó; que el auto de declaración de herederos, tramitado como consecuencia de la muerte de J. G. P., acredita su fallecimiento; y que del testamento y partida de defunción de la madre también consta que quedaron al morir dos únicos hijos, que son los comparecientes en la escritura calificada, y dada la renuncia de uno de ellos, hay bastantes elementos para deducir quién es el único hermano reservatario sin que sea necesaria la declaración exigida por el Registrador para justificar este punto ni tampoco para demostrar que no existen otros interesados con igual derecho porque las leyes no requieren prueba de las circunstancias negativas.

#### RESOLUCION DE 6 DE OCTUBRE DE 1947

**II.—Carácter privilegiado de los créditos a favor de la Hacienda.—Obligaciones de que responde la sociedad de gananciales.—Su representación a efectos fiscales.—Procedimiento adecuado para paralizar el de apremio a favor de la Hacienda.**

(B. O. del E. de 26 de noviembre de 1947.)

A) El Notario de San Javier autorizó en Pacheco, el 29 de enero de 1945, una escritura en la que comparecieron J. C. P. como Agente ejecutivo de la Recaudación de Hacienda de Murcia y C. M. G., asistida de su esposo G. S. M., quienes expusieron: 1.º) Que en la Recaudación de Hacienda de la zona primera de Murcia, en el expediente general de apremio contra deudores por el concepto de rústica, aparecía un descubierto contra el vecino de Pacheco P. A., cuyo segundo apellido y demás circunstancias personales se ignoran. 2.º) Que para realizar dichos descubiertos se ordenó por el Recaudador la apertura de expediente individual de apremio contra el expresado deudor, nombrando para su tramitación al Agente ejecutivo J. C. P. 3.º) Que del expediente tramitado por dicho Agente, aparecían los siguientes extremos: Que los débitos por el concepto de contribución urbana por parte de P. A. afectaban a los años 1939 a 1942, ambos inclusive, sumando un total de 38,60 pesetas, que unido al recargo del 25 por 100 y de 150 pesetas fijadas para costas, arrojaban un total de 196,36 pesetas. 4.º) Que como no satisfizo el débito, se procedió a la traba de bienes muebles, lo cual no pudo efectuarse porque no era vecino de Pacheco y desconocido su paradero, por lo que se acordó requerirle por edictos para que compareciere por sí o por medio de representante, con el apercibimiento de que si no comparecía en el término de ocho días, seguiría el procedimiento en rebeldía sin nuevas notificaciones. 5.º) Que posteriores averiguaciones dieron por resultado que la finca origen del débito se hallaba inscrita en el Registro a nombre de P. G. A., que la adquirió de A. S. G. antes del período de los

débitos. 6.º) Que siendo los vencimientos posteriores a la última anualidad vencida en el año de la transmisión del dominio, eran imputables al adquirente, que tenía el carácter de responsable directo a tenor del Estatuto, por lo que se acordó la remisión del expediente a la Tesorería de Hacienda para la declaración de responsabilidad contra P. G. A. 7.º) Que declarada por Tesorería la responsabilidad, fué requerido dicho señor por edictos, por desconocerse su domicilio, y al no comparecer se le declaró en rebeldía, decretándose el embargo para responder de 257,90 pesetas. 8.º) Que la finca figuraba inscrita en el Registro con la descripción que reproduce la escritura. 9.º) Que como P. G. A. no hizo efectivos sus descubiertos ni pudieron realizarse los mismos por embargo y venta de otros bienes, se procedió a la primera subasta en el Juzgado Municipal de Pacheco por una capitalización de 1.125 pesetas, sin que se presentara posterior. 10.º) Que, en consecuencia, se celebró otra subasta con la rebaja de la tercera parte del tipo de la anterior, adjudicándose a C. M. G. por el precio de 500 pesetas, quien entregó la diferencia resultante después de deducir el 5 por 100 de la segunda subasta. 11.º) Que, en vista de las razones anteriormente expuestas, el Agente ejecutivo compareciente en nombre y rebeldía del deudor P. G. A. *vendía* a C. M. G. la finca libre de cargas, consintiendo en la cancelación de la anotación preventiva de embargo practicada en el Registro.

B) Presentada en el Registro de la Propiedad de Murcia la referida escritura, causó la siguiente nota: "No se admite la inscripción de esta adjudicación en subasta porque no se consigna el estado civil del representado transmitente, circunstancia necesaria para la calificación sobre la inscribibilidad de esta enajenación, ya que afecta a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal de P. G. A., el cual la adquirió a título oneroso, siendo casado y vecino de Pacheco, en el Partido judicial de Giménez, circunstancias que deben constar en el expediente (artículo 112 del Estatuto de Recaudación). Este defecto es insubsanable, e impide, por tanto, tomar anotación preventiva."

C) El Abogado del Estado interpuso recurso gubernativo contra esta calificación, fundamentando su personalidad en su condición de *interesado*, por ser la Hacienda Pública representante legal del deudor en ignorado paradero, y, por consiguiente, competente para solicitar la inscripción conforme al artículo 6.º de la Ley Hipotecaria, basando su impugnación en los siguientes argumentos: 1.º) Que la omisión del estado civil a que en la nota se alude no puede implicar defecto alguno, porque el procedimiento fué seguido en rebeldía y la incomparecencia del deudor impidió que pudieran señalarse sus circunstancias personales. 2.º) En la asimilación de los procedimientos en rebeldía administrativos a los judiciales, dado el carácter de no paralización de los mismos, aunque concurra aquella circunstancia. 3.º) Que sería absurdo que el desconocimiento de las circunstancias personales interrumpiese la ejecución y dañase la preferencia a favor de la Hacienda, reconocida en los artículos 1.923 del Código civil y 158 del Estatuto de Recaudación. 4.º) Que no puede alegarse perjuicio para tercero, puesto que el artículo 257 del Estatuto de Recaudación le deja siempre abierta la vía de la tercería. Cita, en apoyo de su tesis, varias resoluciones, de las que merece destacarse la de 22 de febrero de 1946, por guardar gran analogía con el caso controvertido. 5.º) Que es impropio, por parte del Registrador, la cita del artículo 112 del Estatuto por disponerse en él únicamente que se haga el requerimiento al deudor para que presente los títulos, señalando también la forma de sustituirlos en caso de que no se efectuara dicha presentación.

D) El Registrador, en defensa de su calificación, alegó: 1.º) Incumplimiento, por parte del Notario, del artículo 159 del Reglamento Notarial. 2.º) Que en la escritura calificada el otorgante no es el Agente ejecutivo, que sólo tiene el carácter de mandatario legal del titular inscrito.

3.º) Que el Notario incumplió los artículos 92 y 112 del Estatuto de Recaudación al no indagar, por medio del Alcalde, el domicilio del deudor, requiriendo de pago al mismo, a su viuda o herederos, caso de fallecimiento del primero, y de no existir testamento, promover el abintestato, todo a costa de la finca, que vale eso y mucho más. 4.º) Que el descubierto resulta irrisorio y al que, sin duda, habrían hecho frente los poseedores de hecho de la finca. 5.º) Que el Agente ejecutivo no hizo la más leve gestión para averiguar el paradero del deudor, debiendo haber utilizado otros medios más simples que el del *Boletín Oficial del Estado*, "que sólo leen los profesionales de la subasta". 6.º) Que hay una infracción del tracto sucesivo, por dar lugar a que un Agente ejecutivo, "generalmente iletrado", provoque una discordancia entre el Registro y la realidad. 7.º) Que tanto en el Código civil como en la Ley procesal se insertan procedimientos para la administración de los bienes de los ausentes. 8.º) Que la escritura es defectuosa porque hay que presumir que la finca estaba en administración judicial y no se ha requerido al administrador. 9.º) Que las resoluciones citadas no guardan relación con el caso presente y sí, en cambio, otras que cita en apoyo de su argumentación. 10.º) Defecto legal en la citación y requerimiento por no haberse hecho con arreglo a lo dispuesto en los artículos 84-87 del Estatuto. 11.º) Que el artículo 200 de la Ley Hipotecaria señala para la reanudación del tracto sucesivo sólo el acta de notoriedad y el expediente de dominio. 12.º) Que es al Registrador, en definitiva, a quien incumbe velar por la seguridad de los asientos registrales (que se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales) y no a los Agentes ejecutivos.

E) Reclamado el informe al Notario autorizante de la escritura, expuso: 1.º) Que en las diligencias entregadas por el Agente ejecutivo aparecía un oficio del Ayuntamiento de Pacheco haciendo constar que el deudor P. A. no era vecino de la localidad, por lo que se acudió al *Boletín Oficial de la Provincia*, por tratarse de deudor desconocido, circunstancia que también concurrió en P. G. A., por lo que tuvo que acudir al mismo medio de publicidad, decretándose el embargo en rebeldía, siguiendo todo el procedimiento administrativo en esta forma, incluso con sus derivaciones registrales, tales como la anotación, etc., por lo que fueron cumplidos normalmente todos los trámites exigidos por el Estatuto, sin infracción de ninguna especie. 2.º) La analogía entre los artículos relativos a la rebeldía en los procedimientos administrativos y el artículo 281 de la Ley Procesal, con toda la serie de consecuencias derivadas de ella. 3.º) Que la omisión del estado civil del deudor no debe impedir la inscripción, ya que ello daría lugar a la paralización de los procedimientos administrativos. 4.º) La imposibilidad material, en el caso a resolver, de averiguar todos los datos exigidos por el Registrador. 5.º) Que la declaración en rebeldía subsanó la omisión de los requisitos anteriores, por lo que no procede alegar la infracción del artículo 159 del Reglamento Notarial. 6.º) Que la nota calificadora olvida el carácter de singularmente privilegiados de que, según el artículo 1.923 del Código civil, gozan los impuestos por razón de Contribución Territorial Urbana, criterio ratificado por el artículo 194 de la Ley Hipotecaria. 7.º) Que no procede alegar infracción del artículo 112 del Estatuto de Recaudación por referirse a un supuesto distinto. 8.º) Que los gananciales son afectados por las deudas contraídas por el marido. 9.º) Que el informe del Registrador se basa, principalmente, en interpretaciones de voluntad, siempre peligrosas en orden a los principios científicos. 10.º) Que en el procedimiento no apareció infracción alguna que impidiese la autorización de la escritura. 11.º) La resolución de 22 de febrero de 1946, dictada para un caso análogo.

F) El Presidente de la Audiencia revocó la nota calificadora, estimando correcto el procedimiento, basándose en los artículos 7.º y 13 de la Ley de Administración y Contabilidad. Respecto a la responsabilidad de

los gananciales por las deudas del marido, la basa en el artículo 1.408 del Código civil.

G) *La Dirección General confirma el auto apelado, en mérito a la siguiente doctrina:*

a) *Que el único defecto consignado en la nota y estimado como insubsanable es el de haberse omitido en la escritura de venta, otorgada por el Agente ejecutivo en nombre del deudor rebelde, el estado civil de éste, circunstancia reputada necesaria por el Registrador por haber sido adquirida la finca a título oneroso durante el matrimonio.*

b) *Que un atento examen del Estatuto de Recaudación de 18 de diciembre de 1928, artículo 112, pone de relieve que no guarda analogía con el caso discutido, toda vez que se refiere al supuesto de entrega por el deudor de sus títulos de propiedad cuando haya de procederse al otorgamiento de la escritura de venta, como derivación del procedimiento seguido, y la posible negativa del ejecutado a cumplir tal requisito la suple subsidiariamente el referido artículo con los medios que para inscribir la titulación supletoria señalaba el título XIV de la anterior Ley Hipotecaria.*

c) *Que en la tramitación del expediente se han cumplido todos los requisitos legales, así como también los que se refieren a la declaración en rebeldía ordenados en el artículo 54 del Estatuto de Recaudación.*

*Todo ello desvirtúa la argumentación del Registrador cuando propugna otros medios de publicidad no establecidos en el ordenamiento jurídico, que regula taxativamente la tramitación de estos expedientes.*

d) *Como lógica consecuencia de la incomparecencia y subsiguiente rebeldía del deudor, la Hacienda, en uso de sus atribuciones, continuó el expediente, que finalizó con las subastas y adjudicación del inmueble al mejor postor, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 118 y siguientes del Estatuto.*

e) *Que la naturaleza ganancial del inmueble adjudicado no puede impedir que prospere el derecho preferente de la Hacienda para el cobro de su crédito por las razones siguientes: 1.ª) Porque los bienes gananciales responden de las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio, de conformidad con lo dispuesto en el número primero del artículo 1.408 del Código civil. 2.ª) Porque la naturaleza jurídica de la finca debió acreditarse oportunamente por el deudor o cualquier otro interesado durante la tramitación del expediente, compareciendo en debida forma para formular de manera adecuada su oposición fundada en el carácter ganancial. 3.ª) Porque la esposa del deudor, caso de existir, tampoco hizo nada en tal sentido ni se preocupó de satisfacer el débito; y 4.ª) Que por todo ello, ante la omisión e incuria de los posibles perjudicados, no corresponde al Registrador extremar su defensa en un procedimiento que parece debidamente tramitado.*

f) *Que los artículos 7 al 13 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública fijan la tramitación que debe seguirse cuando en los procedimientos administrativos se opusieren reclamaciones en concepto de tercerías o por otra acción de carácter civil por persona que*

*ninguna responsabilidad tenga para con la Hacienda Pública en virtud de obligación o gestión propia o transmitida y establecen los privilegios y medios que se conceden al Estado para el cobro de sus diferentes créditos, lo que está confirmado por la doctrina sostenida por esta Dirección General en sus resoluciones de 2<sup>o</sup> de mayo y 24 de junio de 1944, la última de las cuales reconoce que el interesado "pudo y debió interponer la correspondiente tercería de dominio que autoriza el artículo 257 del Estatuto de Recaudación, paralizando con ello el curso de las actuaciones; pero desde el momento que permitió, con su inactividad, que las mismas continuasen, es forzoso amparar el derecho privilegiado de la Hacienda y llevar hasta sus últimas consecuencias el procedimiento incoado".*

*g) Que los problemas relativos a la cuantía del débito y a los efectos que, en relación con el tracto sucesivo, provocan los expedientes de apremio—extremos a los que el Registrador alude en su informe—no aparecen consignados como defectos en la nota denegatoria, y ello impide su examen en este recurso, como reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia de este Centro directivo.*

Pascual MARIN PEREZ  
Doctor en Derecho  
Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción



# JURISPRUDENCIA



# I. NOTAS

## Para el estudio de los derechos irrenunciables

LEONARDO FRIETO CASTRO

Catedrático de la Universidad Central y Abogado  
del I C de Madrid

El artículo 4.º del Código civil, como dice DE CASIRO y BRAVO<sup>1</sup>, es de un gran alcance, no ya sólo por referirse a los contratos y a sus pactos, cláusulas, convenciones, negocios jurídicos en general y a toda clase de acto que pueda producir un efecto jurídico, sino porque implica la protección de la ordenación establecida por la ley contra el arbitrio individual. Excluye, en su primer párrafo, la posibilidad de renunciar a las Leyes, y en el segundo—según afirma el mismo autor—indica el radio de acción que se permite a la renuncia.

En el orden contractual se completa con el precepto del artículo 1.255 del mismo Código, donde, como es sabido, se pone una traba a la libertad negocial, excluyendo los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público.

La aplicación de estas normas supone, como necesaria, la distinción entre leyes dispositivas y leyes imperativas, puesto que la ley del artículo 4.º, "contra" la que no se puede ir, es la imperativa o absoluta, y el mismo carácter es el de las leyes del artículo 1.255, que tampoco se puede "contrariar"; aunque tal distinción no hemos de entenderla en el sentido de que a las leyes dispositivas no les acompañe un efecto sancionador, pues, evidentemente, se tiene razón al estimar que cuando el acto no reúne los requisitos constitutivos que prescribe la ley dispositiva, o, lo que es lo mismo, si no se da la circunstancia de la que depende su aplicación, dicha ley produce idénticos efectos que la imperativa<sup>2</sup>.

En presencia tan sólo de ambas normas jurídicas (artículo 4.º y 1.255 del Código civil) puede surgir la duda acerca de las leyes que deben estimarse como estrictamente imperativas y aquellas otras a las que debe asignarse la consideración de meramente dispositivas, en el sentido que

1. *Derecho civil de España*, I, 1942, pág. 448 y sigs.

2. Véase autor y obra citados en la nota anterior, pág. 447.

resulta de lo que se acaba de exponer, o sea de aquéllas que, como hemos dicho en otra ocasión con referencia a las normas procesales, envuelven una facultad otorgada por el legislador a los destinatarios para que elijan la forma de vincularse por ellas, de cumplirlas<sup>2</sup>.

Y sucedía así porque, salvo casos muy contados, el carácter absoluto o dispositivo había que deducirlo en las leyes tradicionales (Código civil, de Comercio, Ley de Enjuiciamiento civil; en cuanto contiene preceptos de carácter material y procesal) de su propio texto, lo que presentaba un problema de hermenéutica. Pero el caso parece haber cambiado, sobre todo desde que la nueva estructura de multitud de relaciones vitales ha aconsejado al legislador establecer expresamente que la ley que dicta es de naturaleza absoluta, imperativa o irrenunciable; pretendiendo que no haya duda. Piénsese, por ejemplo, en el Decreto de Arrendamientos Urbanos de 29 de diciembre de 1931 (artículo 12<sup>o</sup>); Ley articulada, según las bases de 31 de diciembre de 1946, sobre la misma materia (artículo 11); Ley de 15 de marzo de 1935 de Arrendamientos Rústicos (artículo 1.º, I); Ley de 23 de julio de 1942 (artículo 1.º); Ley de Contrato de Trabajo, texto del Decreto de 26 de enero de 1944 (artículos 9.º, II, y 10), y todas las normas reguladoras de accidentes de trabajo, seguros sociales, incluso seguros comunes, etc. En todas estas disposiciones se determina que "no producirán efecto los pactos que se establezcan contra ellas"; la imposibilidad de modificarlas "por pacto en contrario de los contratantes"; la irrenunciabilidad de los beneficios otorgados, "considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que las contradiga"; la prohibición de "establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas legales".

No se trata en el presente estudio introductivo de estudiar las causas a que responde este aumento del ámbito del Derecho necesario, o modificación de extensos aspectos del Derecho privado, para convertirse en el que se ha dado en llamar, a falta de otra nomenclatura mejor, Derecho social, cuya bibliografía es asequible, sino de establecer, mediante el estudio de ciertos casos jurisprudenciales, algunas orientaciones interpretativas con cuyo auxilio pueda eliminarse lo irracional en la aplicación de aquellos preceptos absolutos, y cualesquiera otros análogos, que, a pesar de esa condición imperativa, no siempre captan los casos todos que ofrecen la vida real del Derecho, desigual y múltiple.

a) Tanto las Leyes arrendaticias rústicas como las urbanas establecen, en unos u otros términos, la posibilidad de prórroga obligatoria para el propietario, del colonato o del inquilinato. Interpretados estos preceptos en su sentido más literal y a ultranza, como puede observarse que ocurre cada día ante los Tribunales, se prestan a confundir a los Jueces hasta el punto de que una manifestación recepticia de voluntad por parte del colono o del inquilino, dirigida a la resolución del contrato arrendaticio, no sea suficiente para que el propietario, obligado a llevar el asunto ante

2. Véase mi *Derecho procesal civil*, I, 1946, pág. 12.

los Tribunales por la resistencia de aquéllos a cumplir el compromiso, conduzca a un resultado negativo o desestimatorio. El caso no es puramente imaginado, sino que ha sido propuesto, según lo que nos es conocido, en los Juzgados y Audiencia de Zaragoza y en los de Cáceres. Se halla el primero *sub iudice*—como nos comunican—y es correcto prescindir de su estudio aquí. Nos basta con el de Cáceres (sentencia de apelación de 7 de diciembre de 1945)

Surgió allí el problema de un colono que, en 10 de octubre de 1943, dirigió al propietario de la finca que cultivaba una carta, firmada, donde renunciaba con perfecta claridad y de manera concluyente a continuar en la explotación de la tierra en la fecha que anunciaba, teniendo como causa tal renuncia ciertas contraprestaciones establecidas en un convenio que la sentencia da por indudablemente celebrado, y que fué cumplido por la otra parte. Realizáronse los temores que, como decíamos, nos asaltaban en estos casos, y el Juez de primera instancia desestimó la demanda de desahucio interpuesta por el propietario. Pero el Tribunal superior, con una motivación en parte discutible y en parte aceptable, revoca el fallo, estimando consecuentemente la demanda.

Sostiene que el problema de la no renunciabilidad de los derechos afectados por el matiz que se dice social y tuitivo de las normas arrendaticias no ha de tenerse por existente, ya que en ellas, como en las de naturaleza análoga, se mantiene la irrenunciabilidad de los derechos que confieren en tanto "se estiman como una simple y mera expectativa, es decir, previamente a su real y efectiva adquisición; pero conseguida ésta—agregaría inexplicable, e incluso rayano en el absurdo, sostener un criterio acaso perjudicial en algún caso para el mismo a quien se trata de proteger, que no debe por ello encontrar una infundada limitación a sus facultades y a su libertad en momentos en que, ausentes los peligros que en otro caso pudieran desnaturalizar o incluso anular los propósitos y finalidad proteccionista de la legislación, sólo implicaría la creación de injustificadas excepciones a la lógica y normal regularización de las relaciones contractuales".

Admite después la licitud del pacto, por no constar que se estableciera en momentos de angustia o apremios de otra índole, susceptibles de anular la libertad para medir la trascendencia del acto, viciando el consentimiento; y, por último, acude al argumento que proporciona el artículo 8.º de la Ley de 23 de julio de 1942, donde no se obliga al arrendatario a avisar al propietario, en ciertos casos contractuales, si desea continuar la relación arrendaticia, y sí, en cambio, cuando intente cesar en su condición de arrendatario, precepto que en el fondo—dice—es expresivo de un reconocimiento de la renunciabilidad del derecho de prórroga.

Un pacto de esta clase, y, aún más, la manifestación unilateral de dar por resuelto un contrato de arrendamiento, sin tener por causa contraprestación alguna, no se opone a las normas imperativas arrendaticias ni a las normas primarias de fiscalización de las renunciaciones, representadas por los artículos 4.º y 1.255 del Código civil. Los preceptos absolutos de esta

clase no impiden ni han impedido nunca que un nexo obligacional del tipo que nos ocupa tenga su debida efectividad; prescriben únicamente que no cabe contrariar sus normas acerca de la relación arrendaticia *mientras la misma subsista*, o sea que, por ejemplo, es inadmisibles introducir una cláusula por la cual se prive al arrendatario o colono del derecho a las prórrogas forzosas, o a los efectos de casos fortuitos, o a subarrendar en las condiciones que establezcan, o al derecho de tanteo y al de retracto, y tantos otros derechos y facultades semejantes. Ahora bien, que un arrendatario pueda manifestar solemnemente a su arrendador que da por terminado el contrato, es un poder del que nadie puede privarle, ni en parte alguna está prohibido, pues equivaldría al absurdo práctico de crear nuevos siervos de gleba, sujetos eternamente al fundo, si estamos en materia rústica, o a la vivienda. Contrariamente, quedaría destruída la libertad contractual en los dos extremos donde no puede destruirse: en el comienzo de la relación arrendaticia, para ambas partes, y en el de su extinción, para el arrendatario.

Una conclusión contraria sería irracional; sería tachar de un plumazo principios básicos del Derecho de obligaciones moderno. Lo que se impone es someter al tratamiento adecuado el pacto bilateral—caso de la resolución puesta como ejemplo—o la manifestación de voluntad recepticia supuesta, esto es, determinar si son subsumibles en los artículos 1.255, 1.256, 1.258, 1.261 y siguientes del Código civil, principalmente en cuanto a la causa; precisando, además, si tal manifestación de voluntad está captada, entre otras, por las normas de los artículos 1.254 y 1.091 de ese cuerpo legal.

Por lo que atañe a la efectividad judicial de los pactos que nos ocupan, estimamos que provocan una novación (transmutación) jurídica, en el sentido de que los antiguos derechos y obligaciones arrendaticias se convierten en derechos y obligaciones de tipo civil común, concretamente para el arrendatario o colono aparece una obligación mixta de dar y hacer, exigible no con invocación de la causa 1.<sup>a</sup> del artículo 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935 (expiración del lapso) o del artículo 70 de la Ley articulada de 31 de diciembre de 1946, sino citando, especialmente, los artículos 1.097 y 1.098 del Código civil (obligaciones de dar y hacer); y no en un juicio de desahucio, sino en el declarativo que corresponda. El Juez, por su parte, deberá prescindir de aplicar las normas que conceden plazos de humanidad o favor para desalojar, contenidas en las Leyes arrendaticias, limitándose a tratar el caso como uno de puro y simple incumplimiento de obligación común.

b) Otra hipótesis clara es la de las normas que han modificado o han dado nueva fisonomía a los elementos constitutivos del contrato, determinados en el artículo 1.261 del Código civil, supletorio para todas las figuras contractuales.

Podemos citar como ejemplo el párrafo 1.<sup>o</sup> del artículo 3.<sup>o</sup> de la Ley de Arrendamientos rústicos, de 23 de julio de 1942. Expresa que "para

los futuros contratos de arrendamiento la renta que deba satisfacer el arrendatario se fijará necesariamente en (una) determinada cantidad de trigo". Tampoco es de este lugar la explicación de la *ratio legis* a que la norma responde, pero la inteligencia de lo que sigue obliga a indicar que intenta la protección del propietario (sin duda, como compensación de las muchas restricciones que impone a sus derechos dominicales), colocándole a cubierto de las oscilaciones de la moneda, muy sensibles cuando los contratos son de larga duración (deseo de la Ley, por consideraciones económicas).

Con aquel precepto, la fijación de la merced en cantidad determinada de trigo pasa a ser un elemento necesario o constitutivo esencial del tipo contrato de arrendamiento rústico, con lo que cualifica o, aun más, modifica, como *lex specialis*, la *generalis* del artículo 1.543 del Código civil, cuando habla del "precio cierto" como requisito del contrato de arrendamiento de cosas, y, caso de no estar derogado, altera el número 6.º del artículo 5.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, que versa también sobre el precio; de suerte que, después del precepto que nos ocupa, no hay precio cierto, merced determinada, renta anual, si no se establece en la especie trigo, y de modo cuantitativo.

Es decir, que por aplicación del artículo 1.261, en lo general, y del 1.543 del Código civil (también del artículo 5.º, número 6.º, si rige, de la Ley de 1935), en lo particular, con la modificación de que tratamos, resultará que en el contrato donde la merced no venga fijada en una cantidad de trigo, falta un requisito absoluto o elemento constitutivo y habrá de conceptuarse como nulo de pleno derecho. Este razonamiento no podrá ser tachado de formalista; para rechazar ese reproche no es necesario invocar el carácter absoluto de todas las normas de las Leyes arrendaticias (porque podría ser una justificación legal, pero no jurídica), según lo expuesto antes, sino que basta con la consideración de las potísimas razones de fondo a que brevemente aludíamos al principio de este párrafo. En esto se funda la jurisprudencia para declarar la nulidad de los contratos concluidos con la omisión del requisito aludido<sup>1</sup>.

c) Otro caso claro de no oposición a la finalidad tuteladora de las normas necesarias es el de la ejecución provisional de las sentencias de desahucios urbanos, dictadas en apelación y pendientes de ulterior recurso. El problema no surge en los supuestos de arrendamientos rústicos, por haberse concedido, según es notorio, la posibilidad de esa ejecución provisional.

En presencia del texto de la Ley articulada de 31 de diciembre de 1946, se ha sostenido ya que, sustituido en materia arrendaticia urbana el recurso de casación por el—desafortunadamente—llamado "de injusticia notoria", quedaba cancelada la facultad de lograr una ejecución provisional de la sentencia de segunda instancia, pendiente de casación, porque,

1. T. S., Sala V, 3 mar. 1946, 2 dic. y 28 may. 1945, 7 mar. 1944 y 26 ab. 1943.

eliminado este recurso, desaparecían todas sus derivaciones, y entre ellas la repetida ejecución provisoria. Siendo demasiado endeble el apoyo en la 27.<sup>a</sup> disposición transitoria de la Ley arrendaticia, porque su fórmula derogatoria afecta únicamente a “todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos” y no a las normas procesales comunes, las que, por el contrario, quedan vigentes, como supletorias, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179, se acude a la invocación del contenido de protección social, “Leitmotiv” de la Ley, afirmándose que tal protección resultaría negada si se permite ejecutar la sentencia de desahucio pendiente de recurso de “injusticia notoria”.

Hay aquí un desenfoque manifiesto del problema. La ejecución provisional en este caso no atenta contra la finalidad protectora de la Ley, porque su admisión o no admisión excede del campo jurídico material, para pasar al estrictamente procesal. En la ejecución provisional hay que ver una medida contra la probable mala fe del arrendatario que, condenado en dos sentencias, puede perfectamente usar del último recurso que está a su disposición para prolongar el disfrute de la cosa, y que, además, no se concede *ope legis* y de plano, sino con la garantía de una fianza del propietario vencedor, para responder de las consecuencias en caso de revocación.

Una sentencia de la Audiencia de Zaragoza, de 24 de septiembre de 1947, ha sustentado este mismo criterio<sup>5</sup>.

d) Nuevo caso merecedor de estudio es el que puede resultar, y que tenemos noticia de haberse presentado en la realidad, a propósito del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo, texto del Decreto de 26 de enero de 1944. Como es sabido, está prescrito en él que el contrato de trabajo no termina por la cesión, el traspaso o la venta de la industria, a no ser que en él se hubiera expresamente pactado lo contrario, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior.

La interpretación racional de esta norma ha llevado a estimar que produce la “objetivación” de la empresa, de modo que la relación de trabajo se desprende y separa del elemento personal, para tener una vida independiente de todos los azares y vicisitudes por los que aquélla pase y de los cambios de la persona física o individual que primitivamente contratase. Es el medio para poner en práctica la idea de protección que las Leyes llamadas—antiestéticamente—laborales quieren dispensar al productor, y que justifica la sustitución del estrecho concepto del contrato por el más lato de relación de trabajo.

La irracionalidad puede darse en todos aquellos casos en que el pensamiento de la relación laboral como carga o gravamen del negocio (recuérdese la Orden del Ministerio de Trabajo, de 16 de julio de 1932) quiere emplearse aun para las hipótesis de negación por el trabajador de la per-

5. Véase el comentario de esta sentencia, en sus diversos aspectos, en la *Revista de Derecho Procesal* (española), último cuaderno de 1947.

sonalidad del cesionario o adquirente, porque entonces, lejos de redundar la aplicación en beneficio de aquél, sirve para cercenar un medio defensivo a disposición del mismo.

Imagínese el supuesto de un trabajador que es demandado por la empresa que se titule cesionaria o adquirente de la industria, para tomar una determinación adversa, por ejemplo, el despido (cuando el mismo exige un expediente previo y su aprobación por el órgano judicial de Trabajo), y que frente a la demanda él oponga la falta de legitimación, bien sea conforme al artículo 488 del Código de Trabajo, bien con arreglo al número 2.º del artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 498 del citado Código. El órgano judicial de Trabajo puede incurrir en el error de ver únicamente en el artículo que nos ocupa su aspecto positivo, y entonces emite un fallo desestimatorio de la excepción, aplicando precisamente el pensamiento "protector" de ese artículo e invocando, también precisamente, la doctrina de la objetivación de la empresa, de la carga real que constituyen las obligaciones laborales, con el resultado negativo del desamparo del trabajador, cuya protección consistiría, en esta hipótesis, en negar la legitimación de la empresa cesionaria que dejó de acreditar su carácter de continuadora del negocio o industria, con la consiguiente *absolutio ab instantia*.

La irracionalidad del pronunciamiento estribaría en desconocer que cuando el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo "objetiva" la empresa, está contemplando únicamente al productor como demandante o reclamante, y en su beneficio crea una legitimación pasiva (la de la empresa "objetivada"), para garantizarle su permanencia en el trabajo, el disfrute de la retribución y todos los demás derechos inherentes a la relación laboral. Pero en modo alguno instituye una legitimación activa, *ope legis*, a favor del empresario o empresa adquirente, que actuaría en perjuicio del productor demandado, el cual se defiende alegando esa falta de legitimación, la necesidad de cuya prueba es evidente dentro del sistema de la Ley de Contrato de Trabajo, y de acuerdo con el artículo 503, número 2.º, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 498 del Código de Trabajo.

e) Nuevo caso es el resuelto por la Sala 5.ª del Tribunal Supremo, acerca de la facultad de subarrendar después de la prohibición del artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, y otorgada en contrato anterior a la vigencia de la misma <sup>6</sup>.

En un contrato concluído en 1920 se autorizó al arrendatario para subarrendar, y al adquirir diecinueve años más tarde (1939) un pariente del arrendador, por derecho de retracto, dos terceras partes del conjunto de fincas subarrendadas, el nuevo propietario solicitó el desahucio, fundándose en la prohibición de subarrendar contenida en el artículo 4.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuyo párrafo dice, como es notorio, que "quedan prohibidos los subarriendos de fincas rústicas", expresando en el

---

6. T. S. Sala V. 17 dic. 1941.

final que "será causa de desahucio del arrendatario el subarriendo otorgado por el mismo contrariando las prescripciones contenidas en el presente artículo, sin perjuicio de la nulidad del subarriendo". Los dos Tribunales de instancia, a nuestro juicio con muchas razones a su favor, desestiman la demanda; pero el Tribunal Supremo revoca la resolución de la Audiencia, accediendo al desahucio solicitado.

Los dos puntos fundamentales de la motivación expuesta en la sentencia casatoria (si cabe emplear este léxico) son los siguientes:

"Qué, sustituido en los subarriendos de fincas rústicas el derecho voluntario por el necesario, el propietario de ellas, cuyos derechos como tal se relacionan con los de quienes de la cosa toman causa, puede ante actos *in fraudem legis*, ejercitar los derechos que el legislador otorga, para que el Derecho necesario cumpla su misión (ideología del artículo 4.º del Código civil), en este caso, por conveniencias de orden social, la de poner fin a un contrato del cual abusó una de las partes, para lograr en su beneficio lo que el legislador prohibía en servicio del bien común."

Y más adelante: "Que tales preceptos (artículos 1.º, 4.º y 28 de la Ley citada) no se dictaron para que pudiera entenderse que llevaban en sí el germen de infecunda finalidad, si hubiera de prevalecer la idea de que, al amparo de contratos anteriores de indefinida duración o de prórrogas reales o simuladas (?), quedara entre tales distingos y ficciones burlado el propósito legislativo de acabar en la práctica del derecho de arrendamiento con la figura del intermediario entre propiedad y trabajo, y a ese fin obstaculizador conduciría la interpretación de los mencionados preceptos si se limitara su aplicación exclusivamente a los casos de subarriendos con base de contratos de locación formalizados en los términos dispuestos en la Ley de 1935."

Contra la autorización general del subarriendo militan, ciertamente, las consideraciones de tipo económico de que se hace eco en otros lugares la sentencia aludida, y para nosotros la fundamental es que en este contrato, como en la mayoría de los usuales, y si cabe con razones más poderosas en el tipo que nos ocupa, rige el principio de "vista la persona", de modo que el cambio de la misma por la determinación unilateral del arrendatario puede provocar el perjuicio de un deficiente cultivo de la tierra y, en definitiva, un mal no sólo para el propietario, sino también para la economía general. Así observamos que, a medida que las condiciones de ésta se empeoran por causas de guerras, aumento de población, deseo de elevar el propio nivel de vida en el medio agrario, etc., las restricciones en cuanto a esta especie jurídico-económica son más duras; por eso vemos que la fórmula del Código civil (artículo 1.557) es la permisión del subarriendo "cuando no se prohíba expresamente", y en el artículo 1.569 no se establece, consecuentemente, el subarriendo como causa de desahucio; más tarde, en el Real Decreto-Ley de 21 de noviembre de 1929 (artículo 26) la fórmula de permisión general se convierte en la opuesta: "no podrán ser subarrendadas las fincas rústicas sino cuando en el contrato de arriendo se hubiere concedido expresamente al arrendatario tal facultad". Y veni-

mos al artículo 4.º de la Ley de 1.º de marzo de 1935, en el que existen los dos preceptos que antes fueron transcritos.

A la vista de estos precedentes (y de las normas ulteriores, a que más tarde aludiremos) importa examinar si la prohibición del subarriendo afecta incluso al propietario. Una simple interpretación sistemática y lógica del artículo 4.º, citado, lleva a la conclusión negativa: No ha querido privar de la facultad, al propietario, de permitir los subarriendos. Basta leer con sentido hermenéutico el párrafo primero y el último del tan repetido artículo para comprender que está contemplando el caso del arrendatario subarrendador; a él es a quien priva de esa posibilidad; está suponiendo constantemente que él es quien podría sentirse inclinado a subarrendar, y por ello es por lo que en el último párrafo del mismo, y más tarde en la causa 4.ª del artículo 28 concede al propietario acción para desahuciar por la que nos ocupa; el único legitimado, en la letra y en el espíritu, para desahuciar es el propietario, y no es imaginable que, por otra parte, se le concediera aquélla para ir contra sus propios actos, orientados a permitir el subarriendo.

Tampoco existe la razón económico-social que invoca la sentencia del Tribunal Supremo, porque si es cierto que una libertad absoluta para el arrendatario en orden al subarriendo puede llevar consigo el perjuicio de una entrega del fundo a persona distinta de la que primitivamente lo tomó a su cuidado (empobrecimiento de la tierra, deficiente cultivo, escasa cosecha, etc.), el pensar que una facultad otorgada por el propietario, incluso, por ejemplo, especificando cualidades que habría de reunir cualquier subarrendatario, no es admisible, llevaría al absurdo, porque esos mismos inconvenientes pudieran darse con los arrendatarios, y prácticamente vendríamos al resultado de que todo propietario, por bien de la economía particular y general, no podría dejar la tierra a nadie, quedando obligado a cultivarla directamente o a prescindir en absoluto de su cultivo.

Ni siquiera es necesaria la reducción del número o clases posibles de subarrendatarios a los que reuniesen ciertas condiciones de capacidad, preparación, etc., porque los arrendatarios se hallan en el mismo caso: No podría ningún propietario saber de antemano que cualquiera de esos posibles arrendatarios que asuma el cultivo de la tierra va a realizar su cometido dentro de las más estrictas reglas jurídicas y económicas. El mismo margen de azar, o muy semejante, hay en un caso que en otro. Y en definitiva, el incumplimiento de sus deberes de buen cultivador, por parte del subarrendatario permitido por el propietario, tiene la sanción de cualquiera de las causas quinta y siguientes del artículo 28 de la Ley aludida, a hacer efectiva contra el arrendatario, subarrendador.

El legislador de dicha Ley no estuvo afortunado en el pensamiento ni en la redacción, y a ello se debe el párrafo segundo de la norma cuarta del Decreto de 23 de marzo de 1935: Maneja los subarriendos existentes en la época de entrar en vigor la Ley arrendaticia tantas veces citada, para asociarles diversos resultados, descartando que en todo caso, a su amparo, el propietario común, es decir, el que no autorizase expresamente el

subarriendo) pudiera siempre, basándose en los preceptos citados, desahuciar.

Por su parte, la validez absoluta de las razones económicas al uso contra el subarriendo está negada por ese mismo Decreto de 1935 y por la disposición adicional tercera de la Ley de 23 de julio de 1942.

Pero con todo esto no se niega que en el caso de la sentencia objeto de estudio el nuevo adquirente no pudiera dar por terminada la relación arrendaticia. Lo que sucede es que cualquier otro camino le hubiera sido más difícil.

En último lugar, siendo claro que las normas estudiadas no prohíben al propietario dar permisión al arrendatario para subarrendar, el hecho de que la facultad se hiciera efectiva con posterioridad a la Ley de 1935 es irrelevante.

f) El último ejemplo de esta casuística que vamos a exponer es el del retracto arrendaticio rústico entre parientes. El Juzgado de primera instancia estima que no procede, con arreglo al párrafo tercero de la tan citada Ley, de 15 de marzo de 1935, según el cual "quedan exceptuados de la Ley, salvo pacto en contrario, los contratos de esta naturaleza (arrendamientos rústicos) cuando se concierten entre ascendientes y descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción, como igualmente los celebrados entre colaterales del segundo grado".

En cambio, el Tribunal de apelación (Audiencia) no comparte este criterio y revoca la sentencia del *iudex a quo*. Llevado el caso ante el Tribunal Supremo, su Sala 5.<sup>a</sup> revoca, a su vez, el nuevo fallo y dicta otro, volviendo al del Juez, o sea, declara la inadmisibilidad del retracto entre parientes<sup>7</sup>.

Una de las sentencias del Tribunal Supremo alega, fundamentalmente, que no habiendo las partes (parientes) contratantes celebrado pacto de sometimiento a la Ley, no cabe una aplicación parcial, como sería la del artículo 16, que concede en retracto arrendaticio; y expone, además, que la admisión del mismo en ese supuesto sería a expensas de convertir—desnaturalizándolo—dicho retracto, nacido con fines de tipo social, en otro gentilicio, proscrito de nuestro Derecho civil.

La otra sentencia se apoya, principalmente, en el argumento de que la "guía de la legislación sobre arrendamientos rústicos es el interés social, y en éste ocupa primer lugar el social-familiar. A la sociedad importa, pues—agrega—robustecer ese su elemento primitivo y primordial, y ese se vigoriza respetando la posible libertad de acción entre sus miembros en orden a la administración y disfrute del patrimonio familiar". Expone más adelante que la intención de la Ley no es privar a los arrendadores o arrendatarios parientes de los derechos que concede a quienes no

7. T. S., Sala V, 16 oct. 1940. Asimismo, 22 nov. 1946. Pero el caso de ésta es aún más grave, pues Juzgado inferior y Audiencia estuvieron de acuerdo en cuanto a la procedencia del retracto.

lo son, pero a cambio de la decisión formal y voluntaria de aceptar también íntegramente el régimen de que aquéllos nacen y de cumplir los deberes que en él se imponen.

Sería plenamente admisible esta motivación, sobre todo la de la primera sentencia, para cualquier supuesto, incidencia o particularidad que no fuera precisamente el retracto. A diferencia de los otros, admitidos en el Código civil, a diferencia incluso del gentilicio de las legislaciones forales, el retracto arrendaticio tiene un fundamento que raya en lo afectivo: es justo que quien ha regado, mucho o poco tiempo, con el sudor de su frente (y aquí no existe tópicó) la tierra que cultiva, tenga la esperanza y alcance la realidad de convertirse en propietario de ella, cuando el arrendador haya decidido separarse de la misma. Este fundamento existe para cualquier extraño; cuánto más debe estimarse para los parientes.

Bastaría con esto. Una resolución que extiende el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley citada al caso del retracto, se excede manifiestamente en la interpretación de la norma imperativa, perjudicando a quienes el precepto en modo alguno quería hacer de peor condición. No se satisface el interés familiar con la negativa que resueltamente debe combatirse; no se escinde el ordenamiento arrendaticio estimando el derecho a retraer para el pariente arrendatario que no optó, con su familiar, por vincularse a dicho ordenamiento, porque el derecho de retracto se halla en la parte de afuera de la relación arrendaticia; es algo anexo, consecuencia o derivación, pero no es el arrendamiento mismo. Basta fijar la atención en algún posible efecto de la tesis negatoria: Para el comprador, sujeto pasivo del retracto, la adquisición de la tierra le permitiría, por ejemplo, fijar una cantidad menor que la efectivamente pagada, en el documento de compra, por estar libre del temor de retracto, facilitándosele la defraudación al Fisco; y, por la parte del vendedor, estaría en condiciones de exigir un precio mayor de la finca, por su patente de libertad de cualquier retracto arrendaticio, al estar arrendada a un familiar. En definitiva, el único perjudicado sería el arrendatario, por la adversa circunstancia de ser pariente del enajenante, la protección de la familia quedaría negada y se frustraría una de las finalidades sociales más importantes de la Ley, por la razón de no tratarse de un extraño, sino de un pariente. El retracto es un mal y una molestia que no se produce en el seno de la familia, motivo de la exención del artículo 1.º, que nos ocupa, sino para un extraño: por lo cual, su admisibilidad, incluso tratándose de parientes, es más, precisamente por ello, aparece como una exigencia de justicia. No hace falta acudir al artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1942, que en la letra sujeta a ella a "todos" los contratantes de arrendamientos rústicos.

\* \* \*

Despréndese de los ejemplos puestos que las nuevas normas que expresan su carácter de derecho necesario no han innovado sensiblemente nada con relación al estado jurídico que creaba el artículo 4.º del Código

civil, y que el trabajo judicial es tan complicado y difícil como antes. Ante todo se impone un paciente y meditado trabajo de interpretación finalista de las normas, para evitar que el sumo derecho necesario pueda conducir a una suma injusticia, aunque sea producida por la sana intención de favorecer a los destinatarios de sus normas<sup>8</sup>.

---

8. Me viene a la memoria el relato de BENDIX en su curiosa obra *Die irrationellen Kräfte der zivilrichterlichen Urteilstätigkeit*, 1924, acerca del campesino que, en su despacho jurídico y notarial de Berlín, le expresaba sus congratulaciones por haber salido vencedor en el asunto, pero agregándole—con referencia a la motivación de la sentencia—las dudas que le asaltaban: “¿Por qué—le decía—se disculpa tanto el Juez con la parte contraria?”, agregándole: “Gründe sind Entschuldigungen”, o sea, “los considerandos son disculpas”. Después BENDIX escribía en su libro que la frase del campesino había que completarla así:

Gründe sind Entschuldigungen.  
 Gründe sind Verheimlichungen.  
 Gründe sind Täuschungen.  
 Gründe sind Selbstbetrug.  
 Gründe für Fug.  
 Gründe für Un-Fug.  
 Gibt es genug.  
 Und übergenug.  
 Geltung hat, was ohne Grund und Gründe.  
 Aufsteigt aus dem Grunde aller Gründe.

Lo que pudiéramos traducir del siguiente modo:

Los considerandos son disculpas.—Los considerandos son disimulos.—Los considerandos son embustes.—Los considerandos son engaños.—Considerandos para la justicia y para la injusticia los hay sobrados y resobrados.—Es derecho lo que sin razón ni fundamento surge del fondo de todos los fundamentos (considerandos).

No respondo de la fidelidad de aquella transcripción por no tener en este momento la obra de BENDIX al alcance de la mano, pero creo que mi memoria no me es infiel y coincide con el original, donde es interesante el juego de palabras.

BENDIX, desde luego, hablaba con mucho desenfado y pesimismo. Yo cito su curiosa composición con la única finalidad de probar el aserto de que, con las mejores intenciones, se puede incurrir en lo irracional, a pesar de que se ha de colocar aquí el axioma de que, por lo menos los Tribunales españoles, han perseguido siempre en la motivación de sus resoluciones, basar sentencias inspiradas en un indeclinable espíritu de justicia.

## II. SENTENCIAS ANOTADAS

### 1. Amigables componedores. Prórroga del plazo

(SENTENCIA 16 JUNIO 1947)

ANTECEDENTES.—Entre la Sociedad "R. B. y P.", S. A., y don M. F. P. median ciertos contratos privados sobre explotación en común de un negocio editorial. El contrato contenía cláusula compromisoria para someter a amigable composición las diferencias entre los contratantes en orden a la inteligencia del contrato.

Suscitada una diferencia, "R. B. y P.", S. A., y don M. F. P. otorgaron el día 30 de marzo de 1946 la correspondiente escritura de compromiso ante el notario de Barcelona D. Ramón Herrán.

Los extremos del compromiso son:

Nombramiento de amigables componedores: Por parte del señor F. P., don E. J. E.; por parte de la Sociedad "R. B. y P.", don J. F. A., y por ambos, de acuerdo, don J. R. M.

Cuestión que se les somete: Si procede la pretensión de don M. F. de declarar, "en primer lugar, con carácter preferente, la rescisión de los contratos que con la Sociedad "R. B. y P." le unen, y, en segundo lugar, y subsidiariamente, con ánimo de ofrecer toda clase de facilidades a los componedores y a sus socios, que éstos adquiriesen su participación en el negocio por la suma de doscientas cincuenta mil pesetas; o si procede, la oposición de "R. B. y P." a la rescisión de los citados contratos, así como "a la segunda posición".

Plazo para pronunciar la sentencia: "*Un mes a partir de la fecha de este compromiso*"; esto es, hasta el 30 de abril, por ser el 30 de marzo la fecha de compromiso.

.....  
El día 20 de abril de 1946, los tres comunes amigos nombrados por "R. B. y P." y por don M. F. para dirimir su cuestión, en acta que se levantó bajo la fe del mentado Notario de Barcelona D. Ramón Herrán, requirieron a los dos comprometidos: 1.º Para que les prorrogaran por dos meses más el plazo que en la escritura de compromiso les habían concedido para dictar sentencia. 2.º Para que les autorizaran, si moralmente se considerasen incapaces de resolver en estricta justicia en vista de los elementos puestos a su disposición, para abstenerse de dictar sentencia dejando a las partes en libertad para acudir a los Tribunales. 3.º Para que en este caso dieran por intentada sin efecto la cláusula compromisoria que ligaba a los requeridos, renunciando a la excepción correspondiente si acudían al procedimiento judicial y liberando a los componedores de responsabilidad por su abstención.

Precisaban los requirentes: "Debemos, finalmente, repetirles que el plazo para dictar sentencia fina el próximo día 30, y que, por tanto, precisa su determinación antes de dicha fecha". También prevenían los requirentes a los requeridos: "Que la aceptación de cada una de las partes habrá, en todo caso, de quedar supeditada a la aceptación por parte de la otra".

La casa "R. B. y P." fué notificada al siguiente día, según consta en la diligencia que obra en el propio instrumento, contestando el Gerente que "presta su absoluta conformidad a las peticiones formuladas siempre que sean también aceptadas íntegramente por don M. S."

Consta también en el instrumento que el Notario remitió el ejemplar correspondiente del requerimiento a Notario de Madrid para su entrega a don M. S., quien en 7 de mayo de 1946 comparece ante Notario de Madrid, en acta, haciendo constar que por carta de 26 de abril hizo saber a los componedores "estar dispuesto a prorrogarles el plazo para dictar su laudo", y que "aceptaba las tres peticiones formuladas por los componedores, cuyo texto transcribían, si bien supeditando esta aceptación a la de la otra parte".

El Notario de Barcelona pone nota, el día 15 de mayo, en el instrumento originario de haber recibido por correo certificado copia del acta autorizada en Madrid, y asevera que da copia a la Casa "R. B. y P."

Posteriormente, un empleado de la entidad "R. B. y P." suministró antecedentes a los componedores.

En 21 de junio, y con los oficios y bajo la fe de otro Notario de Barcelona, la Sociedad "R. B. y P." se dirige a los tres amigables componedores en relación con la caducidad del compromiso, en razón a la aceptación extemporánea de su prórroga por el señor F. P. en Madrid.

El día 25 de junio, a la una de la tarde, el Notario autorizante de la escritura de compromiso entrega en el domicilio de don J. F. A. (el componedor nombrado por la entidad) un requerimiento a éste, que le hace un Abogado de Madrid como mandatario verbal de los otros dos componedores. Se requería al señor F. para que al día siguiente, a las cuatro de la tarde, se personara en el despacho del Notario "a fin de enterarse del laudo que dictaran".

El laudo se dicta en los siguientes términos: "Debe aprobarse en sus propios términos la proposición del señor F. P. en la escritura de compromiso de 30 de marzo último anteriormente transcrita y a la que nos remitimos".

## RECURSO

Interpuesto por la entidad "R. B. y P." recurso de casación invocando el número 3.º del artículo 1.691 y los antecedentes expuestos, la Sala dictó Sentencia estimando el recurso.

## SENTENCIA

La cuestión esencial que el recurso plantea se reduce, en síntesis, a decidir si a los efectos del artículo ochocientos tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acta notarial debe estimarse equivalente a una escritura pública, y, por tanto, con eficacia bastante a prorrogar el plazo concedido a los componedores para dictar su laudo.

Conforme a lo preceptuado en el artículo 1.821 del Código civil, los compromitentes tienen necesariamente que ajustarse, en cuanto al modo de proceder en los compromisos, extensión y efectos de éstos a lo que determina la Ley Procesal; y como ésta exija de modo claro y preciso en el artículo 803—aplicable al juicio de amigables

componedores por virtud de lo dispuesto en el 828 -que la prórroga del término del compromiso se consigne en escritura pública adicional, y tal exigencia viene a reafirmarla el artículo 1.774, al estatuir que si el recurso se fundase en haber pronunciado el fallo fuera del término, se acompañará testimonio de la escritura de prórroga, sin que sea admisible ningún otro documento, es notorio que, cualquiera que sea aquél, no llenará las condiciones formales legalmente establecidas.

A tal fin, no cabe confundir la escritura con el acta notarial, porque son especies distintas del género "instrumento público", cuya distinción, sobre tener un acusado matiz diferencial en la doctrina, se halla perfectamente delimitada en la legislación notarial, integrante a este respecto del Código civil, por virtud de lo prevenido en el artículo 1.217, ya que, al establecer que los documentos públicos en que intervenga Notario se regirán por la legislación notarial, deja a ésta la determinación de su contenido, según así se infiere del artículo 143 del vigente Reglamento de 2 de junio de 1944, que, a los efectos del citado artículo 1.217, también previene que los documentos notariales se regirán por las normas contenidas en el presente título a diferencia de los testamentos y actos de última voluntad, que han de acomodarse, en cuanto a su forma y requisitos, a los preceptos de la legislación común.

Tal distinción fué ya iniciada, aunque de forma embrionaria, por el Reglamento de 1874, que, al declarar y completar los artículos 1.º y 17, de la Ley del Notariado de 1862, marcó de manera esencial la función propia de las actas notariales, referida a la extensión y autorización por los Notarios de aquellas en que se consignent los hechos y circunstancias que previenen y les consten y que, por su naturaleza, no sean materia de contrato; viniendo más tarde el actual Reglamento a puntualizarla, precisando en su artículo 144 que el contenido de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que implican prestación de consentimiento y los contratos de todas clases; en tanto que la órbita propia de las actas afecta exclusivamente a hechos jurídicos que, por su modo peculiar, ni pueden calificarse de actos, como los antecitados, ni de contratos.

Si a mayor abundamiento se tiene en cuenta cómo el Reglamento concreta y pone de relieve los elementos, formalidades y función privativa de esta clase de instrumentos, forzoso será concluir que no cabe confusión entre las escrituras y las actas, a los efectos del artículo 8.º de la Ley Procesal Civil, no obstante la autenticidad de éstas, por cuanto carecen del valor y alcance de aquéllas, doctrina que, a excepción de la sentencia de 16 de marzo de 1898, ha sido acogida por esta Sala en las de 7 de julio de 1917, 26 de marzo de 1922 y 30 de abril de 1923, de las que cabe deducir que no son las actas notariales instrumentos adecuados para prorrogar a los componedores el plazo para dictar su laudo, y que la única forma legal

es la escritura exigida *ad solemnitatem* para que aparezca de ella inequívocamente la prestación del consentimiento que la prórroga ineludiblemente implica.

Aunque existieran términos hábiles en la legislación notarial —que no existen— para otorgar a las actas rango equivalente a las escrituras y un valor, por tanto, para la expresión de declaraciones de voluntad constitutivas de negocios contractuales, el laudo originario del recurso sería igualmente nulo y casable: Primero, porque el acuerdo necesario para la prórroga no puede obtenerse a través de unas actas de requerimiento instadas por los compondores, y dirigidas a los comprometidos, sin vínculo directo entre éstos por el cual puedan con la debida exactitud determinarse las circunstancias en que las declaraciones de voluntad nacen y se desarrollan hasta convertirse en un contrato perfecto; y segundo, porque la propuesta de los compondores fué limitada en el tiempo, advirtiéndose a los comprometidos que, como el plazo para pronunciar su sentencia final el 30 de abril de 1946, era precisa su determinación antes de dicha fecha; y como a pesar de tal advertencia el Sr. F. P. no aceptó hasta el 7 de mayo siguiente ante un Notario de Madrid, y en momento en que la oferta estaba caducada y extinguido el término del compromiso, es obvio que el laudo se dictó extemporáneamente; máxime si no se olvida que la copia del acta se remitió a Barcelona para su incorporación al protocolo del Notario requirente sin cumplirse el requisito de la legalización, inexcusable conforme a la legislación notarial, para que pudiera surtir en dicho territorio los debidos efectos.

#### COMENTARIO

A) La sentencia aborda un complejo de problemas de indudable importancia.

Anula el laudo dictado por los amigables compondores por tres órdenes de razones: una de forma y dos que afectan a la sustancia del consentimiento a efectos de la obligación. El problema de forma afecta también al fondo, por cuanto se trata, a la luz de la sentencia, de forma *ad solemnitatem*, de valor constitutivo, tan esencial como el consentimiento mismo, so pena de inexistencia o nulidad del contrato.

La "cuestión esencial" se reduce a decidir "si el acta notarial debe estimarse equivalente a una escritura pública y, por tanto, con eficacia para prorrogar el plazo concedido a los amigables compondores".

La Sala estima que "no cabe confundir la escritura con el acta porque son especies distintas del género "instrumento público", siendo la escritura pública la única forma legal exigida *ad solemnitatem* para que aparezca de ella inequívocamente la prestación del consentimiento que la prórroga ineludiblemente implica".

El concepto "escritura pública" del artículo 863 de la Ley Procesal hay

que interpretarlo "en sentido amplio", siendo equivalente al "acta notarial", como dice uno de los procesalistas modernos más autorizados.

Viene la doctrina de la sentencia del T. S. de 16 de marzo de 1898, según la cual, a los efectos del artículo 803, el acta es equivalente a la escritura "porque en el sentido genérico de este concepto se comprenden todos los documentos en que se relacionan actos o hechos cuya autenticidad o existencia está garantizada por un funcionario a quien la Ley confiere la fe pública extrajudicial"...

Esta interpretación parece estar en armonía con el sentido de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, que debió proyectarse sobre la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881.

La Ley emplea conceptos genéricos, comprensivos, tales como "instrumento público", "escritura matriz", "escritura autorizada".

"Se entiende por protocolo la colección de las escrituras matrices autorizadas durante un año" (art. 17).

"Las escrituras autorizadas por Notario harán fe en la provincia"... (artículo 30).

"Los Notarios remitirán... índices de las escrituras matrices autorizadas en el año anterior" (art. 33).

"Escritura" es, por consiguiente, *todo* instrumento autorizado por el Notario y protocolado.

Es difícil que la Ley de 1881, al hablar de "escritura pública" de prórroga, entrara en discriminaciones excluyentes del "acta" notarial.

Funda la Sala en la sentencia su criterio excluyente del acta, en el artículo 144 del Reglamento de 2 de junio de 1944, que establece el "contenido propio" de las escrituras y la "órbita propia" de las actas. De las escrituras, "las declaraciones de voluntad". De las actas, "los hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos".

La norma reglamentaria de 1944, obediente a rigor técnico, cada día más ajustado, no aspira a modificar el sentido y espíritu animador del artículo 803 de la Ley Procesal de 1881. Los preceptos de la Ley Procesal habrá que interpretarlos a su propia luz y la de la legislación preexistente.

Parece escasa la sustancia discriminadora del Reglamento para el alcance que le confiere el fallo. La forma, literalmente interpretada, domina al fondo que es la prestación del consentimiento. El consentimiento, sin embargo, en forma auténtica, es lo decisivo.

La forma *ad solemnitatem* no la exige la Ley Procesal como garantía de constancia del consentimiento "inequívocamente".

En nuestro sistema, influido por la Ley única, título 16 del Ordenamiento de Alcalá, que legitima el vínculo anudado "de cualquier manera", la forma *ad solemnitatem*, excepcional, responde a otras motivaciones.

En la hipoteca, enfiteusis, donación de inmuebles, capitulaciones matrimoniales, repudiación de herencia, etc., la forma *ad solemnitatem* (bajo pena de nulidad), obedece a razones con sustantividad propia.

En el compromiso hay matices que conviene recordar.

El pacto de someter un negocio a compromisarios no exige escritura

pública. Así lo ratifican las sentencias, entre otras, de 14 de marzo de 1933 y 24 de marzo de 1947.

El pacto de autorización a tercero para resolver las cuestiones pendientes, entre partes, es distinto del compromiso.

El compromiso en cuanto a su forma y efectos, se rige por la Ley Procesal (art. 1.821 del Código civil).

La Ley Procesal exige la forma *ad solemnitatem*, la escritura pública, "bajo pena de nulidad", para el compromiso básico del "juicio" de amigables componedores.

El "juicio", eso no obstante, es negocio contractual privado.

Tasa además la Ley los requisitos de la escritura "bajo pena de nulidad" (art. 828, en relación con el 793).

Los requisitos son: fecha, nombres, negocio y plazo.

La prórroga del plazo puede hacerse por unanimidad por los componedores cuando estén facultados en la escritura y por las partes con escritura adicional. Para esta prórroga, no tasa la Ley los requisitos o "circunstancias" bajo pena de nulidad. Es una prórroga en escritura pública sin requisitos tasados y sin sanción de nulidad. Hay un contraste perceptible entre el artículo 792 (... "Y será nulo en cualquiera otra forma...") y el párrafo 1.º del 803 (... "escritura pública", sin más).

"Escritura pública" será un documento material con el consentimiento de los compromitentes para prorrogar el plazo.

Acta con declaración de voluntad vale por escritura pública, a estos efectos, aunque "el contenido propio de las escrituras, sean las declaraciones de voluntad, y el acta desborde la "órbita propia" trazada por el Reglamento del Notariado. Supuesto, es claro, la identidad del otorgante.

Sabido es que la aceptación de la donación de inmuebles podrá hacerse "en la misma escritura de donación o en otra separada".

Un acta notarial en que la heredera del donante, en relación con la donación, declaró que "la tenía por buena, firme y valedera"... "que la ratificaba por su parte si necesaria fuere en beneficio del donatario", la estimó el Tribunal Supremo como continente de "manifestaciones con trascendencia jurídica" decisiva, e incluso supletoria de la escritura de aceptación por el donatario que instó el acta (sentencia del T. S. de 12 de junio de 1896).

Lo que imprime carácter es la declaración de voluntad, en forma notarial—auténtica—para servir el interés que el artículo 803 trata de proteger, según la doctrina de la sentencia de 16 de marzo de 1898.

La sentencia objeto de este comentario, de 16 de junio de 1947, cita la sentencia de 1898 como "excepción" en un conjunto de tres sentencias más: las de 17 de julio de 1917, 16 de marzo de 1922 y 30 de abril de 1923. La cita de la segunda debe de obedecer a error de copia. La de 1917 rechaza la prórroga por no constar el consentimiento (en ninguna forma) de uno de los compromitentes y por no haberse hecho la "supuesta prórroga": "en forma legal" (acta).

La de 1923, más alejada del problema del día, se refiere a la prórroga

acordada por los compondores por "mayoría" y no por "unanimidad", como exige el párrafo segundo del artículo 803.

La contraposición "escritura" y "acta" como instrumento de la prórroga es objeto de la sentencia de 1898 y la de 1947, con resoluciones contrarias.

B) La sentencia aborda, aparte el problema de forma, otros relativos al consentimiento.

El primero le resuelve en el sentido de que "el acuerdo necesario para la prórroga no puede obtenerse a través de unas actas de requerimiento instadas por los compondores y dirigidas a los comprometidos sin vínculo directo entre ellos"...

Tal modo de consentir entró en juego también en la sentencia de 16 de marzo de 1898, en virtud de un mecanismo idéntico de declaraciones de voluntad.

... "solicitada por el compondor dirimente mediante un acta notificada por el Notario autorizante a los interesados que la otorgaron expresamente, la prórroga no carece del requisito formal establecido en el artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento civil"...

"El vínculo directo" se establece a través del pacto de compromiso, de la escritura de designación de compromisarios para que diriman la contienda en un plazo y de la voluntad de prorrogar el plazo para mantener la jurisdicción de los amigos comunes.

La prestación del consentimiento en momentos distintos es indiferente. La suma de las declaraciones de voluntad hace el nexo.

En el caso resuelto por la sentencia de 1947 la "absoluta conformidad" de uno de los comprometidos (ante la prórroga) condicionada a la aceptación del otro, que aceptó, "íntegramente", con la condición de que la aceptara su consocio, que ya la había aceptado, tejen el vínculo jurídico "directo".

C) El segundo de los problemas lo resuelve la sentencia negando virtualidad a las declaraciones de voluntad relativas a la prórroga, porque "la propuesta de los compondores fué limitada en el tiempo, advirtiéndolo a los comprometidos que como el plazo finaba el 30 de abril de 1946 era precisa la determinación antes de esa fecha"..., "y que el Sr. F. P. no aceptó hasta el 7 de mayo, en momento en que la oferta estaba caduca y extinguido el término del compromiso"...

Una sentencia del Alto Tribunal decidió que el plazo pueden prorrogarlo "aun después de haber expirado el término"..., "no implicando, como no implica esta cuestión, nada que afecte al derecho público"..., "dueños como son los interesados del mantenimiento del compromiso"... (sentencia de 1º de octubre de 1909).

El compromiso puede caducar por haber finado el término, y renacer con la voluntad de prórroga de los interesados dueños de su propio negocio de derecho privado. La voluntad de prorrogar es lo decisivo.

La situación jurídica de "caducidad" que establece la sentencia no la fijó,

por otra parte, "oportunamente" el recurrente. La entidad "R. B. y P." dejó un lapso desde el 15 de mayo de 1946, en cuya fecha el Notario le dió copia de la aceptación del 7 en Madrid, y el 21 de junio del mismo año (cuatro días antes de la sentencia y nueve antes de expirar los dos meses de la prórroga), que al menos es una zona de imprecisión, sin ninguna dimensión común con la idea de caducidad del compromiso.

Es difícil establecer la línea divisoria entre caducidad y vigencia.

La fijeza en la situación jurídica de caducidad exigiría una declaración de voluntad "inmediata" a la expiración del término, un requerimiento a los compondores para que "se abstengan de conocer", puesto que, era notorio, que estaban "conociendo".

El silencio durante treinta y seis días en que los compondores actuaron puede obedecer a una cautela, quedando así el contrato al arbitrio de una de las partes contratantes.

D) Se enlaza con este tema el de la firmeza de los propios actos.

Esta consideración parece influir la doctrina de la sentencia tan repetida de 16 de marzo de 1898, al dejar establecido que los compromitentes otorgaron la prórroga "sin protesta ni limitación alguna".

Es difícil conciliar la posición de una Entidad que, "sin protesta", consiente en acta notarial la prórroga solicitada por los compondores, y que luego funda un recurso de casación en que el acta misma no vale para consentir la prórroga, con todo lo demás que estima la sentencia que comentamos.

Sin razones de orden público, evidentes, que puedan interferirse, impeña el principio "*Nemine licet adversus sua pacta venire*", sin cuya vigencia todo el orden contractual estaría en conmoción.

Todo contratante está obligado a soportar su propia Ley: "*Patere legem quam ipse feciste*".

La tendencia de los contratantes a revisar sus propios actos es peligrosa para la seguridad jurídica.

E) La Sala resuelve un sistema de cuestiones, escalonadas, que conducen a la declaración de nulidad de la prórroga, y así, a la declaración de nulidad del laudo por haberse dictado fuera del plazo prefijado.

La eficacia del consentimiento en razón del mecanismo de las declaraciones de voluntad y del molde que las contiene exigiría el amplio cauce del juicio declarativo.

Esta idea, aun sin la identidad de casos, late en la sentencia de 17 de enero de 1946, que rechazó el recurso con el fundamento de que "la nulidad del acuerdo de prórroga", "adoptado por los compondores según el párrafo segundo del artículo 803, con sujeción a una cláusula de la escritura que se estima ilícita"... "ha de ser resuelta en juicio ordinario"...

Otra sentencia refuerza su argumentación considerando que "no es misión de los Tribunales complicar y dificultar el móvil de paz y equidad que persigue el juicio de amigables compondores desnaturalizándolo en sus características de sencillez y *bona fides*, sólo porque los compromisarios no cumplieron un requisito de forma

que ni los interesados ni la Ley consideran necesario como garantía del procedimiento, o por aplicar un criterio excesivamente restringido" (9 de abril de 1941).

La sentencia del día contiene una cadena de decisiones predeterminantes de la nulidad del laudo por nulidad de la prórroga.

Tal vez el complejo desborde el ámbito limitado del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley Procesal y exige el trámite del juicio declarativo.

Juan CASTRILLO

*Abogado y Notario de los Ilustres  
Colegios de Madrid.*

## 2. Indivisibilidad de la hipoteca

(SENTENCIA 10 MARZO 1947)

ANTECEDENTES.—Por D.<sup>a</sup> Marta y D.<sup>a</sup> Blanca se formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Madrid, con fecha 12 de marzo de 1943, contra los herederos de D. Bartolomé S., fundada en los siguientes hechos: Que mediante escritura pública de fecha 11 de febrero de 1928, D. Francisco y D. Gonzalo concedieron un préstamo de 155.500 pesetas a D. Rafael R., en cuya cantidad, que conjuntamente prestaron aquellos señores, participaban en la proporción de 95.500 pesetas y de 60.000 pesetas, respectivamente; y en garantía de dicho préstamo, el Sr. R. constituyó hipoteca sobre una casa en construcción en Madrid. Por faltar el deudor al cumplimiento de sus obligaciones, los acreedores iniciaron el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, ante el Juzgado de Primera Instancia número 10, para hacer efectivo su crédito. Posteriormente, D. Gonzalo cedió su crédito a D. Bartolomé S., mediante la correspondiente escritura, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad. Dicho D. Bartolomé inició, por su parte, procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, ante el mismo Juzgado número 10, contra el Sr. R., por la suma de 60.000 pesetas, con cuya cuantía participaba en el crédito de referencia, y seguidos los trámites legales, terminó el procedimiento, en el que se le adjudicó al actor la finca citada en pago de su crédito, haciéndose asimismo la inscripción en el Registro de la Propiedad. Más tarde, en 12 de febrero de 1934, el Sr. S. instó ante el mismo Juzgado la nulidad de actuaciones del repetido procedimiento judicial, sumario, a partir de la resolución acordando la celebración de la subasta, fundándose en que la finca objeto de la ejecución había sido anunciada y rematada como casa, y el hecho cierto es que sólo se trataba de un solar sin desmontar; petición que desechó el Juzgado, reservando al actor el derecho de instarla en el juicio declarativo correspondiente. En tanto que se sucedían estos hechos, el procedimiento sumario instado por D. Francisco y D. Gonzalo estuvo paralizado, sin que D. Gonzalo ni D. Bartolomé, que del mismo traía causa por contrato de cesión, desistieran de aquel procedimiento. Con fecha 22 de enero de 1934, o sea con gran posterioridad a la adjudicación de la finca hipotecada al Sr. S.; D. Francisco, que hasta entonces no había tenido noticia del procedimiento seguido por el cesionario de la participación en el crédito de D. Gonzalo, instó el curso de los autos del procedimiento que en unión de éste iniciara, si bien sólo por su participación de 95.500 pesetas, y previos los trámites legales pertinentes, se dictó auto el 1 de septiembre de 1934, adjudicándose la finca hipotecada al Sr. S.

tecada al actor, en pago de su crédito, y presentado el auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad, se denegó su inscripción, alegando que ello implicaría la cancelación de la verificada a favor del Sr. S., que conforme al artículo 51 del Reglamento de la Ley Hipotecaria se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia, y además sería tanto como resolver la preferencia entre dos acreedores del mismo rango hipotecario, lo que no entra dentro de las facultades del Registro de la Propiedad. Dicho D. Francisco entabló el oportuno recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que fué desestimado por resolución de 9 de diciembre de 1935. En 29 de octubre de 1936 falleció don Francisco, y practicadas las operaciones de partición de su herencia, se adjudicó su participación a D.<sup>a</sup> Marta y a D.<sup>a</sup> Blanca. Por todo lo expuesto se solicitaba que se tuviese por deducida acción en juicio ordinario de mayor cuantía contra los herederos causahabientes de D. Bartolomé S., y en definitiva se declarara la nulidad de las actuaciones del procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, seguido por el ya indicado don Bartolomé S. contra D. Rafael Rosado, el cual terminó por adjudicación al actor, en pago de su participación en el crédito hipotecario que conjuntamente ostentaba con D. Francisco del total de la garantía afectada, esto es, de la finca urbana, sita en Madrid, calle de Bretón de los Herreros, número 7, y consiguientemente se declarara la nulidad de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad, decretándose tal nulidad por el perjuicio inmerecido que se causó a D. Francisco, y ordenándose practicar una nueva inscripción, en la que la referida casa se adjudique a D. Francisco y D. Bartolomé en las proporciones que les corresponde, conforme a su participación en el crédito hipotecario.

Por escrito de fecha 12 de abril de 1943 los demandantes ampliaron la demanda con los hechos siguientes: Que D. Bartolomé falleció intestado el día 3 de noviembre de 1934, en estado de viudo, dejando un hijo llamado Eusebio J., que a su vez falleció el 29 de enero de 1939, sin otorgar testamento, hallándose casado con D.<sup>a</sup> Francisca, de cuyo matrimonio deja un hijo llamado Angel; que, por lo tanto, los únicos herederos conocidos eran los ya indicados D. Angel y D.<sup>a</sup> Francisca, siendo su paradero desconocido, por cuyo motivo debía emplazárseles por edicto; así como al Ministerio Fiscal, en representación de las personas desconocidas o inciertas, que puedan ser menores, ausentes o incapaces, y que puedan tener igual o mejor derecho a la herencia del indicado D. Bartolomé; y como podría darse el caso de que los titulares de la herencia la hubiesen repudiado, debe asimismo emplazarse al Abogado del Estado, por los derechos que a éste le corresponderían en tal evento.

Acordado como se pedía y hechos los emplazamientos correspondientes, compareció en autos el Abogado del Estado, que contestó a la demanda condicionando el reconocimiento de los hechos a lo que de la prueba resultara.

Asimismo compareció la representación de los demandados, que evacuó el traslado de contestación a la demanda.

El Ministerio Fiscal, emplazado, como ya se dijo, expuso, contestando a la demanda, que como habían comparecido en autos los herederos de don Bartolomé, y no había principio de prueba, ni aun noticia de que existieran otros herederos, no tenía representación alguna en pleito.

Renunciado al traslado de réplica por la parte demandante, se acordó el recibimiento a prueba, y evacuado a su tiempo el traslado de conclusiones por una y otra parte y declarados conclusos los autos, dictó sentencia el Juez de Primera Instancia número 9 de Madrid, en fecha 12 de abril de 1944, absolviendo a los demandados.

Interpuesta apelación contra la mencionada sentencia por los demandantes ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, admitida ésta y sustanciada la apelación, dictó sentencia confirmando la apelada.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Fundados todos en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Primero. Infracción por violación y falta de aplicación del artículo 394 del Código civil y de la doctrina legal establecida en las sentencias de 18 de diciembre de 1933 y 4 de abril de 1921, ya que el crédito hipotecario que se constituyó en la escritura de 11 de febrero de 1928 pertenecía a D. Francisco y D. Gonzalo, en común y proindiviso, y, sin embargo, los herederos de D. Bartolomé, que a su vez era continuador de D. Gonzalo, se separó del procedimiento que conjuntamente emprendieran ambos titulares, y en procedimiento separado obtuvo en pago de su parte de crédito la adjudicación de la totalidad de la finca hipotecada. Por todo ello es nulo el procedimiento que instó, nula de adjudicación y nula también su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Segundo. Infracción por violación del artículo 1.860 del Código civil; pues el Derecho real de hipoteca constituido en la escritura de referencia es, como todos los de su clase, indivisible, sin más excepción que la del supuesto—que no se da en este pleito—en que siendo varias las cosas dadas en hipoteca, cada una de ellas garantiza solamente una porción determinada del crédito.

Tercero. Infracción por violación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 1909. En el procedimiento sumario regulado en dicho artículo las cargas anteriores continúan subsistentes (regla 8.ª) y las posteriores se cancelan (regla 17); nada dice sobre cargas de igual rango, es decir, que no sean anteriores ni posteriores, como ocurre en el presente caso, resultando de ello una de las dos consecuencias: a) Que la hipoteca por la parte de crédito que pertenece a los herederos de D. Francisco está vigente y, por tanto, puede ser ejecutada sobre la finca hipotecada, perteneciente—supuesta la validez de la adjudicación—a los herederos de D. Bartolomé. En este supuesto, la parte de crédito de D. Francisco sería tratada como anterior y preferente, siendo igual. b) Que dicha parte de hipoteca perteneciente a D. Francisco ha quedado cancelada; en consecuencia, siendo igual a la otra parte, en cuanto a rango, sería tratada como posterior. No se atrevió a tanto la contestación a la demanda, aunque sostuvo que la hipoteca había quedado cancelada, pero vivo el crédito, con notorio desconocimiento de la inseparabilidad de ambos.

#### CONSIDERANDOS.

.....

Segundo. Que del resultado de los hechos anteriormente expuestos el nervio de la cuestión suscitada en este pleito y sobre el que se proyectan los motivos del presente recurso, consistente en determinar la efectividad que ante la Ley sustantiva y el derecho especial hipotecario, hay que reconocer a esa participación de 95.500 pesetas que continúa subsistente del crédito hipotecario de 155.500 pesetas que asegurado por la escritura pública de 11 de febrero de 1928 se halla amparado por una inscripción no cancelada existente en los libros del Registro de la Propiedad, pero cuyo objeto del gravamen ha desaparecido totalmente por haber sido adjudicado en pleno dominio y libre de cargas en virtud de subasta mediante procedimiento especial hipotecario instado por el titular de la otra participación del referido crédito hipotecario de 155.500 pesetas, que se garantizó por el mismo documento público y fué amparado por la misma inscripción en el Registro.

Tercero. Que son principios fundamentales en el sistema hipotecario español, por un lado, la indivisibilidad del derecho real de hipoteca, según establece con diversos supuestos el artículo 1.860 del Código civil, y

por otro el de la jerarquía de las hipotecas en la efectividad de los derechos que ostentan conforme a su cualidad de preferentes en el orden cronológico de sus fechas, y haciendo aplicación de estos principios al caso controvertido en el presente recurso, se advierte que conforme al principio de ellos, la hipoteca establecida sobre la finca de la calle de Bretón de los Herreros, número 7, de esta capital, mediante la escritura de 11 de febrero de 1928, constituyó un único gravamen garantizador de un solo crédito total de 155.500 pesetas, debido a dos titulares, quienes si bien discriminaron sus participaciones de 95.500 y 60.000 pesetas, respectivamente, haciéndose así constar en la escritura y en la inscripción en el Registro de la Propiedad, procedieron ambos con visible propósito de imponer una sola carga sobre el referido inmueble, como lo indica la asignación de la cantidad de 30.000 pesetas para gasto, sin hacer división alguna en ellas con referencia a las participaciones aludidas y al haber iniciado conjuntamente el procedimiento sumario que posteriormente quedó en suspenso para hacer efectivo el total del crédito, y tal situación jurídica no pudo ser sustancialmente cambiada por la cesión que D. Gonzalo hizo al Sr. S. de su parte en el crédito referido porque lo que se efectuó fué un cambio en la persona de un acreedor sin mutación en la cosa, toda vez que el cesionario quedó en virtud de la cesión subrogado en el lugar del cedente, sin adquirir más derechos ni menguar en los que éste tenía y, desde luego, sin alterar ninguna de las estipulaciones contenidas en el documento público originario, por lo que es forzoso reconocer que al no ser divisible el derecho real de hipoteca no era lícito a un titular de parte del crédito ejercitar la acción hipotecaria en su solo provecho sobre toda la finca gravada porque ambos acreedores integraban una forma de comunidad, ya que sus respectivos créditos no gravaban sobre partes determinadas diferentes de la finca, sino que el total del préstamo y gastos se hallaba impuesto sobre la finca toda y por ende el ejercicio individual del derecho de cada uno se hallaba constreñido por la condición de no ocasionar lesión al derecho del otro ni hacer imposible su ejercicio por desaparición de la cosa, por todo lo cual es innegable el error en que incurre la Sala sentenciadora al fundar su resolución en la consideración de que S. pudo perseguir la efectividad de su crédito hasta conseguir la adjudicación del inmueble porque usaba de su derecho, y es sabido que *qui jure suo utitur neminem laedit*, y también porque no hay precepto que impida a un acreedor hipotecario ejercitar su derecho por su cuantía o participación con independencia de los demás cuando el crédito a que se refiere está atribuido a varios acreedores, toda vez que estas afirmaciones tan generales no resultan completamente exactas porque aparte de la limitación que se establece en el párrafo tercero del artículo 1.860, antes aludido, del Código civil, en el que existe un derecho, pero se impide su ejercicio ante el riesgo del daño ajeno, supuesto análogo al presente, la aplicación de aquella doctrina en el caso de hipoteca única sin distribución en las partes del inmueble gravado produce de hecho la división de lo que la Ley prohíbe que sea dividido y hace ineficaz un derecho que se halla protegido con rotundas garantías sustantivas y procesales hasta llegar a

estimarse necesario exigir la mayor rigidez en la aplicación de los preceptos que salvaguardan los derechos inscritos, y acusado este error en el Tribunal a que procede estimar los motivos primero y segundo del presente recurso.

Cuarto. Respecto del segundo de los principios fundamentales del sistema hipotecario español, de que más arriba se hace mención, o sea al referente a la jerarquía que en su efectividad tienen las hipotecas conforme a su cualidad de preferentes o al orden cronológico de su inscripción, es de notar que en el caso a que se contrae el pleito que origina el presente recurso se ha producido la anomalía hipotecaria de que en virtud de la adjudicación de la finca gravada como consecuencia del procedimiento instado por el titular de una participación del crédito que aquélla en su totalidad garantizaba, ha quedado sin cancelar la inscripción de la hipoteca originaria y subsistente el resto del crédito, quedando sin determinar al efectuarse la adjudicación y consiguiente nueva inscripción de dominio si esta hipoteca no cancelada continúa gravando sobre el inmueble, conforme para las anteriores en fecha a la ejecución que establece la regla octava del artículo 131 de la Ley, o si ha perdido su vigor y eficacia, como acontece a las posteriores, y esta anomalía hipotecaria contra la que se formula el motivo tercero del recurso se ha ocasionado en primer término *por haberse quebrantado el principio de la indivisibilidad de la hipoteca que recoge el Considerando anterior*, pues al dividir en dos, según las participaciones en el crédito el gravamen que estableció la escritura de 11 de febrero de 1928, se ha hecho surgir el concepto de que ambas cargas eran simultáneas por ser de la misma fecha y rota la forma diferencial entre cargas anteriores y posteriores a la que se ejecuta, que regula el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley, queda esta carga considerada simultánea en situación que no se halla resuelta por ningún precepto, lo que pudiera parecer una laguna de la Ley; pero hay que advertir que tal situación no puede producirse en nuestro sistema hipotecario, en el cual, siguiendo con inexcusable rigor el principio *potior tempore prior jure*, se exige forzosamente la consignación de la fecha, incluso con la determinación horaria de cada inscripción, atribuyéndosele por ello un orden y rango definido que facilita el movimiento normal del mecanismo procesal hipotecario, haciendo imposible, siempre con obediencia, el principio de indivisión y con la excepción de las hipotecas constituidas en garantía de títulos o de obligaciones que por su peculiaridad tienen un especial régimen marcado en la Ley, que en modo alguno puede generalizarse, que concurran en un procedimiento gravámenes de igual rango o derecho, y por otra parte también ha contribuido a producir la anómala situación aludida *al vicio procesal que se observa en el procedimiento especial sumario seguido por el Sr. S., que terminó por la adjudicación de la finca en cuestión mediante el auto expedido por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid, de fecha 1.º de septiembre de 1932, pues en el dicho procedimiento, omitiendo toda mención a la carga que representaba la participación de las 95.510 pesetas que D. Francisco tenía sobre el inmueble gravado, sin declararla subsistente, por estimarla anterior.*

ni hacer las notificaciones que la regla quinta del artículo 131, tantas veces citado, previene para los acreedores posteriores, se deja de acordar, conforme previene la regla 17.<sup>a</sup> del artículo referido, la cancelación de la hipoteca que originariamente garantizaba el crédito del actor, realizada en virtud de la repetida escritura de 11 de febrero de 1928, y se ordena, en cambio, la cancelación del asiento producido por la inscripción de la escritura de cesión del crédito de 60.000 pesetas que D. Gonzalo hizo al ejecutante Sr. S., y que, como antes queda dicho, no pudo alterar ni modificar la esencia, individualidad y extensión de la hipoteca inscrita en 1928, garantizando el crédito total de ambos acreedores, y por haberse producido a causa de todo ello la violación del contenido del artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria de 1909, que demanda el motivo tercero y último del recurso, es procedente la estimación del mismo y, por consecuencia, dar lugar al recurso.

FALLO.—Ha lugar.

#### COMENTARIO

De igual manera que el artículo 1.861 del Código civil, el 105 de nuestra Ley Hipotecaria ordena que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones. La obligación mancomunada con pluralidad de acreedores formalizada en la escritura de 11 de febrero de 1928 se aseguró mediante un derecho real de garantía con la hipoteca constituida a favor de F. y C. sobre una finca sita en esta ciudad.

La hipoteca es, según Planiol<sup>1</sup>, una garantía real que sin implicar la desposesión actual del propietario de la cosa hipotecada permite al acreedor embargarla al tiempo del vencimiento para hacerla vender en cualesquiera manos que se encuentre y cobrarse con el precio obtenido con preferencia a los demás acreedores. Wolff la considera como el gravamen de una finca con una cantidad en metálico de carácter accesorio, y Heck<sup>2</sup>, como derecho real que faculta, caso de incumplimiento de una obligación de suma de dinero, a obtener su importe de un bien inmueble.

En su precioso tratadito dedicado al Derecho de Cosas, afirma Hedeman que la hipoteca constituye un caso singular de los derechos reales de garantía, en la que no es la tierra en su ser natural, sino su valor, en cambio, lo decisivo, por lo que puede expresarse con la fórmula de que es la responsabilidad sobre el valor en cambio de una finca de un crédito dinerario.

Si nos representamos la tierra como parte de la superficie del Globo susceptible de aprovechamiento natural por el hombre, podemos también tener en cuenta su valor en dinero y colocar a éste como base para determinados derechos reales. La hipoteca constituye un caso tipo de los denominados derecho de realización del valor, no otorga ninguna participación en lo que podría llamarse substancia de la tierra, sino que utiliza con una determinada finalidad el valor en dinero del terreno.

1. *Tratado de Derecho Civil*, vol. II, pág. 861.

2. *Grundriß des Sachenrecht*, pág. 314.

En suma, la hipoteca va unida a una obligación. El interés del acreedor por la prestación resulta asegurado con la cosa hipotecada y con todos los medios que protegen al acreedor ordinario. El crédito por garantizar es tan esencial en los derechos reales de garantía como lo sea en la fianza. enseña Wolff.

No queremos detenernos aquí en señalar la evolución del paralelismo entre el derecho de crédito y el derecho real de garantía, aunque sí convendrá recordar, al menos, que fué la ciencia del Derecho común la que constituyó la naturaleza accesoria del derecho de hipoteca, paladinamente puesta de relieve por Windscheid al decir que el derecho de garantía presupone una obligación. Dedicado a la seguridad de una obligación, pierde con la extinción del crédito la base para su existencia y se extingue cuando la obligación deja de existir.

Adviértese, por lo tanto, que dado ese marcado paralelismo entre el derecho de obligación y el derecho real, y rigiéndose la extinción de aquél con arreglo a los modos normales de extinguirse las obligaciones, la pérdida de ésta que algunos califican (efecto jurídico primario), pondrá también fin a la vida del derecho real (efecto jurídico secundario). De suerte que un solo acto produce esos dos efectos, la extinción de la relación jurídica obligacional y la pérdida del derecho real de garantía. Es la voluntad de las partes la que conferirá, unas veces, interés primordial a una u otra finalidad, o ambas por igual. El acto de pago modo normal del cumplimiento de las obligaciones puede pretender en ocasiones, como aspiración suprema de los contratantes, liberar la finca de un gravamen real implícito en la hipoteca, como cuando se trata de disponer de la cosa libre de cargas ante una operación de venta favorable o de someterla a gravamen en condiciones más ventajosas. Mas las consecuencias de la dependencia o accesoriadad no son tan absolutas que eliminen aquellos supuestos en que, extinguida o en suspenso la relación jurídica obligacional, el derecho real de garantía continúe subsistente, como sucede, por ejemplo, en los supuestos de prescripción o concurso.

El moderno Derecho alemán no admite esa extinción de la hipoteca por la extinción del crédito, como sucedía en el Derecho anterior. Debido a influencias de la legislación prusiana se han reducido considerablemente, merced a la deuda inmobiliaria, los casos de extinción de la hipoteca. No obstante, el Derecho en vigor sanciona como casos de extinción los de satisfacción del acreedor sobre la finca o sobre los objetos a los que se extiende la hipoteca, y la adjudicación de la finca al mejor postor en la subasta judicial, que no sólo libera de las hipotecas que se han de satisfacer con el producto obtenido, sino que extingue las que quedan en descubierto.

En el Derecho español no se admite esta conversión de la hipoteca en deuda inmobiliaria del propietario; pero se reconocen como causas de extinción de la hipoteca, entre otras, el haber sido satisfecho el acreedor en ejecución forzosa y la adjudicación de la finca al mejor postor en la subasta o al mismo ejecutante. Tal es, precisamente, el supuesto de hecho de la sentencia del Alto Tribunal que se comenta, si bien ofrezca la particularidad de que la adjudicación de la finca al cesionario de la partici-

pación hipotecaria dejó subsistente la otra participación de la misma hipoteca. Es decir, que la adjudicación se hizo, en parte, contra lo dispuesto en la regla décimoséptima del art. 131 de la Ley Hipotecaria, que señala las normas del procedimiento judicial sumario, y conforme a la cual: verificado el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto, aprobándolos en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen y ordenando la *cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor*, y, en su caso, la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de aquélla.

En sus conocidos comentarios sobre legislación hipotecaria (vol. IV, página 125, 2.<sup>a</sup> edición), escribe Morell y Terry, al analizar el artículo 131 de la Ley, que toda subasta se anuncia con dos condiciones esenciales: "1.<sup>a</sup>, que los licitadores o el acreedor adjudicatario aceptan como bastante la titulación consistente en la certificación del Registro, y 2.<sup>a</sup>, que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor han de continuar subsistentes, entendiéndose que el rematante o el adjudicatario los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate".

Las palabras *anteriores*, según un conocido comentarista, refiérense a cargas y *preferentes* a gravámenes. Si bien parece más correcto estimar que anteriores se refiere tanto a cargas como a gravámenes, y lo mismo ocurre con las preferentes. Quiere la Ley que se respete todo derecho preferente al del actor, ya sea por su naturaleza, ya por su fecha, ya por la fecha de la inscripción, ya por convenio de los interesados.

Roca Sastre, en sus justamente reputadas *Instituciones de Derecho Hipotecario* (vol. III, pág. 471), distingue, al estudiar los efectos del procedimiento, dos grupos entre los acreedores: los derechos, cargas o gravámenes anteriores o preferentes a la hipoteca, que determina la ejecución, y los posteriores. Para los primeros, la ejecución hipotecaria es *res inter alios acta*. Permanecen completamente extraños a su substanciación y consumación; sus titulares ni siquiera son notificados de la existencia del procedimiento, pues la Ley entiende que con la subsistencia quedan incólumes.

Respecto de los principios de la ejecución forzosa cabe adoptar el sistema de la liquidación o el de la subsistencia. Nuestro Derecho, antes de la reforma hipotecaria de 1909 y conforme al artículo 1516 de la Ley de Enjuiciamiento civil, seguía el primero, según el cual hipotecas o gravámenes anteriores o preferentes como los posteriores quedaban extinguidos, y a su extinción se dedicaba el precio del remate<sup>3</sup>.

Con el sistema del mantenimiento de las cargas subsisten las anteriores y preferentes y se subroga en ellas al adjudicatario. Es el régimen adoptado por el artículo 131 de nuestra Ley Hipotecaria; también la adjudicación judicial lo sanciona para toda enajenación judicial de las fincas hipotecadas. Mas si se justifica en cuanto evita los acreedores preferentes

3. Véase ampliamente sobre la ejecución procesal en la Ley Hipotecaria los estudios de GUASP (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941) y de BLÁZQUEZ.

la extinción de su derecho, que quedaría, en otro caso, a merced de la actuación de cualquier otro acreedor hipotecario posterior, y no obliga tampoco al rematante a satisfacer, con el consiguiente desembolso, todas las cargas, su realización ofrece ciertas dificultades, como es la que se ha puesto de relieve en el caso decidido por el Tribunal Supremo.

Omitida la notificación de los acreedores anteriores o preferentes, éstos ignoran la tramitación de un procedimiento que innegablemente les afecta y quedan en un verdadero desamparo cuando tienen rango simultáneo, pues no se les considera anteriores y tampoco pueden ser posteriores. Por otra parte, la apuntada división de las cargas y gravámenes silencia el trato que deba darse a esos acreedores de igual rango, y en este silencio radica el nódulo de las dificultades planteadas en el pleito.

Los hipotecaristas patrios, entre ellos el eximio maestro D. Jerónimo González<sup>4</sup>, Morell<sup>5</sup> y Roca<sup>6</sup>, han señalado el vacío de nuestra legislación. Nos referimos, escribe Morell, a la hipótesis en que los gravámenes hipotecarios no sean ni preferentes ni anteriores ni posteriores al crédito del actor que debe cancelarse, sino simultáneos o del mismo rango. Acaece así en el caso, que puede ser frecuente, de que el procedimiento ejecutivo se incoe por alguno de los partícipes en un crédito hipotecario, existiendo a la vez otros en el mismo crédito que no ejecutan. Surge la duda de si el derecho de los acreedores que no ejecutan ha de cancelarse o, por el contrario, ha de mantenerse subsistente. En una palabra, si en este caso procede aplicar o no la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión para abordar el delicado problema en la Resolución de 26 de noviembre de 1917, por la que se muestra refractaria a estimar de aplicación la expresada regla a la hipótesis de gravámenes simultáneos, y recuerda que el artículo 127 de la Ley concede, en los casos de división objetiva, al mejor postor opción de adquirir la finca con la carga de la hipoteca o depositar su importe con los intereses correspondientes.

En otra Resolución de 9 de diciembre de 1935 ha tenido ocasión de volver la Dirección General del Ramo sobre la cuestión. Versa esta Resolución sobre el mismo asunto que ahora ha sido decidido por el Tribunal Supremo, y en ella se declara que la norma diferencial entre cargas anteriores y posteriores se quiebra cuando los gravámenes son del mismo rango por haberlos adquirido en una especie de mancomunidad.

Dos principios básicos en nuestro sistema hipotecario resultan admitidos como ejes de cristalización para el razonamiento del fallo dictado por el Supremo: la indivisibilidad del Derecho real de hipoteca y la jerarquía de las mismas.

Por el primero, sancionado por el artículo 1.860 del Código civil, se declara la hipoteca indivisible, aunque la hipoteca se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. En igual sentido se pronuncia el ar-

4. Véase la Memoria de este año. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1929.

5. Ob. cit. vol. 3.º pág. 142.

6. Ob. cit. vol. 3.º pág. 473.

título 122 de la Ley Hipotecaria: la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada.

Influídos por este carácter de la hipoteca los Códigos civiles francés e italiano, llegan a reconocer el aforismo de que la hipoteca es *tota in toto et tota in qualibet parte*, en tanto la legislación alemana parte de la divisibilidad de la hipoteca, que se opera fundamentalmente por cesión, por adjudicación judicial o por ministerio de la Ley.

Certeramente consigna la sentencia analizada que por aplicación del principio de indivisibilidad no era lícito al titular de parte del crédito ejercitar la acción hipotecaria sobre la totalidad de la finca en su provecho exclusivo y obtener la ventaja egoísta para sí a espaldas de su igual en derecho.

Porque de lo contrario de nada serviría con que uno de los acreedores procurase evitar graves quebrantos al deudor y se abstuviese de ejercitar su derecho ante los Tribunales hasta haber agotado todos los procedimientos persuasorios y corteses si la impaciencia, la desconsideración de cualquier otro podía determinar la efectividad del derecho realizando el valor de la finca, es decir, ejercitando el poder más característico que la Ley otorga, incluso en aquellos momentos de crisis económica en los que el precio del inmueble resultase más afectado.

Ahora bien, reconocida como única la hipoteca, parece forzoso estimar la contradicción de que la adjudicación de la finca a virtud del ejercicio de la acción hipotecaria no haya causado la cancelación de la hipoteca primitiva. Los vínculos de la mancomunidad que une a los acreedores impiden dar por lícita, por poco equitativa, la solución mediante la que uno de ellos se proporciona plena satisfacción de su derecho y el otro queda totalmente desamparado.

Si se admite que el ejercicio de la acción hipotecaria debe desenvolverse tanto más correctamente cuanto más se adapte al ideal legislativo, que en la materia representa el principio del mejor aseguramiento y garantía del acreedor sin graves menoscabos del deudor, es decir, que debe buscarse lograr la más plena satisfacción para el derecho del acreedor con los mínimos sacrificios para el deudor, se comprenderá cómo es plausible la orientación justiciera de la solución consignada en el fallo, aunque deban señalarse algunas observaciones a los razonamientos hechos en torno al que denomina principio de jerarquía de las hipotecas. En efecto, el llamado principio de prioridad no ha de negarse que goza de superior trascendencia en los sistemas hipotecarios de transcripción que la tiene en otros de patrón germánico, como, por ejemplo, el Derecho suizo. En el proyecto de Código civil de 1851, el libro *Diario* daba la pauta para determinar el valor de los derechos, especialmente en el procedimiento ejecutivo. El asiento de presentación fija el punto de partida de la publicidad del Registro e inicia el procedimiento hipotecario, dirigido a la práctica de un asiento.

Pero de esta trascendencia que tiene en nuestro sistema hipotecario no puede llegar a atribuírsele virtualidad suficiente para silenciar una situación verdadera de laguna legal que en nuestro Derecho tenían las cargas

simultáneas o de igual rango. No puede negarse la existencia en el Derecho Inmobiliario español de esta clase de hipotecas. Aparte de las originadas por un solo documento o por varios de igual o distinta fecha que las colocan en la misma línea, hay otras nacidas de proindivisiones o comunidades hereditarias y las que surjan por fraccionamiento del capital en distintos plazos, sin prelación específica o por cesiones parciales de igual carácter.

El artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como hemos tratado de demostrar, silencia el trato que deba darse a los hipotecantes del mismo rango. En supuestos de gran analogía, la primitiva Ley Hipotecaria como la vigente (artículos 127, 135, 149 y 155), parecen inclinarse a equiparar las cargas preferentes y las iguales. Recuérdese que el derogado artículo 1.517 de la Ley de Enjuiciamiento civil obligaba al prorrateo del valor líquido de la venta entre todos los títulos de igual derecho, cuando en virtud de alguno solamente se hubiera despachado la ejecución.

Mas la advertida laguna de nuestro Derecho, en la actualidad resulta colmada por el vigente Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, publicado en el *B. O. del Estado* de los días 16, 17 y 18 de abril siguiente, que en el artículo 227 dispone: "*Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor.*"

El culto Registrador Sr. La Rica, en su trabajo sobre la *Nueva reglamentación hipotecaria*, se refiere al problema, "lleno de dificultades", de las hipotecas simultáneas, que se ofrece en toda su crudeza cuando, como acontecía en el caso de autos, el precio del remate o adjudicación de la finca no fué suficiente para cubrir todos los gravámenes de igual rango. Ciertamente, la solución arbitrada por el Reglamento Hipotecario consiente la fácil objeción de que hace de mejor condición a aquel acreedor que no ejecuta. Más para cuando los derechos iguales no se ejecutan al mismo tiempo se ha logrado con ello una norma clara que permitirá a los Tribunales en lo sucesivo saber a qué atenerse e impedirá soluciones trazadas sobre un *blanco* de la Ley, y que rozan en algún sentido la economía procesal al decretar la nulidad de un juicio ya consumado.

Sebastián MORO LEDESMA  
Letrado de la Dirección General de  
Registros y del Notariado, Abogado  
del Ilustre Colegio de Madrid

### 3. Incapacitación del imbecil

(SENTENCIA 5 MARZO 1947)

ANTECEDENTES.—Con motivo de un pleito seguido por doña María P. P. para que se declarara nula determinada escritura en la que había intervenido en unión de sus hermanas doña Josefa y doña Francisca, de un lado, y su madre doña Teresa P., de otro, y cuando aquél se encontraba en tramitación se inició por doña María expediente en el Juzgado de A. para que se declarase la incapacitación para administrar sus bienes de sus hermanas doña Josefa y doña Francisca.

Oído el Fiscal y las personas a que se refiere el artículo 214 del Código civil, se opuso doña Teresa P., madre de las presuntas incapaces, y fué declarado contencioso el expediente.

Formulada demanda por doña María contra su madre doña Teresa, en la que exponía el retraso mental de sus dos hermanas nacidas el mismo día del año 1911, solicitó se declarase estaban incapacitadas para administrar sus bienes; doña Teresa se opuso, y tramitado el pleito con intervención del Ministerio Fiscal, se acordó como diligencia para mejor proveer que dictaminara el forense, que ya había asesorado al Juez en el examen personal de las presuntas incapaces, porque la prueba pericial médica no había sido unánime en las apreciaciones sobre el estado mental de doña Josefa y doña Francisca, y el 3 de junio de 1944 se dictó sentencia, decretándose no haber lugar a la demanda.

Aplada la sentencia, la A. T., después de examen de las supuestas incapaces por el ponente, con el asesoramiento de un forense como diligencia para mejor proveer, fué revocada, declarándose que doña Josefa y doña Francisca están incapacitadas para poder administrar sus bienes, debiéndoselas proveer de tutor, a los solos efectos de tal administración.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Número 2.º del artículo 1.692, en relación con el 359 Enjuiciamiento civil. El actor solicitó únicamente la declaración de incapacidad para administrar los bienes y no pidió ni suscitó cuestión, para que se les proveyera de tutor y nada se dijo respecto a la extensión de la tutela. El fallo, no obstante, ha hecho declaraciones sobre estos dos puntos.

Segundo. Número 3.º del artículo 1.692, en relación con el 359 Enjuiciamiento civil. El fallo recurrido ha otorgado más de lo pedido. Se plantea de análoga forma al anterior, sin que quepa decir en contra que no hay incongruencia ni exceso cuando en el fallo se hacen las declaraciones que exigen las disposiciones deducidas de la Ley que se aplicó (doctrina de la sentencia de 11 de diciembre de 1940), porque, aunque se aceptara que el artículo 199 del Código civil puede permitir que se declare la constitución de una tutela, nunca sería posible delimitar la extensión de ésta en una forma no autorizada por nuestro ordenamiento jurídico.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 Enjuiciamiento civil. Aplicación indebida e interpretación errónea del número 2.º del artículo 200 del Código civil, en relación con el 199 del mismo Código. La aceptación científica del vocablo "oligrofenia", situación en la que se encuentran doña Francisca y doña Josefa P., según la sentencia, comprende al vulgar de "imbécil", y esta palabra, perfectamente diferenciable de las de "loco" o "demente", se emplea en cuerpos legales españoles y no en el artículo 200 del Código civil.

Cuarto. Número 1.º del artículo 1.692. Infracción por interpretación errónea del artículo 199, en relación con los 213 al 220 y 264 del Código civil. Este motivo se formula con carácter eventual para el caso de que no prosperaran los anteriores.

Con arreglo a estos artículos, a la jurisprudencia y a la doctrina científica, la tutela de los locos o dementes se extiende no sólo a la administración de bienes y representación en juicio, sino también a la protección y cuidado de su persona, por lo que no han debido cercenarse las obligaciones que al tutor imponen los números 1.º y 2.º del artículo 264 del Código civil.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que para la resolución de las cuestiones planteadas en los motivos del recurso, procede partir de las siguientes bases de examen:

1.<sup>a</sup> El fallo recurrido no declara que las hermanas doña Francisca y doña Josefa P. se hallen afectadas de demencia.

2.<sup>a</sup> Afirmado por la Sala sentenciadora que dada la insuficiencia intelectual de dichas hermanas se hace necesario proveerlas de tutor para la administración de sus bienes, no se impugna en el recurso la apreciación de la prueba en que esta declaración se apoya.

3.<sup>a</sup> La parte recurrente sostuvo en instancia que las repetidas hermanas gozan de capacidad bastante para comprender el alcance de los actos jurídicos y atender a la defensa de sus intereses.

Segundo. Que en materia de guarda la intervención judicial reviste un carácter activo, pudiendo ser ejercitada por iniciativa propia en defensa de las personas necesitadas de protección tutelar—y así lo ha establecido esta Sala en su sentencia de diecisiete de junio de mil novecientos cuarenta y tres—sin que en su actuación *ad tuendum* se hallen los Tribunales subordinados necesariamente a la solicitud de parte, criterio el indicado que inspira tanto los preceptos del Código civil como los de la ley procesal, según comprueban, entre otros, los artículos doscientos tres, doscientos noventa y dos y doscientos noventa y tres de aquél y los mil ochocientos cuarenta y siete, mil ochocientos cincuenta y uno y mil ochocientos sesenta y nueve de ésta; y de tales antecedentes lógicamente se sigue, con relación al caso origen del presente recurso, que habiéndose solicitado en la demanda la declaración de incapacidad de las hermanas doña Francisca y doña Josefa para administrar sus bienes, pudo la Sala sentenciadora al acceder a lo pedido, acordar además, como lo hizo, que se las provea de tutor, a pesar de no haber sido instada esta segunda declaración; y al hacerlo así para proteger los intereses de aquéllas, ejercitando una iniciativa ajustada a la ley, ni cabe entender que el fallo incide en incongruencia ni que otorgó más de lo solicitado, máxime si se tiene en cuenta que el segundo de tales pronunciamientos constituye una consecuencia lógica del primero, en el que se acoge la petición formulada en la demanda.

Tercero. Que los medios legales de suplemento de capacidad de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas deben ser adecuados a las situaciones que los imponen, sin incurrir en exceso ni en defecto, y a este criterio procura ajustarse nuestro Código civil el cual, aún partiendo del principio de unidad de la guarda, no sólo distingue la tutela que conjuntamente afecta a la persona y bienes de la que alcanza únicamente al patrimonio, sino que, además y con arreglo a las circunstancias que puedan darse en los distintos casos, autoriza la graduación de la misma con mayor o menor amplitud, como aparece en los artículos doscientos dieciocho y doscientos veintiuno; y previniendo otros supuestos especiales, regula al lado de la tutela de tipo normal y permanente, situaciones diversas de suplemento de capacidad para fines concretos, como lo comprueban, entre otros preceptos, el artículo cincuenta y nueve, relativo al caso de administración de bienes de la sociedad conyugal por el marido menor de edad, los artículos trescientos diecisiete y trescientos veinticuatro, que se refieren a la enajenación o gravamen de inmuebles y celebración

de contratos de préstamos por el menor emancipado o que hubiese obtenido la habilitación de edad, y los artículos mil trescientos cincuenta y dos, mil trescientos cincuenta y tres y mil trescientos sesenta y uno, respecto al ejercicio de determinados derechos de la mujer casada igualmente menor de edad, cuando se trate de la garantía o de la enajenación de sus bienes.

Cuarto. Que, a pesar de las previsiones aludidas, los preceptos del repetido Código adolecen de una manifiesta omisión al no establecer a los fines de protección tutelar la diferencia—hoy evidente y reconocida en las legislaciones de otros países—entre el estado de demencia y el de retraso de debilidad mental, omisión que destaca más si se tiene en cuenta que mencionada en el artículo treinta y dos la imbecilidad entre las que dicho precepto denomina "restricciones de la personalidad jurídica", ello no obstante, ni en la enumeración de los supuestos determinantes de tutela relacionados con el artículo doscientos, ni en ninguno de los preceptos reguladores de esta institución se hace referencia al caso de imbecilidad, término que, de otra parte, si en el pasado pudo significar una denominación específica, constituye actualmente, dados los avances de la ciencia frenopática, un concepto genérico que abarca diversos grados de retraso o debilidad mental comprendidos bajo la calificación técnica de oligofrenia; y como la demencia y el retraso mental constituyen estados distintos y faltan en la ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos, no sólo no existe obstáculo legal que impida acomodar a este último la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecia en cada caso, sino que, además, constituyendo como acaba de indicarse uno de los fines perseguidos por el Código civil en materia de incapacidad el de establecer la debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste, de análoga manera a la prevista en los supuestos de prodigalidad y sordomudez, sin que frente a esta conclusión pueda objetarse eficazmente que de los artículos doscientos dieciocho y doscientos veintiuno del repetido Código aparece *a sensu contrario* la imposibilidad legal de graduar la incapacidad en casos de la naturaleza del presente, pues, según acaba de decirse, la demencia y el retraso mental constituyen estados médicamente distintos; como tampoco cabe reconocer virtualidad a la alegación de que siendo escaso el número de los que gozan de un "desarrollo mental tipo" y hallándose además imposibilitados de gobernarse por sí mismos muchos ciegos y mutilados, habría que someter a tutela a gran cantidad de personas, y carece de virtualidad esta argumentación porque, en primer lugar, la calificación de retrasado o débil mental constituye una cuestión de hecho que en cada caso habrán de decidir los Tribunales con arreglo al resultado de las pruebas y porque, de otra parte, los efectos y lesiones corporales no se hallan admitidos en la ley como causa de limitación de la capacidad.

Quinto. Que al no haber sido declarados dementes por la Sala sen-

tenciadora las hermanas doña Francisca y doña Josefa P., desaparece la base de hecho indispensable para atender, como en el recurso se pretende, que el fallo infringe los artículos doscientos trece y doscientos veinte del Código civil reguladores de la tutela de los locos; pero, además, mantenida en instancia por el recurrente la tesis de que dichas hermanas disfrutaban de capacidad suficiente para comprender el alcance de los actos jurídicos y atender a la defensa de sus intereses, no cabe admitir en trance de casación alterar aquél radicalmente su actitud procesal y propugnar ahora, alegando la infracción del artículo doscientos sesenta y cuatro del Código civil, una mayor restricción de capacidad de las tuteladas, sosteniendo que debe quedar equiparada su situación a la de los menores de edad y que procede ampliar las facultades del tutor que se designe, sin dejarlas reducidas solamente a la administración de los bienes.

Sexto. Que si, según aparece de las razones expuestas, no existen términos hábiles para atender que el fallo incide en incongruencia, como sostiene el motivo primero de los invocados, ni que concede más de lo pedido, cual se afirma en el segundo; si, además, por no declarar dicho fallo que se hallan afectadas de demencia las personas de que se trata, falta la base necesaria para apreciar la infracción de los preceptos reguladores de la tutela de las dementes, vicio acusado en dicho motivo segundo y en el tercero, y si, finalmente, con arreglo a la doctrina de esta Sala no puede el recurrente adoptar en casación una aptitud procesal opuesta a la mantenida en instancia, como lo hace en el motivo cuarto, resulta manifiesto que el recurso no puede prevalecer.

FALLO.—No ha lugar.

## COMENTARIO

### I. ASPECTO CIVIL

§ 1. La innovadora doctrina enunciada por esta sentencia puede resumirse así: El Código civil no regula la tutela del imbecil, ello permite que se le aplique por analogía una tutela graduada e incompleta y, en el caso de autos, que unos imbeciles u "oligofrénicos" sean declarados "incapaces para poder administrar sus bienes", con provisión de un tutor "a los solos efectos de tal administración".

Los autores, con rara unanimidad, sin que conozcamos discrepancia alguna, nos enseñan exactamente lo contrario: 1.º Que la tutela del imbecil, como la de "toda clase de personas que padezcan perturbación o decadencia de sus facultades mentales" está regulada por el Código civil en la tutela de locos y dementes; 2.º que la tutela del imbecil—como demente—es "plena" o absoluta o sea es guarda de la persona y de los bienes<sup>1</sup>.

1. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1912, V, 2, págs. 1.318, 1.337; DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, 1939, II, pág. 589; MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado*, 1943 (ed. ORTEGA LORCA), IV, págs. 355, 370; MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 1945 (ed. BONET), II págs. 260, 263; COMAS: Art. 589 de su *Proyecto, Revisión del Código civil español*, 1895, II, pág. 509; PLANAS: *Derecho civil común y foral*, 1925, I, página 425; DE BUEN: *Derecho civil común (Judicatura)*, II (ed. 1931), pág. 234; *Notas*

El razonamiento de la sentencia para apartarse de esta doctrina se concreta en estas afirmaciones: a) Que el Código civil adolece de "una manifiesta omisión", al no regular de modo especial la tutela del imbecil como "hacen las legislaciones de otros países"; b) que la imbecilidad y la locura son: "estados médicamente distintos"; diferencia "hoy evidente y reconocida en las legislaciones de otros países"; c) que el Código conoce una tutela meramente patrimonial, "autoriza la graduación de la misma" y regula situaciones de "suplemento de capacidad", por todo lo que está permitido "ajustar la extensión de la tutela" del imbecil de "análogo modo" que en los supuestos de prodigalidad y sordomudez.

§ 2. Con el debido respeto a nuestro más Alto Tribunal y a la opinión de un ilustre anotador de la jurisprudencia<sup>2</sup>, entendemos que las razones dadas en la Sentencia no convencen de la necesidad, de la conveniencia o siquiera de la posibilidad jurídica de abandonar la doctrina hasta ahora admitida.

Para la debida claridad señalaremos, por el mismo orden correlativo, los motivos de discrepancia con el criterio del Tribunal Supremo:

a) *El Código civil no adolece de omisión respecto a la tutela del imbecil, la regula como tutela del demente.*

La laguna atribuida por la Sentencia al legislador es aquella que se ha podido denominar de "ignorancia"; la falta se derivará de desconocer la distinción entre locura e imbecilidad, ignorando además su especial regulación en las modernas leyes y su estudio diferenciado por la moderna ciencia médica. Dejando este último extremo para el siguiente apartado, interesa aclarar si existió esa omisión y si pudo darse tal ignorancia.

Es indudable que el legislador conocía el concepto de imbecilidad, pues lo mencionaba (como señala la sentencia) en el artículo 32 del Código civil. Se alegará que basta comparar su letra con el artículo 213 del Código civil para notar que, al mencionar sólo a locos y dementes, se omite al imbecil. Pero el no utilizar la misma palabra no supone omisión del concepto. En efecto, en el lenguaje del Código civil, imbecil y demente son sinónimos ("demencia o imbecilidad" art. 32 C. c.), siguiendo el uso tradicional de los autores<sup>3</sup> y los inmediatos precedentes legislativos y

al *Curso elemental de Derecho civil* de COLIN y CAPITANT, II, 1, pág. 322; CASTÁN: *Derecho civil (Notarias)* (ed. 1942), IV, págs. 79 y 88, de quien son las frases entrecuadradas; ESCOBAR: *La tutela*, 1943, pág. 41.

2. BOSSI: *R. D. P.*, 1947, págs. 687, 690; dice: "La penuria extremada de disposiciones sobre la materia de que se resiente nuestro Código civil ha sido superada con acierto en el caso actual por el Tribunal Supremo, que calando muy hondo en la entraña del problema, ha llenado las lagunas de la ley existentes, y luego de haber centrado el concepto de debilidad mental, le considera como una de las causas que dan origen a unas tutelas restringidas, en que su extensión debe ser proporcionada al mayor o menor grado de intensidad en que se manifieste el retraso mental", pág. 690.

3. Siempre se distinguió entre el loco o "furiosus" y el imbecil o "fatuus", "mentecaput" o demente; GREGORIO LÓPEZ, Part. 5, II, 4, gl. 1; Part. 6; 16, 13, gl. 1.

doctrinales<sup>4</sup>. García Goyena dice que se adoptan, en el Proyecto del Código civil de 1851, las palabras "loco y demente" para unificar su terminología con la del Código penal, explicando que "por loco se entiende al furioso; por demente, el imbécil o desmemoriado"<sup>5</sup>. El artículo 213, si nos atenemos a este su peculiar lenguaje, regula la situación del imbécil bajo la denominación, para él equivalente, de demente.

En otro aspecto, observa la sentencia la omisión legislativa: Al comparar la regulación del Código con la de "hoy", de "otros países" y notar la falta en aquél de un mecanismo que "permita ajustar la extensión de la tutela en los casos de mayor o menor intensidad en que el mismo (retraso mental) se manifieste". El tipo de incapacitación intermedio aludido se encuentra en el consejo judicial del Código francés de 1804 (art. 49<sup>o</sup>) y en la inhabilitación del italiano de 1865 (art. 339); o sea que estaba ya en textos muy anteriores a nuestro Código y que además fueron bien conocidos y estudiados por el legislador. El omitir tal tipo intermedio y la posibilidad de graduación, no puede, por tanto, atribuirse a falta de ilustración de los redactores del Código; no existía una laguna, ha habido una exclusión deliberada.

b) *Oligofrenia y locura son estados jurídicamente iguales, aun reconociendo su diferencia médica.*

"Oligofrenia" es el término médico, formado del griego, equivalente al "fatuus" latino y al moderno imbécil; el vocablo es nuevo, la diferencia entre locura e imbecilidad y la existencia de grados en la debilidad mental, no son descubrimientos modernos; por conocerse bien—científicamente, al menos desde Hipócrates—es por lo que ha preocupado a los juristas marcar el límite de desarrollo mental, por bajo del cual se impondría la incapacitación, y a ello precisamente responden las palabras finales de los artículos 199 y 213 del Código civil<sup>6</sup>. Precisamente, lo difícil y tenue del matizado entre las diversas psicosis y psicopatías, hace más necesario su unitaria regulación jurídica y el distinguir claramente entre el campo de la medicina y el del Derecho. Un psiquiatra, el Profesor Gruhle, afirma, por ello, que la Ley "no debe saber nada" de las distinciones médicas entre las dolencias mentales; entre otras razones, porque la psiquiatría es una ciencia viva, en progreso y con violentos cambios, hasta en sus expresiones técnicas<sup>7</sup>.

Imbecilidad y locura fueron y son, para el médico y para el ignaro, situaciones distintas; pero para el jurista pueden y deben ser causa de

4. La distinción no podría olvidarse, dada la discusión en torno al artículo 8.º, número 1 del Código penal (de 1848, reformado en 1850), criticado por decir "loco o demente", con lo que parecía se identificaban ambos conceptos, sustituido, por ello, por la frase "el imbécil y el loco" en 1870.

5. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, I, pág. 268.

6. Ya indicado por GÓMEZ DE LA SERNA: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, (13.ª ed.), 1881, I, núm. 287, nota 1, pág. 440.

7. *Handbuch der Gerichtliche Psychiatrie*, herausgegeben vom A. HOCHÉ, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlín, 1934, págs. 157, 179.

un tipo único de incapacitación, en cuanto se entiende que imbeciles y locos necesitan de la misma clase de protección jurídica.

c) *No hay analogía entre el supuesto de imbecilidad y los de tutela parcial o graduada; al contrario, existen fundamentales diferencias.*

El "suplemento de capacidad", como califica la sentencia a la intervención del tutor autorizando actos del menor emancipado (arts. 59, 317, 324, 1.352, 1.353, 1.361 del C. c.), se refiere a personas con capacidad natural, legalmente emancipadas, normalmente capaces de administrar sus bienes y respecto a las que el tutor no tiene otra función que la de autorizar ciertos actos jurídicos de especial importancia. El imbecil, en cambio, está afectado de una incapacidad natural que determina, según la sentencia, su total incapacitación para administrarse.

La graduación de la tutela del sordomudo (art. 218 del C. c.), a pesar de su mayor cercanía, tiene un carácter especial y excepcional, que impide su ampliación por analogía; aparte de su peculiar origen<sup>9</sup> y de su particularizada mención en el Código, se diferencia por referirse a personas respecto de las que hay duda sobre si tienen y que pueden tener, capacidad natural normal. En cambio, el imbecil, por definición, carece de capacidad natural.

En fin, es insostenible la analogía con la tutela del pródigo (art. 221 del C. c.), porque ésta en nuestro Derecho se deriva de la protección a la familia, a diferencia de la del imbecil con la que se protege al mismo incapaz.

Hay otra razón, y por completo decisiva, que impide aplicar al imbecil, en base a la analogía, una tutela limitada o graduada: Que nuestro Derecho ordena que la guarda del imbecil se extienda a su persona y a sus bienes (art. 199 del C. c.).

Los antecedentes históricos del Código permiten situar claramente la cuestión. La doctrina distinguía distintos tipos de curatela: La de los menores, que se daba en consideración primero de los bienes y después de la persona; la curatela de los imbeciles y locos ("mentecapti vel furiosi")<sup>10</sup> que se daba en consideración primero de las personas ("propter personarum imbecillitatem vel incapacitatem") y después de los bienes<sup>11</sup>, y la curatela "ad litem" o sólo para pleitos. La curatela del loco e imbecil se llamaba "ejemplar", por constituirse a ejemplo de la del menor y, como ésta, imponía al curador casi las mismas obligaciones que tenía el tutor respecto a la custodia de la persona y bienes del tutelado<sup>12</sup>.

8. Llamada por BONET "intermitente"; *Derecho de Familia y Sucesiones*, 1940, pág. 380.

9. Vide GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, I, pág. 263.

10. GREGORIO LÓPEZ: Partidas 6, 16, 13, gl. 2.

11. JUAN GUTIÉRREZ: *Tractatus de tutelis et curis*, I, 19, núm. 12; *Opera omnia*, VII, 2, pág. 89.

12. "Magnam inter se habent affinitatem", JUAN GUTIÉRREZ: *Id.*, I, 17, núm. 151, VII, 2, pág. 79; ESCRICHE, IV, pág. 1173; GÓMEZ DE LA SERNA: *Elementos*, I, núm. 286, página 439 y sig.; BENITO GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 1868, I, pág. 709 y sig.; ALVAREZ MARTÍNEZ: *Instituciones de Derecho civil*, 1840.

Era, pues, la curatela del imbecil lo que ahora se llamaría una tutela completa o absoluta.

Al comenzar la obra codificadora se mantiene la misma concepción sobre la curatela del imbecil. García Goyena dice que el demente (imbecil) "se halla en mucho peor estado que un menor de veinte años y la justicia pide se provea a la protección de su persona"<sup>13</sup>; el Proyecto de Código civil de 1851 admitía de modo general la graduación de la curatela (art. 285), pero no se pensó nunca aplicarla al imbecil, sino sólo a aquel que no hallándose en estado de imbecilidad (demencia) "por la debilidad de su espíritu o por el ascendiente de alguna pasión no sea capaz de dirigir sus negocios"<sup>14</sup>.

El Código civil no cambia el carácter de la guarda del imbecil. De modo general dispone que en la tutela se proveerá al cuidado de la persona tutelada (art. 203), da poder al tutor para ésto (art. 263) y le impone especiales deberes respecto a ella (art. 264, núms. 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>; 269, número 3), entre los que está procurar adquiera o recobre su capacidad el demente (art. 264, núm. 2). En cambio, señala de modo expreso, como excepcionales, los casos en que la tutela es sólo patrimonial, diciendo de modo terminante que "no atribuye al tutor facultad alguna sobre la persona del pródigo" (art. 224), "o que la tutela se limitará a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado" (artículo 229).

El Código civil conservó—como se ha visto—con simples retoques externos, la antigua organización de la curatela de dementes y locos para la tutela de dementes (imbeciles) y locos. La continuidad histórica explica el que los autores se hayan creído relevados de probar tanto que la tutela del imbecil se regula por el artículo 213, como que es plena; lo evidente del criterio del legislador hacía superflua cualquier demostración.

§ 3. La doctrina de la sentencia no puede aceptarse como interpretación correcta del Derecho vigente, tampoco es recomendable "de lege ferenda".

a) *Es incompatible con la organización de la tutela en el Código civil.*

La doctrina de la sentencia admite, de modo ilimitado, nuevos tipos de tutela, cuyas fuentes podrían ser—siguiendo su propio ejemplo—los libros de "frenopatía" y las legislaciones extranjeras. En nuestro Derecho no se conocen más casos de incapacidad ni otras formas de tutela, que las marcadas taxativamente en el Código. La sentencia pretende implantar, en cambio, un sistema de "numerus apertus" en la tutela, tanto respecto a las causas de incapacitación como sobre la forma y estructura de la tutela. Entonces, se podría pensar en la incapacitación

página 95; FERNÁNDEZ ELÍAS: *Notísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, 1873, pág. 300; DIESTE: *Diccionario de Derecho civil aragonés*, 1869, pág. 162.

13. *Concordancias*, I, pág. 272.

14. GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, I, pág. 274.

de ciegos, borrachos, morfinómanos, derrochadores, pleitistas inadaptados, peligrosos sociales y en establecer tutelas interinas, tutores sin consejo de familia, consejo sin tutor, etc.

Los principios inspiradores del Derecho español, en materia de capacidad, son los de libertad y protección de la persona. Por ello, las declaraciones de incapacidad tienen siempre carácter excepcional, no se admite sin más la incapacidad de los débiles de voluntad (la prodigalidad requiere peligro para la familia) y respecto de los enfermos y débiles mentales se considera, ante todo, la protección de su persona, su cuidado y en beneficio de ellos (no de la familia interesada) se organiza su tutela. La creación arbitraria de causas de incapacitación o de una tutela del imbecil que sólo cuidase de sus bienes, abandonando la guarda de la persona, son igualmente contrarias al espíritu de nuestro Derecho.

b) *Significa desamparo del incapaz.*

La tutela patrimonial y la tutela incompleta no son adecuadas para el incapacitado por oligofrenia. Provisto el imbecil de un tutor, "a los solos efectos" de la administración de sus bienes, sin nadie a quien se encomiende e imponga el deber de guardar su persona y de procurar su restablecimiento, se le abandona a los caprichos a que le impulse su enfermedad y al influjo de cualquiera. El patrimonio se convierte en un fin propio y el interés económico (el de los futuros herederos) se considera superior al de la persona incapacitada.

La sentencia parece admitir una tutela con solo tutor<sup>15</sup>, sin consejo de familia ni protutor y sin que se vislumbre una forma eficaz de vigilancia judicial; ello supondría, además, peligro, incluso para los bienes.

c) *Se deja excesiva capacidad de obrar al imbecil.*

Si la capacidad del imbecil queda limitada sólo por una tutela de administración de sus bienes, se le reconoce implícitamente plena capacidad para todos los negocios y actos jurídicos que no sean de tipo patrimonial. Tendrá, por tanto, capacidad para celebrar la mayor parte de los negocios jurídicos de tipo personal y familiar; por ejemplo, para cambiar de nacionalidad, ejercitar sus derechos de personalidad, hacer testamento, contraer matrimonio, reconocer hijos, legitimar, emancipar, consentir la propia adopción, etc. Esto no sólo contradice la doctrina de la capacidad negocial, sino que supone un nuevo peligro para el imbecil, con posible repercusión hasta en la esfera patrimonial.

d) *No está autorizada por ningún sistema legislativo.*

La alusión a las legislaciones de "hoy" hecha en la sentencia, para justificar su intentado cambio de rumbo, impone una breve referencia de Derecho comparado, para ver si efectivamente algún sistema jurídico

15. Así parece deducirse de la referencia a la sentencia de instancia y de la traida a colación por el Tribunal Supremo de lo que se llama "suplemento de capacidad".

concibe también la tutela del imbecil, con un tutor "a los solos efectos de tal administración".

El Derecho francés somete al mismo tipo de tutela al que sea interdicto por "imbecilidad, demencia y furor" (art. 489 C. c. fr.); el "consejo judicial", creado para los pródigos (art. 513), se extiende a la persona a la que los Tribunales no pueden interdicar por no ser imbecil, demente ni furioso, pero a la que tampoco se deba reconocer como plenamente capaz (art. 499); la condición de esta persona se precisa de este modo, no es imbecil ni loco, está próxima a la mentalidad del prodigo, por su "debilidad de espíritu o ascendiente de pasiones"<sup>16</sup>, es "el hombre débil"<sup>17</sup> al que la doctrina moderna caracteriza—acercándolo más aún al prodigo—diciendo, que en él "la facultad de querer más que la de comprender es la que está alterada"<sup>18</sup>. Obsérvese que el Derecho francés incluye la oligofrenia entre las causas de interdicción total y que el sometido al consejo judicial no pierde la administración de sus bienes y sólo se limita su capacidad para realizar ciertos actos de disposición (art. 499).

El Derecho italiano puede parecer más cercano a la doctrina de la sentencia, al someter a inhabilitación y curatela al "enfermo mental cuyo estado no sea tan grave como para dar lugar a la interdicción"<sup>19</sup>; pero se diferencia en dos extremos: a) la inhabilitación se aplica a las oligofrenias leves, como también a las manías y psicopatías no graves; b) el inhabilitado conserva un poder de administración igual al del menor emancipado<sup>20</sup>. Bastarán estas observaciones para que se note lo distinto del sistema; el Derecho italiano se refiere a personas con una capacidad, al menos igual a la del mayor de dieciocho años; la sentencia se refiere concretamente a unas oligofrénicas que tienen una edad mental (según la sentencia de instancia) de diez años.

En los Códigos germánicos se acentúa cuidadosamente el carácter personal de la tutela de los incapaces. El Código civil alemán distingue entre los enfermos y los débiles mentales, según su grado de desarrollo mental (inferior o superior a la edad mental de los siete años), pero en todo caso, el tutor habrá de cuidar del incapaz como exige el fin de la tutela (artículo 1.091, núm. 1). El Código civil suizo conoce igual distinción (art. 369) e impone de modo también general que la tutela se extenderá al cuidado, protección y asistencia de todo lo concerniente a la persona del incapaz (art. 406).

§ 4. El Tribunal Supremo, en sus sentencias—ello es un secreto a voces—cuida tanto o más que de la justeza de la doctrina de la solución

16. Palabras de EMMERY: *Médecins*, 1820 III, pág. 267.

17. BERTRAND DE GREVILLE. *idem*, pág. 282: sólo TERRIBLE habla de un grado menor de imbecilidad, pág. 299.

18. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, 1932, I, n. 2.110, pág. 712.

19. Artículo 37 del Código civil de 1865, art. 413 del Libro I de 1938, art. 415 del Código civil de 1942.

20. Artículos 415, 439 del Código civil de 1942; el art. 339 del Código civil de 1865, según el modelo francés.

justiciera del caso; ello le ha llevado, en ocasiones, a actuar de tercera instancia, lo que si no se compagina con la estricta finalidad de la casación le ha ganado nuevo y merecido respeto, como defensor de la equidad. Probablemente, la sentencia anotada es una manifestación más de esta tendencia.

La cuestión, posiblemente, se planteaba así: Pedida por el demandante y acordada por la Audiencia la incapacitación para administrar, que resultaba decisiva para el pleito principal, en el que se debatía la validez de una renuncia hecha por las incapaces y perjudicial para ellas, se solicita por el contrario la casación de la sentencia, por infracción de las disposiciones sobre tutela; si se accede a la casación sería ineficaz la incapacitación y no habría ya posibilidad de pedir la anulación de la renuncia; este resultado era tanto más inadmisibile en cuanto que la parte que había afirmado en las dos instancias la plena capacidad, es la que pide en casación que se declare la plena incapacidad de esas mismas personas, para conseguir—por un camino torcido—que no prosperase la incapacitación ya acordada.

En este respecto, la actitud del Tribunal Supremo merecerá general simpatía; pero aquí, como en otras ocasiones, se quiere resolver una situación anómala (inadecuada iniciación del pleito) estableciendo una regla que resultará inadecuada e injusta en los casos normales. Nuestro Derecho, tan elaborado y flexible, pocas veces dejará de ofrecer una solución exacta y justa sin necesidad de salirse de su sistema. En el caso estudiado, se podía haber conseguido un equitativo resultado sin necesidad de trastornar toda la dogmática de la tutela; bastaría haber fallado que se admitía parcialmente el recurso y ensanchando el marco de la segunda sentencia, como se ha hecho otras veces, haber declarado la incapacitación plena de las dementes (imbéciles).

F. de C.

\* \* \*

## II. CUESTIONES PROCESALES

En el aspecto procesal, la sentencia de 5 de marzo de 1947 ofrece dos problemas: El de las facultades de los Tribunales en materia de incapacitación y la contradicción del recurrente con su propio punto de vista sustentado en las instancias.

a) En cuanto al primero, la sentencia se mueve dentro de las ideas que desde tiempo inmemorial expone la doctrina y recogen los Derechos positivos y la jurisprudencia de los Tribunales.

Las causas de incapacitación y de reintegración en la capacidad de enfermos y débiles mentales están dominadas por el interés público, y, conforme al mismo, el procedimiento a seguir no puede tener otra finalidad que la obtención de la verdad material, si ha de evitarse que personas mental y físicamente sanas y que administran bien sus negocios puedan ser declaradas incapaces, o que, al contrario, seres peligrosos para sí mismos y para sus semejantes, puedan ser dueños de sus actos, como si su sanidad fuera perfecta.

Son negocios donde no existe dualidad de partes contendientes por un derecho, de modo que la tarea del Juez difiere sustancialmente de la que desarrolla en los negocios civiles ordinarios, hasta el extremo de que podría decirse se concreta a dictar una medida de autoridad y no de jurisdicción y el procedimiento necesita tener en cuenta estas circunstancias: Ha de intervenir el Ministerio Fiscal, como representante del interés público y deben proscribirse los actos dispositivos y todos aquellos medios probatorios que no lleven a la verdad material, es decir inadmisibilidad del allanamiento y de la transacción, imposibilidad del juicio arbitral (art. 453, 3.º y 487 de la ley de Enjuiciamiento civil), de la confesión y del reconocimiento de hechos, derogación del principio de distribución de la carga de la prueba, prohibición de las deducciones indiciarias y ficciones, ineficacia de las normas de prueba legal y eficacia *erga omnes* de las resoluciones judiciales (fuerza general de obligar que, en lugar de la cosa juzgada material, se da en ellas: art. 1.252, II, del Código civil).

En particular, como sostiene acertadamente la sentencia, no rige para estas cuestiones el art. 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, o sea el principio de congruencia, por efecto de la obligada libertad del órgano judicial para averiguar hechos, aportar antecedentes y acreditar cuanto sea preciso, todo lo cual acerca estos procedimientos al principio acusatorio y al de defensa material de los Jueces, por encima y más allá de la instancia o rogación de la parte<sup>1</sup>. Acerca de la congruencia, sucede en estos juicios lo mismo que en las cuestiones de accidentes de trabajo y de usura, por ejemplo, en las que el órgano judicial nunca puede incurrir en *ultra petita* o exceso de poder, y el propio Tribunal Supremo, aunque actúe conociendo de un recurso de casación, asume las mismas facultades, respecto de los hechos, y sus consecuencias, que los Tribunales de instancia.

b) Deficiente táctica es la del recurrente cuando alegó como cuarto motivo, si bien fuera *ad omnium eventum*, el fundado en la limitación de la tutela a la administración de los bienes, descartando el cuidado de las personas. Discutible sería, en primer lugar, si, dada la doctrina consagrada acerca de los motivos articulados en forma condicional o hipotética, el alegado podría ser tomado en consideración por el Tribunal. Y aunque lo fuese, es, en todo caso, rechazable, porque el Tribunal Supremo en estos casos aplica al mundo jurídico máximas elementales de seriedad social, condenando la conducta de quien—caso del recurso—en las instancias defendía la sanidad de las presuntas incapaces, y después, ante dicho Tribunal se mostraba con gravamen, porque precisamente no se les declaraba sometidas a una tutela plena. Sólo en un sentido completamente distinto habría podido ser articulado el motivo, esto es, desde el punto de vista de la admisibilidad en nuestro Derecho de la tutela limitada a los bienes, cuestión de fondo examinada en su lugar.

L. P. C.

---

1. Véanse más detalles sobre las características de los juicios de incapacitación y reintegración de la capacidad, en PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, II, 1946, § 109, número 427. II.

# III. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## 1. Sentencias de la Sala Primera<sup>1</sup>

A cargo de A. Vázquez Sáenz de Heredia, Abogado del I. C. de Madrid, con la colaboración de José M. Codina Carreira, Prof. A. de la U. Central, y Joaquín Escora San José, Abogado del I. C. de Madrid.

### SENTENCIA 18 SEPTIEMBRE 1947<sup>2</sup>

**Civil—domicilio voluntario—de las personas naturales: residencia habitual.**

*La residencia habitual determinante del domicilio, conforme al artículo 40 del C. C., supone, no la permanencia más o menos larga en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse definitivamente en él<sup>3</sup>.*

**Civil—domicilio: inscripción en el padrón municipal.**

*El hecho de figurar inscrito en un padrón municipal no tiene otro alcance que el que las disposiciones administrativas atribuyen a tal inscripción y no puede afectar al concepto de domicilio definido por las leyes cíviles<sup>4</sup>.*

1. Se recogen las Sentencias dictadas por nuestro más alto Tribunal, desde la apertura del año judicial 1947-1948.

2. Resolutoria de cuestión de competencia.

3. Como puede apreciarse, no basta simplemente con la permanencia ni sólo con la voluntad de permanecer, sino que es necesario la concurrencia de ambos requisitos (con-pore et animo) como acto jurídico, en sentido riguroso, que es el domicilio.

4. "Es evidente—dice la sentencia de 11 mayo 1926—que una persona natural puede estar empadronada en un término municipal y no tener en él su residencia", "sin que a ello obsten—agrega la de 14 junio 1919—las prescripciones de la Ley Municipal inspiradas en distinta finalidad". En líneas generales, se ha afirmado (sentencias 13 enero 1894, 20 noviembre 1909, 13 octubre 1911) que son distintos el domicilio civil y la vecindad administrativa.

No obstante, la tendencia apuntada cede en los casos en que no existe otra prueba, supuesto muy frecuente en esta materia por ser las sentencias dictadas en su mayor parte resolutorias de cuestiones de competencia en que se acude, como es sabido, para resolverlas a lo que se denomina principio de prueba por escrito. Lo que implica que estas resoluciones tengan un valor relativo y condicionado a esa finalidad. Teniendo esto en cuenta se explica la aparente contradicción de la doctrina recogida con la de aquellas otras como la de 6 mayo 1911, 23 octubre 1915 y 30 noviembre 1920, que mantienen el valor de la vecindad administrativa, en los casos de duda, por no oponerse documento auténtico que demuestre lo contrario y por el valor de principio de prueba.

A pesar de la afirmación clara y categórica de la sentencia que anotamos, en la práctica se acudirá siempre a la prueba documental resultante de la inscripción en los registros de carácter administrativo—piénsese en la facilidad que hoy existe para acreditar la residencia en un lugar determinado por medio de la Cartilla de Abastecimientos—, pero nunca deben utilizarse como determinantes por sí del domicilio civil, sino como una presunción cuyo valor dependerá de las restantes pruebas más directas.

**Procesal—domicilio legal: de la mujer cañada**

*Debe de considerarse como domicilio conyugal el fijado por el marido al contraer matrimonio, cuando posteriormente no haya establecido otro ni requerido a su mujer para que se traslade a él.*

**Procesal—competencia—principio de prueba—carta del demandado: reconocida por éste.**

*La carta firmada y reconocida por una de las partes debe de considerarse como principio de prueba a los efectos de resolver una competencia.*

**SENTENCIA 19 SEPTIEMBRE 1947****Procesal—competencia—acción procesal—lugar de cumplimiento: compraventa mercantil.**

*Según reiteradísima jurisprudencia, es competente para conocer de las acciones derivadas de los contratos de compraventa el Juez del domicilio del establecimiento del vendedor.*

**SENTENCIA 19 SEPTIEMBRE 1947****Procesal—competencia—principio de prueba—carta del demandado: no reconocida.**

*La carta del demandado en la que se afirma la relación contractual directa con el demandante, aun no reconocido por aquél, es principio de prueba suficiente para resolver una competencia.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: compraventa mercantil.**

*Según reiteradísima jurisprudencia, es competente para conocer de las acciones para el cumplimiento de los contratos de compraventa el Juez del domicilio del establecimiento del vendedor, por reputarse que en él se llevó a cabo la entrega de la cosa, de la que dimana para el comprador la obligación de pagar el precio.*

**SENTENCIA 20 SEPTIEMBRE 1947****Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: compraventa mercantil.**

*Con arreglo a reiterada doctrina, corresponde conocer de la demanda sobre pago del precio de géneros de comercio al Juzgado del lugar donde el vendedor los puso a disposición del comprador y los remitió por cuenta y riesgo de éste al domicilio del mismo.*

## SENTENCIA 20 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—principio de prueba—cartas del demandado: alusivas al contrato.**

*Las cartas firmadas y reconocidas por el demandado alusivas al contrato por el que se le demanda, aunque se refieran a operaciones preliminares, ofrecen prueba indiciaria suficiente para resolver una competencia.*

**Procesal—competencia—cuestiones a resolver en la sentencia definitiva.**

*La afirmación del demandado de que su representante no se atuvo estrictamente a las instrucciones que le comunicó, sin que el representante sea parte ni pueda ser oído en la competencia, ha de ser decidida en la sentencia definitiva.*

**Procesal—competencia—acción personal—compraventa: acción de resolución y de cumplimiento.**

*Según reiterada doctrina, para la acción de resolución de compraventa e indemnización de perjuicios rige la misma norma de competencia que en los casos en que se pide el cumplimiento del contrato.*

## SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—sumisión expresa: renuncia del propio fuero.**

*Hallándose estipulado en la póliza de seguro base de la acción ejercitada que toda cuestión judicial quedaba sometida a la jurisdicción del domicilio legal de la Compañía aseguradora, que según la propia póliza radica en Madrid, se deduce la renuncia del demandado a su propio fuero.*

## SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: adaptación a las normas procesales.**

*Para la adaptación de un desahucio promovido por falta de pago a las normas procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, impuesta por la disposición transitoria 16, no deben tenerse en cuenta los motivos alegados por el demandado de la falta de acción del actor.*

**Procesal—arrendamientos urbanos—recurso por injusticia notoria: quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio.**

*La alegación por el demandado de falta de acción del actor es de fondo y no puede a su amparo formalizarse el recurso por quebrantamiento de las formalidades a que se refiere el número 2.º del artículo 16º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

**ANTECEDENTES.**—Don Antonio Guzmán Silva, arrendatario de un local destinado a industria con facultades para subarrendar, formuló demanda

en juicio verbal de desahucio por falta de pago contra el subarrendatario, don Santiago Padrón Villarreal, quien se opuso alegando que no había contratado con el actor el subarriendo, sino con D. José Fe Castellano, sin que le constara la cesión hecha por éste al demandante. El Juzgado número 1 de Las Palmas dictó sentencia, el 17 de diciembre de 1946, declarando haber lugar al desahucio, que fué confirmada por la Audiencia Territorial en 28 de marzo último. Interpuesto recurso de casación por infracción de ley y concedida a las partes el término de quince días para que lo adaptaran a las normas procesales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, solicitó el recurrente la nulidad de todo lo actuado para que se tramitara desde su iniciación conforme dispone el artículo 102 de la Ley, ya que, alegado por él que el actor no tiene derecho para cobrar la renta, no se está propiamente ante un desahucio por falta de pago, y para el caso de que no se estimara así formalizaba el recurso establecido en la causa segunda del artículo 109, por aplicarse indebidamente el artículo 1.526 del Código civil, ya que no tenía conocimiento de la cesión del arrendatario y que, además, el Sr. Fe Castellanos había reconocido que no había traspasado el local al Sr. Guzmán Silva. El recurrido no había comparecido en el T. S.

**CONSIDERANDOS.**—Primeró. Que en cuanto a la cuestión planteada en primer término en el escrito interponiendo el recurso, referente a la aplicación de las disposiciones de la nueva Ley de Arrendamientos al punto debatido, a que hace referencia la disposición transitoria 17 de aquélla, debe ser resuelta en sentido de ser aplicable la citada Ley en materia procesal, ya que el recurrente se funda en que el demandado viene pagando el alquiler del local que ocupa a persona diversa del actor; pero habiendo éste entablado el desahucio por falta de pago de la renta, es manifiesto que el caso se encuentra regulado en los artículos 160 y 163 de la Ley, que establecen los procedimientos a seguir cuando el desahucio sea por falta de pago de la renta, sin que el motivo por el que el demandado alega no satisfacerla pueda modificar las normas procesales a que ha de ajustarse el Tribunal.

Segundo. Que respecto de la petición de nulidad del juicio retro trayéndole al estado de incoación, y que se basa en la inaplicación de la Ley, su solo enunciado revela su improcedencia, porque, aun en la negada hipótesis de que fuera inaplicable al caso la Ley de Arrendamientos Urbanos, ello no podría en modo alguno acarrear tal consecuencia anulatoria retrocediendo en el procedimiento.

Tercero. Que el recurrente funda su recurso de casación por injusticia por quebrantamiento de forma en que el demandado satisfacía la renta que la sentencia estima adeuda el actor a una tercera persona, pero como esta es una alegación de fondo falta de acción, y el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo permite el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma en los casos en que no se hayan observado las formalidades especiales del juicio, es vista la procedencia de su desestimación.

Cuarto. Que conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley, en relación con el último párrafo del 171, deben ser impuestas las costas al recurrente.

**FALLO.**—No ha lugar.

## SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: giro de letras.**

*La expresión que en los contratos de pedido se haga en cuanto al pago, que será de "sesenta días fecha", sin que nada se diga de letras de cambio ni haya indicación sobre el lugar del pago y únicamente en carta posterior de aceptación de pedido dirigida al demandado por el demandante se manifieste que "por el importe de la factura girará mi representado a sesenta o noventa días fecha del embarque", no altera la norma general de jurisprudencia que ve en las letras nada más que una facilidad de pago.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: giro de letras.**

*El carácter excepcional de alteración de la competencia por el giro de letras, cuando se ha convenido en el contrato este medio de pago, reconocida en la sentencia de 29 de septiembre de 1939, no debe presumirse ni cabe darle una interpretación extensiva, derivándolo arbitrariamente de una mera concesión de plazo.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: giro de letras.**

*El pacto de girar una letra de cambio no implica determinación de lugar fijo si no se dice que ha de hacerse en el domicilio del librado, pues puede hacerse efectiva en cualquier lugar donde éste o un representante suyo se encuentren.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: giro de letras.**

*El giro de letras de cambio que forme parte del contrato será designación de lugar de pago o será sólo facilidad de pago, según lo que las partes hayan querido que sea.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento.**

*A falta de designación de lugar de pago hay que atenderse, para fijarlo, al lugar de la entrega de la cosa vendida, y si la mercancía fué transportada a cuenta y riesgo del comprador, hay que entender que éste es el lugar desde donde la mercancía se transportó.*

**Procesal—correcciones disciplinarias: hechos que la constituyen.**

*La falta de firma del presentante de un exhorto, que exige el artículo 29 de la Ley de E. C.; la no notificación al Fiscal de la providencia recaída a la presentación del escrito proponiendo inhibitoria y acordando librar oficio al Juzgado requerido para que suspenda las actuaciones; la dilación desde el 27 de marzo, en que se oye al Fiscal, al 24 de abril, en*

que se dicta el auto a que se refiere el artículo 86 de la Ley de E. C.; la dilación desde el 20 de mayo de 1946, fecha del oficio del Juzgado requerido en que comunica, sin que conste la de su presentación, hasta el 12 de marzo de 1947, en que se dicta por el Juzgado requirente el auto insistiendo en su competencia; la no constancia en las actuaciones del Juzgado requirente de la presentación del oficio del Juzgado requerido para que manifestara si insistía o no en el requerimiento de inhibición, son merecedoras de oportuna sanción disciplinaria.

#### AUTO 25 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—recusación de Jueces y Magistrados—recursos: contra los autos de las Audiencias.**

*Contra los autos de las Audiencias que resuelven incidentes de recusación de Jueces y Magistrados, a que se refiere el artículo 208 de la Ley de E. C., sólo se da el recurso de casación por quebrantamiento de forma<sup>1</sup>.*

#### AUTO 25 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—casación—por infracción de Ley—resoluciones recurribles: en expediente de jurisdicción voluntaria.**

*No es recurrible en casación el auto dictado por una Audiencia en un expediente de declaración de ausencia sobre remoción del administrador judicial de parte de los bienes del ausente que fué nombrado en ejecución de sentencia de un juicio declarativo, al no tener carácter definido el acuerdo sobre remoción en el expediente, por reconocerse expresamente en la resolución recurrida la facultad de reproducir la pretensión en la ejecución de sentencia del juicio declarativo.*

#### SENTENCIA 26 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: incompetencia de jurisdicción.**

*Como se ha declarado en reiteradas sentencias<sup>2</sup>, el recurso de casación por quebrantamiento de forma que autoriza el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de E. C. no afecta a las cuestiones de jurisdicción propiamente dichas objeto del recurso por infracción de ley, sino que queda reservado para los casos en que la cuestión de competencia sea de las que deban decidirse conforme a lo dispuesto en el L. I, Tít. 2.º, de dicha Ley.*

**ANTECEDENTES.**—Don Luis M.<sup>a</sup> Narváez y Ulloa, Marqués de Oquendo, tenía arrendada, para el aprovechamiento de pastos, una finca denominada "La Verdadera Dueña", sita en término de Ciudad-Rodrigo, a D. Tomás González Calzada y otros, y habiendo surgido desavenencias que dieron

1. Iguales resoluciones en los autos de 19 enero 1885, 19 octubre 1889, 27 diciembre 1893, 24 diciembre 1904, 2 julio 1912 y 28 junio 1929.

2. V. el segundo Considerando.

lugar a la incoación de varios procedimientos judiciales acordaron transigir y darlas por terminadas mediante un documento denominado de transacción, en el que reseñaron y dejaron sin efecto toda relación contractual arrendaticia; pero, no obstante, por concesión especial del propietario, los arrendatarios firmantes podrían aprovechar y explotar la finca hasta el 29 de junio de 1944, en cuya fecha deberían dejarla totalmente libre. Para el caso inesperado de que no se cumpliera esta obligación esencialísima, base de la transacción, el propietario podría hacerla cumplir judicialmente instando desahucio. También se establecía, no como renta, sino como precio de la cesión del aprovechamiento y disfrute y en satisfacción de los daños y perjuicios causados, la obligación de los cultivadores de pagar 30.000 pesetas.

El propietario, basándose en que no le habían entregado la finca, dedujo ante el Juzgado de Salamanca demanda de juicio declaratorio de mayor cuantía contra los firmantes del documento, exponiendo que había ya iniciado un juicio de desahucio con arreglo a los trámites de la Ley de E. C., que fué apelado por los demandados, y habiéndose confirmado y procedido al lanzamiento de éstos, en cuanto el Juzgado se retiró volvieron a entrar en la finca, solicitando, entre otros pronunciamientos, que se les estimara como poseedores de mala fe, devolviendo al actor el importe o valor total de los frutos producidos desde que incumplieron la obligación de desalojarla. ●

Los demandados alegaron la excepción dilatoria número 5 del artículo 533 de la Ley de E. C., ya que debía sustanciarse esta reclamación por los trámites de las leyes sobre arrendamientos rústicos. El Juzgado, con fecha 20 de julio de 1946, dictó auto declarando no haber lugar a la incompetencia de jurisdicción, que fué confirmado por la Audiencia Territorial de Valladolid en 22 de febrero del año siguiente, imponiendo a los apelantes las costas ocasionadas en la apelación.

Contra el auto se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, al amparo del siguiente

**MOTIVO.**—Número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de E. C.: La incompetencia de jurisdicción alegada había sido resuelta en caso análogo por el T. S., ni estaba comprendida en el número 6.º del artículo 1.692 y se había oportunamente reclamado la falta.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que el presente recurso se funda en la alegación de que el litigio promovido debe ajustarse no al procedimiento del juicio ordinario, sino a las normas establecidas en la Ley de Arrendamientos Rústicos, por debatirse, en opinión del recurrente, una cuestión que dimana de un contrato de esta naturaleza, de donde claramente aparece que el problema planteado se refiere a la jurisdicción y no a la incompetencia por razón de territorio.

Segundo. Que, como ha declarado esta Sala en reiteradas sentencias —entre otras, las de 23 de septiembre de 1942 y 7 de abril de 1943—, las cuestiones que afectan a la jurisdicción propiamente dicha sólo pueden ser traídas a casación mediante el recurso por infracción de ley, amparado en el número 6.º del artículo 1.692 de nuestro ordenamiento procesal, quedando reservado el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que autoriza el número 6.º del artículo 1.693 del mismo ordenamiento, para los casos en que la cuestión de competencia que le dé origen sea de las que deban decidirse conforme a lo dispuesto en el Libro I, Título II, del repetido ordenamiento.

Tercero. Que, en consecuencia, se impone la desestimación del presente recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 27 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—sumisión expresa—cláusula impresa: no firmada.**

*La nota impresa expresiva de sumisión inserta al pie de la copia de factura acompañada a la demanda y no suscrita por el demandado no acredita el pacto de sumisión en la forma clara y terminante que exige el artículo 57 de la Ley de E. C.*

#### SENTENCIA 29 SEPTIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—compraventa: no perfeccionada.**

*No habiéndose llegado a perfeccionar contrato de compraventa, es imposible invocarle en apoyo de la competencia.*

**Procesal—competencia—acción personal—compraventa: hechos independientes, pero surgidos del contrato.**

*La reclamación, como consecuencia de un convenio sobre el pago de un impuesto derivado de una compraventa de "holanda", no puede considerarse de tal modo ligado con ésta que la competencia para conocer de la compraventa se extienda a acciones nacidas de contrato de diversa naturaleza.*

#### SENTENCIA 2 OCTUBRE 1947

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: incompetencia de jurisdicción.**

*Dejar de conocer un asunto de la competencia judicial por estimar que la materia es propia de la Administración es defecto en el ejercicio de la jurisdicción que sólo puede dar lugar al recurso de casación por infracción de ley, comprendido en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.*

**Procesal—diligencias para mejor proveer.**

*Las partes no tienen en la ejecución de las diligencias acordadas para mejor proveer más intervención que las que el Tribunal les conceda.*

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: falta de citación.**

*La falta de citación para la ejecución de una diligencia acordada para mejor proveer no constituye el quebrantamiento de forma motivo de casación del número 4 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según tiene declarado la Sala<sup>1</sup>.*

1. V. Considerando tercero.

**ANTECEDENTES.**—El 24 de febrero de 1944, D. Eduardo Gaspar Acamer formuló demanda de interdicto de recobrar contra el Ayuntamiento de Valencia, en la que se exponía que la Beneficencia y los albaceas testamentarios de D. Guillermo de Casanova le arrendaron por contrato de 26 de noviembre de 1942 la Casa-Palacio de Dos Aguas, habiendo tomado posesión de ella el 12 de abril de 1943. El 4 de mayo siguiente un guardia municipal impidió el acceso al edificio, por lo que puso el hecho en conocimiento de la Dirección General de Bellas Artes, por tratarse de un edificio considerado Monumento Artístico Nacional, y de la Beneficencia, quien le contestó que tenía el arrendatario libre las vías legales pertinentes. Opuesto el Ayuntamiento por considerar que se trataba de un Monumento del Patrimonio Artístico Nacional y que contra los Ayuntamientos no procede la vía interdictal, fundándose principalmente en el párrafo segundo del artículo 221 de la Ley Municipal y en el artículo 26 de la Ley de 13 de mayo de 1933.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valencia dictó en 25 de abril de 1944 sentencia declarando haber lugar al interdicto con condena de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial acordó como diligencias para mejor proveer que se aportase certificación literal de todas cuantas actuaciones obren en el expediente incoado por el Ayuntamiento de Valencia en relación con la declaración de Monumento Histórico Artístico del llamado Palacio de Dos Aguas, con la guarda y conservación del mismo y con su expropiación a favor de dicho Ayuntamiento, a cuyo se dirigió a éste el oportuno oficio.

En ejecución de estas diligencias, el Secretario del Ayuntamiento y el Archivo Bibliotecario Municipal expidieron certificaciones, en las que aparece un informe del Servicio de Defensa del Patrimonio Artístico del Ministerio de Educación Nacional en la que se da cuenta de la prohibición de entrada en el Palacio, sin más excepción que al conserje, por el estado de ruina y para evitar deterioros, encargando al Ayuntamiento la vigilancia de esta orden.

La Audiencia revocó la sentencia el 19 de noviembre de 1945, acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Contra ella se formalizó recurso de casación por quebrantamiento de forma por los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Número 6.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Se han infringido las normas sobre competencia de los artículos 221 de la Ley Municipal en relación con el artículo 36 de la Ley de 13 de mayo de 1933. El Ayuntamiento no obraba dentro de sus facultades, por lo que cabe acudir a la jurisdicción ordinaria, puesto que la Ley últimamente citada no autoriza a los Ayuntamientos nada más que para adoptar las primeras medidas para evitar el daño, pero no despojar de una posesión.

Segundo. Número 4.º del artículo 1.693; Quebrantamiento de la norma procesal de la regla 4.ª del artículo 597 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con la 1.ª del mismo, por no haber existido, al ajustarse las certificaciones a los autos en virtud de las diligencias para mejor proveer, el cotejo y resultar, además, expedidas por una de las partes litigantes, sin que tampoco se diera al recurrente intervención en la prueba.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que deja de conocer un asunto de la competencia judicial, por estimar que la materia es propia de la Administración es defecto en el ejercicio de la jurisdicción que sólo puede dar lugar al recurso de casación por infracción de ley comprendido en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo. Que fundado el primer motivo del recurso interpuesto por D. Eduardo Gaspar Acamer en el número 6.º del artículo 1.693 de la citada Ley, por la supuesta infracción de haber dejado de conocer la jurisdicción ordinaria en el interdicto de recobrar interpuesto contra el Ayuntamiento de Valencia, de cuya competencia se estimaron ser los supuestos actos de despojo, es improcedente el recurso por ese primer motivo, porque la disposición a que se acoge sólo se refiere a la incompetencia de jurisdicción, determinada por conocer un Juez o Tribunal de asunto que está atribuido a la jurisdicción ordinaria, pero cuyo conocimiento corresponda a Juez o Tribunal distinto.

Tercero. Que tampoco es procedente por el segundo motivo, ya que por no tener las partes más intervención en la ejecución de las diligencias acordadas para mejor proveer que la que el Tribunal les conceda, y por no haber concedido a las del pleito la Audiencia de Valencia ninguna intervención, en la que acordó en providencia de 14 de abril de 1945 la falta de citación para la ejecución de esa diligencia, no constituye el quebrantamiento de forma, motivo del recurso de casación determinado en el número 4.º del artículo 1.693 de la citada Ley, como ya ha declarado esta Sala en sentencias de 10 de julio de 192 y de 6 de enero de 1934.

FALLO.—No ha lugar.

#### AUTO 3 OCTUBRE 1947

**Procesal—casación—resoluciones recurribles: auto no definitivo.**

*No es definitivo el auto que se resuelve sobre una excepción dilatoria en la que se reconoce la posibilidad de proseguir el pleito una vez que sea resuelta la reclamación administrativa en que se basó dicha excepción.*

**ANTECEDENTES.**—Promovidos autos de mayor cuantía por el Sindicato de Defensa de los Intereses de Obligacionistas de Grandes Molinos Vascos, hoy Unión Harinera, sobre reivindicación, se dictó auto por el que se estimó la excepción de litis pendencia propuesta por el demandado, basada en que no estaba obligado a contestar la demanda en tanto no recayera resolución firme de la Administración sobre la nulidad de la subasta en que le fué adjudicada la maquinaria.

#### SENTENCIA 4 OCTUBRE 1947

**Procesal—competencia—principio de prueba.**

*Los contratos aportados por el demandado, no reconocidos ni firmados por el demandante, no constituyen principio de prueba revelador de su misión.*

**Procesal—acumulación de acciones.**

*En la demanda dirigida contra varias Empresas para pedir la ineficacia de un acuerdo adoptado contra el demandado a petición de las mismas no puede desconocerse el derecho del actor, a tenor del artículo 156 de la Ley de E. C., de acumular sus acciones para evitar la falta de unidad que debe presidir en los procesos.*

**Procesal—competencia—acción personal—en caso de acumulación de acciones.**

*El demandante cuando se dirija contra varios demandados acumulando sus acciones puede utilizar la opción de promover la interpelación judicial en cualquiera de los domicilios de los demandados, ya que como tiene declarado la jurisprudencia, aunque la solidaridad no tenga su origen en vínculos preexistentes, pueden hacer éstos nacer, a efectos de competencia, del ejercicio de la acción.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: culpa extracontractual.**

*Para la demanda que se basa en una actuación coordinada de varios demandados, reputada ilícita y determinante de un acuerdo dañoso que debe ser reparado, es competente el Juez del lugar donde se adoptó y nació la obligación de resarcimiento.*

**SENTENCIA 6 OCTUBRE 1947**

**Fuero de los Españoles: su aplicación.**

*El artículo 19 del Fuero de los Españoles tiene su lugar en la jurisdicción criminal y no en la que compete a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.*

**Principios del Derecho: su aplicación.**

*Existiendo preceptos legales aplicables no entran en juego los principios generales del Derecho.*

**Procesal—pobreza: de la mujer casada.**

*La mujer casada, para litigar en concepto de pobre, ha de acreditar que su marido se encuentra en esta situación<sup>1</sup>.*

1. El número 5 del artículo 28 de la Ley de E. C. exige, como uno de los requisitos específicos de la demanda de pobreza, que se determinen por el demandante "los bienes de su consorte". La jurisprudencia, sin hacer distinciones sobre el régimen económico del matrimonio, sino que partiendo de la presunción de la existencia de garantiales—aunque de un modo implícito—, sostiene con reiteración, al modo que lo hace en el caso presente, que no cabe conceder la pobreza a un cónyuge cuando no demuestre que el otro se encuentra comprendido dentro de las condiciones legales para ello, y esto incluso cuando litiguen el uno contra el otro "si por no hallarse separado legalmente ni disuelta en forma la sociedad conyugal subsisten entre ellos, de derecho, la comunidad de intereses que el matrimonio supone" (sentencia 3 julio 1899 y auto 26 noviembre 1915). Por el contrario, en sentencia de 6 abril 1878, corroborada por otra de 14 junio 1887, en las que era la mujer la que litigaba contra el marido, se declara que en contiendas judiciales de un cónyuge con otro desaparece la unidad de personas y de litigante, sin que puedan acumularse los ingresos, teniendo en tales casos la mujer derecho a que el marido le abone "litis expensas". Ahora bien, de aplicar en todo su rigor la doctrina que reiteradamente se sostiene por el T. S. resultaría la imposibilidad de que la mujer que carece de bienes, aunque el matrimonio los tenga, pueda litigar en concepto de pobre para solicitar las "litis expensas". En la práctica se suele pedir la pobreza provisional o condicionalmente, hasta que el marido satisfaga los gastos judiciales, tramitándose en este concepto la solicitud de pobreza. En definitiva, es una situación análoga a la comprendida en el artículo 17 de la Ley de E. C.

**Procesal—casación infracción de doctrina legal.**

*El principio de que "nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio", por ser de orden procesal sólo es admisible en los recursos que afectan a la forma.*

**ANTECEDENTES.** — Doña Maria Luisa Merino Amat interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Barcelona, el 15 de diciembre de 1943, demanda incidental de pobreza para litigar contra su marido, don Juan Tell Verges, afirmando que del matrimonio con éste tenía un hijo y otros dos de anteriores nupcias disueltas por divorcio, y haciendo, entre otras declaraciones, la de que no tenía en usufructo de su consorte e hijos bienes de ninguna clase, sin añadir más dato acerca de la situación económica de su marido que el de realizar éste trabajos de clínica dental.

No compareció el marido demandado, y opuesto el Abogado del Estado, se denegó la pobreza el 14 de abril de 1944. En este mismo sentido dictó sentencia la Audiencia Territorial de Barcelona el 20 de enero de 1945.

Interpuesto recurso de casación fué formalizado por los siguientes

**MoTivos.**—**Primero.** Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Interpretación errónea de los artículos 18 y 28, núm. 5.º, de la Ley de E. C. Se basa en que la frase "cuyo usufructo le corresponda" de dichos preceptos legales, no se refiere sólo a los bienes de los hijos, sino también a los del marido, dadas las comas de que va precedida en aquéllos, puesto que los demás bienes del marido no se deben tener en cuenta, según la recurrente, ya que en nada favorecen la situación económica de ésta, que quedaría completamente indefensa si se computaran a los efectos de la pobreza legal la totalidad de los bienes de su marido.

**Segundo.** Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Infracción por falta de aplicación de los principios de Derecho de que "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio", reconocido por las sentencias de 19 octubre 1900, 8 julio 1902, 13 junio 1928 y 2 febrero 1929, así como también el de que "debe darse a cada uno lo que es suyo", admitido por la sentencia de 19 diciembre 1930.

**Tercero.** Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Infracción del artículo 51 de la Ley de E. C. Se alega que no es posible acudir a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria por quien carece en absoluto de recursos económicos sin obtener previamente la declaración de pobreza legal.

**Cuarto.** Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Infracción por falta de aplicación del artículo 19 del Fuero de los Españoles de 17 julio 1945. Se considera infringido este precepto legal, dadas las circunstancias que concurren en el caso, que dejan a la esposa completamente abandonada y sin posibilidad de oponerse eficazmente a las actuaciones de su marido.

**CONSIDERANDOS.**—**Primero.** Que solicitada por la hoy recurrente la concesión del beneficio legal de pobreza para litigar, declarando en la demanda su estado de casada, no puede prescindirse, para estimar si debe o no serle otorgado aquel beneficio, de lo que está preceptuado en los artículos 18, núm. 5, y 28 de la Ley rituarial civil, porque es reiterada la jurisprudencia que establece que, no hallándose disuelta la sociedad conyugal, la mujer casada que pretende obtener el beneficio de asistencia judicial gratuita para litigar, aunque sea con su marido, debe probar la existencia o carencia de rentas y demás recursos o medios de fortuna de que dispone el marido para atender a las cargas del matrimonio, y como en el caso presente no se ha intentado siquiera la probanza aludida, sino que deliberadamente se han omitido los datos referentes a la situación económica

del cónyuge demandado, al ser denegada por la Sala sentenciadora la concesión de pobreza legal que pretendía la demandante han sido rectamente interpretados y aplicados por aquélla los preceptos que antes se mencionan y no ha cometido las infracciones que se le atribuyen en el primer motivo del recurso, en el que el recurrente para fundamentarle pretende razonar una interpretación particular de los artículos aludidos a base de los signos de puntuación, que es totalmente inadmisibles, siendo procedente por todo ello la desestimación de este motivo primero.

Segundo. Que deben igualmente ser desestimados los tres motivos restantes del recurso, porque el segundo acusa la infracción de unos principios de Derecho que no son atinentes al caso; en primer lugar, porque existiendo preceptos legales aplicables, y aquí los hay, no entran en juego los principios de Derecho, y en segundo lugar, porque el *dar a cada uno lo suyo* no ha podido ser vulnerado al denegar una petición que no resultaba ajustada a la Ley, y el de que *nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio* se ha estimado por la jurisprudencia como de orden procesal, admisible en todo caso en los recursos que afectan a la forma; el tercer motivo es ya formulado con tal imprecisión que le hace hallarse incurso en la causa de inadmisión del núm. 4.º del 1.729 de la Ley ritaria, y el cuarto motivo carece en absoluto de pertinencia, porque la infracción acusada, que es la del artículo 19 del Fuero de los Españoles, tiene su lugar en la jurisdicción criminal y no en la que a esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo compete.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 8 OCTUBRE 1947

**Procesal—competencia: pluralidad de acciones.**

*Siendo varias las acciones ejercitadas, una principal resolutoria de un contrato transaccional y otras accesorias, consecuencia o derivación de aquella que tiene carácter personal, debe seguirse la norma establecida en la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de E. C.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: giro de letras.**

*El hecho de haberse librado varias letras de cambio contra el actor, pagaderas en el lugar de su domicilio, no altera la competencia, porque sólo constituyeron un medio de dar facilidades para el pago.*

**Procesal—competencia—acción personal: sobre nulidad del juicio ejecutivo.**

*No altera la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de E. C. la circunstancia de demandarse la nulidad del juicio ejecutivo que se promovió contra el actor para hacer efectivas las letras giradas para su facilidad de pago y que se siguió en el lugar de su domicilio, porque tal acción de nulidad es una consecuencia de la principal que ahora se ejercita, y en todo caso no constituiría una incidencia del juicio ejecutivo, sino que sería independiente de él por fundarse en diferente título o causa de pedir, ya que el*

que sirvió de base al ejecutivo fueron las letras aludidas, mientras que el que sirve de fundamento al declarativo, donde esta competencia ha tenido origen, es el contrato causal o subyacente de donde se derivó la expedición de las letras.

#### AUTO 11 OCTUBRE 1947

**Procesal—resoluciones judiciales—sentencias—en la apelación: requisitos—congruencia.**

*Apelada la sentencia en su integridad, la Sala tiene amplias facultades para decidir sobre todas las cuestiones del pleito sin infringir el artículo 359 del E. C., siempre que sean resueltas en vista de lo pedido y excepcionado, ni incide en incongruencia el fallo por haber acogido uno de los extremos de las pretensiones alternativas<sup>1</sup>.*

**Casación—por infracción de Ley—inadmisión: por falta de cita de Ley y referirse a la prueba.**

*Es doctrina notoria que no puede aducirse en casación el error de derecho si no se cita, en su apoyo, precepto alguno relativo a la fuerza y eficacia que han de tener en juicio los elementos probatorios utilizados y que hayan sido vulnerados.*

#### SENTENCIA 14 OCTUBRE 1947

**Civil—contratos—compromiso: su naturaleza.**

*Por ser la amigable composición de naturaleza esencialmente contractual<sup>2</sup> y constituir la voluntad de las partes la norma que establece y determina las facultades jurisdiccionales de los compondores, han de ajustarse éstos en el cumplimiento de la misión a los términos de la escritura de compromiso<sup>3</sup>.*

**Procesal—amigables compondores—escritura de compromiso—efectos: por transcurso del tiempo sin dictar sentencia.**

*Los efectos de la escritura de compromiso se extinguen por el transcurso del término fijado en la misma sin haberse dictado sentencia<sup>4</sup>, según dispone el núm. 2.º del artículo 800 de la Ley de E. C.*

1. La demandante había solicitado en juicio declarativo de mayor cuantía alimentos definitivos en la cuantía de quinientas pesetas mensuales o en la cantidad que el Juzgado estimase justa. El Juzgado señaló cien pesetas mensuales. Apelada la sentencia por la actora, la Audiencia revocó la sentencia fijando como alimentos la suma de quinientas pesetas al mes. El recurso de casación se formalizó por el demandado.

2. La sentencia de 19 de febrero de 1944 contiene interesante doctrina sobre la antagónica posición del proceso arbitral como acto propiamente jurisdiccional o como mero negocio de derecho privado, sentándose el criterio de que si bien el contrato de compromiso predomina el carácter privado, el juicio de él derivado presenta carácter público.

3. En idénticos términos se manifiesta la de 28 mayo 1940.

4. En igual sentido la de 28 mayo 1940 citada en la nota anterior. "Como tiene declarado este Tribunal en sentencia de 28 de octubre de 1897—dice la de 9 abril 1940—, el precepto que priva de efectos al compromiso cuando transcurre el plazo sin haberse di-

**ANTECEDENTES.**—El 12 de octubre de 1944 se otorgó escritura de compromiso entre D. Agustín García Herrero y el representante de la Cruz Roja Francesa en España para someter a la amigable composición varias cuestiones surgidas como consecuencia de un contrato sobre alojamiento de personas (sic); en su cláusula 5.<sup>a</sup> se disponía que los amigables componedores dictarían su laudo en el término de treinta días, a contar desde la fecha de la aceptación del que había de designar la Cámara de Comercio. Aceptado el cargo el 25 de julio de 1944, con la obligación de desempeñarlo con arreglo a Derecho y de dictar el laudo en el plazo señalado, no lo dictaron hasta el 5 de octubre de 1944. La Cruz Roja Francesa interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por los amigables componedores, basado en dos motivos, de los que sólo indicamos el primero.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Número 3.<sup>o</sup> del artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Haber dictado los amigables componedores la sentencia fuera del plazo señalado en el compromiso.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que, como declaró esta Sala en su sentencia de 28 de mayo de 1940, por ser la amigable composición de naturaleza esencialmente contractual y constituir la voluntad de las partes la norma que establece y determina las facultades jurisdiccionales de los componedores, han de ajustarse estrictamente éstos en el cumplimiento de su misión a los términos de la escritura de compromiso, cuyos efectos se extinguen por el transcurso del término fijado en la misma y, en su caso, por el de la prórroga, que, si se concede, debe hacerse constar igualmente en escritura pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 800 y 802, en relación con los 828 y 1.774, párrafo segundo, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo. Con relación al caso presente, que en la escritura de compromiso otorgada por las partes—de la que no aparece se hubiese facultado a los amigables componedores para prorrogar el término señalado—no estableció que el laudo habría de dictarse dentro de treinta días, a contar desde la fecha de la aceptación del componedor designado por la Cámara de Comercio, el cual expresó dicha aceptación por ante Notario en 28 de julio de 1944; y dictado el laudo en 5 de octubre siguiente, resulta manifiesto que en esta últimamente citada fecha había transcurrido con exceso el plazo fijado en la escritura de compromiso, imponiéndose, por tanto, la estimación del primer motivo del recurso.

Tercero. Que al prevalecer dicho motivo se hace innecesario entrar a examinar el segundo de los invocados.

**FALLO.**—Ha lugar.

---

tado sentencia, es absoluto y no admite excepción alguna respecto a las causas que motivan la omisión, y si bien tal sentencia no forma por sí sola jurisprudencia, es indudable que se ajusta a los términos en que se expresa el artículo 800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil." La sentencia de 10 diciembre 1942 puntualiza que el plazo debe de contarse "a partir del momento fijado en la escritura, si se señalase, contado de momento a momento, sin exclusión de los días inhábiles, salvo cuando lo fuere el último del plazo, según el texto del artículo 802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina sustentada con insistente repetición por la jurisprudencia de la Sala".

## SENTENCIA 14 OCTUBRE 1947

Civil—contratos—compromiso—cuestiones que pueden ser su objeto: prórroga del arrendamiento.

*Las cuestiones sobre terminación o subsistencia por prórroga del plazo de arrendamiento se encuentran en el ámbito de las facultades declarativas que pueden ser conferidas a los amigables componedores.*

Civil—contratos—compromiso: cláusula compromisoria.

*La cláusula compromisoria de sumisión a peritos o técnicos lleva en sí misma la fuerza vinculatoria que surge de toda obligación válidamente constituida, sin necesidad de que el desenvolvimiento del pacto sumisorio se acomode a las formalidades que la Ley señala para el juicio de amigable composición<sup>1</sup>.*

Procesal—arbitraje—escritura de compromiso: requisitos formales.

*En todos los casos en que implican propósito de sustituir la actuación de la jurisdicción ordinaria por la de los comunes amigos se habrá de guardar el rito con que la Ley disciplina el proceder de quienes por voluntad de las partes son llamados a conocer de determinadas controversias que los compromitentes quieren confiar a la rectitud de su saber y entender.*

Procesal—casación—contra los laudos de amigables componedores: casación y juicio declarativo.

*En nuestro Derecho positivo es preciso distinguir la anulación del laudo que se produce por exceso de poder, apreciable mediante juicio comparativo entre el compromiso contraído y el fallo dictado (extralimitación regulada en el artículo 1.691 del E. C.), y el exceso de poder por actuación, sin previo contrato válido de compromiso o sin sujeción a otras formalidades en la Ley establecidas "ad solemnitatem" para el juicio de amigable composición (inexistencia legal del laudo), discutible en juicio declarativo.*

ANTECEDENTES.—En un contrato de arrendamiento establecido por escritura pública entre la S. A. La Electro-Harinera, de Montijo, y D. Ezequiel Tejada Campos se estipuló el sometimiento a amigables componedores de las divergencias que resultaren del contrato, designándose quiénes habían de desempeñar los cargos y nombrándose los sustitutos. Solicitada, al parecer, la intervención de los amigables componedores a petición de La Electro-Harinera, resolvieron aquéllos que el contrato de arrendamiento había terminado, sin que pudiera prorrogarse, conforme quería el arrendatario.

Notificado el laudo al arrendatario, recurrió en casación al amparo del número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de E. C. por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. No existe escritura de compromiso, sino un contrato que contiene una cláusula compromisoria.

Segundo. Al no existir escritura de compromiso se han resuelto puntos no sometidos a la decisión de los amigables componedores, puesto que no se les sometió ninguno por la parte recurrente.

Tercero. Las divergencias sobre un contrato es cosa diferente de la

cuestión de si aquél está terminado o prorrogado; así lo estableció la sentencia de 5 abril 1922, y la de 7 julio 1924 excluyó de la amigable composición las cuestiones sobre cumplimiento de contratos de arrendamiento, que deben ventilarse por los trámites del juicio de desahucio.

CONSIDERANDOS.—Primeró. Que fuera de los supuestos en que la doctrina jurisprudencial tiene declarado que la cláusula compromisoria de sumisión a peritos o técnicos lleva en sí misma la fuerza vinculatoria que surge de toda obligación válidamente constituida, sin necesidad de que el desenvolvimiento del pacto sumisorio se acomode a las facilidades que la Ley señala para el juicio de amigable composición, en todos los demás casos que implican propósito de sustituir la actuación de la jurisdicción ordinaria por la de los comunes amigos se habrá de guardar el rito con que la Ley disciplina el proceder de quienes por voluntad de las partes, que la norma legal ampara, son llamados a conocer de determinadas controversias que los compromitentes quieren confiar a la rectitud de su saber y entender.

Segundo. Que la inobservancia de este rito puede llevar a la ineficacia del laudo por alguno de los motivos específicamente señalados en el artículo 1.691 de la Ley de E. C., o por otras causas, y esta diversidad de causas de anulación tiene señaladas para su ejercicio en la Ley y en la jurisprudencia dos sendas perfectamente delimitadas: el recurso de casación, si los amigables componedores han rebasado los límites de tiempo o de materia controvertida fijados en el compromiso o han resuelto cuestiones excluidas del juicio de amigable composición, y el juicio declarativo en todos los demás casos.

Tercero. Que esto es así no sólo por reiterada doctrina de esta Sala en sentencias como las de 27 enero y 21 febrero 1906, 26 marzo 1913, 26 junio 1916, 25 febrero y 23 junio 1924 y 11 abril 1932, sino también, y fundamentalmente, por los términos claros del citado artículo 1.691, en relación con el 836 y con el 487 de la Ley procesal, por lo que se aprecia que el legislador ha querido cercenar el campo normalmente más amplio de la casación para reducirlo en materia de laudos a simples problemas de plazo y objeto de la composición que tiene constancia suficiente, a efectos decisorios, en los escasos elementos de juicio que por prescripción del artículo 1.774 son traídos al recurso, dejando para más extensa deliberación, en juicio declarativo, toda otra cuestión sobre validez de la cláusula compromisoria, del compromiso en sentido estricto o del laudo; de tal suerte que si en este restringido recurso extraordinario tuviera cabida el trámite de admisión, previo a la resolución de fondo, habría de ser rechazado en aquel momento procesal el recurso al cual no se acompañase, por ejemplo, la escritura de compromiso, pues faltaría un requisito esencial que impediría decidir sobre los puntos a que se contrae el artículo 1.691.

Cuarto. En consecuencia, que si bien en derecho constituyente pudiera discutirse si las múltiples causas de nulidad de un laudo por carencia o extralimitación de facultades debiera ser sometida en su ejercicio judicial a una sola forma de proceso, se ha de tener en cuenta que en derecho positivo, por las razones expuestas, es preciso distinguir la anulación de

laudo que se produce por exceso de poder, apreciable mediante juicio comparativo entre el compromiso contraído y el fallo dictado (extralimitación regulada en el artículo 1.691), y el exceso de poder por actuación, sin previo contrato válido de compromiso o sin sujeción a otras formalidades en la Ley establecida "ad solemnitatem" para el juicio de amigable composición (inexistencia legal de laudo), discutible en juicio declarativo.

Quinto. Que, examinado el recurso a través de este prisma, resulta indudable la desestimación de sus tres motivos que el recurrente ampara en exceso de poder cometido por los amigables componedores, porque en los dos primeros se alega como causa de nulidad del laudo la no existencia de escritura pública de compromiso en la que debiera constar la expresión concreta del negocio sometido a fallo (causa no comprendida del artículo 1.691, y en el tercero se invoca doctrina de esta Sala sobre improcedencia de amigable composición en juicios de desahucio, inaplicable al caso de autos, en que la cuestión no surgió como derivación de otro juicio, ni la materia resuelta—terminación o subsistencia por prórroga del plazo de arrendamiento—cae fuera del ámbito de las facultades declarativas que pueden ser conferidas a los amigables componedores.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 15 OCTUBRE 1947

**Procesal—comparecencia en juicio—necesidad de Procurador: en los juicios de desahucio.**

*Es evidente la nulidad de los juicios de desahucio tramitados ante los Jueces de Primera Instancia sin Procurador, porque la comparecencia por medio de éste es la regla general (artículo 3.º E. C.), y entre las excepciones consignadas en el artículo 4.º está la de los juicios que conocen en Primera Instancia "los Jueces municipales" (núm. 2.º), pero no los juicios verbales celebrados ante los de Primera Instancia.*

**Procesal—casación—por quebrantamiento de forma: efectos de no precisar los preceptos legales quebrantados.**

*Aunque en el recurso se citen varios números del artículo 1.693 de la Ley de E. C., como infringidos ha de entenderse referido el recurso a aquellos a que se contraigan las citas de preceptos legales y jurisprudencia contenidos en el cuerpo del escrito.*

**ANTECEDENTES.**—En el Juzgado de Primera Instancia núm. 2, de Valladolid, formuló el 31 de enero de 1945 D. José Ruiz Gómez demanda contra

1. La doctrina recogida se viene afirmando desde la sentencia de 13 de julio de 1904; Anteriormente la opinión del Supremo era contraria a la validez de la cláusula compromisoria (véanse sentencias de 26 mayo 1888 y de 4 noviembre 1899).

2. En igual sentido sentencia de 10 enero 1943.

3. Adviértase que si se tratase de un recurso de casación por infracción de Ley hubiera sido rechazado en trámite de admisión por el número 4.º del artículo 1.729. La inadmisión en el quebrantamiento de forma que corresponda a la Sala de la Audiencia que hubiera dictado la sentencia, tiene menor rigor.

doña Guillerma Bello Prado y su esposo, D. Antonio Robles Pañi, sobre desahucio de una finca urbana ocupada en precario. Se alegaba que por escritura pública de 12 de marzo de 1944 había comprado a doña Guillerma Bello Prado, asistida de su marido, la finca a la que se refería el desahucio, comprometiéndose la vendedora a desalojarla antes del 30 de abril de 1944, sin que lo hubiera hecho, requiriéndola judicialmente el 15 de diciembre de ese año.

Emplazados los demandados hubo de suspenderse el juicio verbal por su incomparecencia. Citados de nuevo, personalmente doña Guillerma y por medio de cédula, que a la misma se entregó, su marido D. Antonio Robles, por hallarse éste ausente compareció sólo aquélla, acordando el Juzgado no haber lugar a tener por personada a doña Guillermina, por deber hacerlo por medio de Procurador y además completar su capacidad con la asistencia del marido, y de conformidad con el artículo 1.593 de la Ley de E. C. acordó tener por conformes a los demandados con los hechos, dictando sentencia por la que se declaró haber lugar a la demanda. Notificada personalmente, fué apelada y, en el acto de la vista, se formuló, como incidente previo, la cuestión de nulidad de todo lo actuado por no haberse hecho en primera instancia la segunda citación para el juicio al marido de la demandada. La Audiencia desestimó esta cuestión incidental y confirmó la sentencia el 27 de abril de 1946.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma por los siguientes

**MOTIVOS.**—Números 1.º, 3.º y 5.º del artículo 1.693 E. C.: Sostiene el recurrente que la mujer casada no necesita de la asistencia del marido para comparecer en juicio, citando la sentencia de 24 de noviembre de 1900, y que, además, en los juicios de desahucio no es necesaria la intervención de Procurador, según cabe desprenderse de la sentencia de 19 diciembre 1916, por lo que los demandados han sido condenados sin ser oídos.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que si bien en el escrito formulando el recurso de casación por quebrantamiento de forma se citan los números primero, tercero, cuarto y quinto del artículo 1.693 de la Ley de E. C., ha de entenderse referido únicamente el recurso al primero de dichos números—falta de citación para el juicio—, único extremo a que se contraen las citas de preceptos legales y jurisprudencia contenidas en el cuerpo del escrito.

Segundo. Que el recurso se funda en que habiendo sido citados por segunda vez los demandados para el juicio de desahucio en precario planteado contra ellos, personalmente la mujer y por cédula el marido (advírtase que la primera citación se hizo a ambos personalmente), compareció aquélla alegando que el marido se hallaba ausente, pero el Juez no la tuvo por comparecida eficazmente por tratarse de mujer casada y no estar asistida de su marido y por estimarse obligatoria en el acto del juicio verbal la comparecencia por medio de Procurador, por sostener el recurrente, de una parte, que la mujer no necesita de dicha asistencia hallándose aquél ausente, y de otra, que el juicio sobre desahucio cuando se celebra ante el Juez de Primera Instancia no exige la representación por Procurador.

Tercero. Que conforme al artículo 6º del Código civil, la mujer casada no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido, a quien corres-

ponde la representación de la misma, salvo los casos expresamente exceptuados en dicho artículo, entre los que no se encuentra el de autos, y, por lo tanto, tanto el Juez como la Audiencia al conocer de la apelación entablada contra la sentencia se atemperaron a los preceptos legales al negar validez a la comparecencia de la mujer fuera de las formas legales y dar lugar al desahucio según lo preceptuado en el artículo 1.578 de la Ley de E. C.

Cuarto. Que, por lo que se refiere a la exigencia de Procuradores en los juicios de desahucios tramitados ante los Jueces de primera instancia, es evidente, conforme al criterio recientemente sostenido por esta Sala en sentencia de 10 de enero de 1943, su nulidad, porque la comparecencia por medio de aquél es la regla general (artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil), y entre las excepciones consignadas en el artículo 4.º está la de los juicios de que conocen en primera instancia los Jueces municipales (número segundo), pero no los juicios verbales celebrados ante los de primera instancia, como el de autos, procediendo por todo ello la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 17 OCTUBRE 1947

**Procesal—casación—motivos: no ampliación por analogía.**

*No es posible por razones de analogía ampliar los motivos de casación.*

**Procesal—casación—motivos: contra las sentencias de amigables componedores.**

*Los recursos de casación contra las sentencias de los amigables componedores sólo pueden intentarse en los dos supuestos de exceso en el ejercicio de jurisdicción comprendidos en el número 3.º del artículo 1.691 de la Ley de E. C.*

#### SENTENCIA 18 OCTUBRE 1947

**Procesal—excepciones dilatorias: necesidad de concretar el hecho en que se funden.**

*La alegación de la excepción del número 2 del artículo 533 de la Ley de E. C. exige que se concrete el hecho en que se funde, ya que son dos los conceptos que comprende con diversa naturaleza jurídica: el de carecer el actor de las calidades necesarias para comparecer en juicio y el de no acreditar el carácter o representación con que reclama.*

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma: necesidad de haber formado protesta.**

*Para que puedan prosperar los recursos de casación por quebrantamiento de forma es necesario, conforme al artículo 1.696, que se haya pe-*

*dido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió y si hubiere ocurrido en la primera que se haya reproducido la petición en la segunda.*

**Procesal—casación—desestimación: por causas de inadmisión.**

*Las causas de inadmisión son, como se tiene reiteradamente declarado, causas también de desestimación del recurso.*

**Procesal—resoluciones judiciales—autos: requisitos.**

*Los autos serán firmados con firma entera por todos los Magistrados que los hubiesen dictado, debiendo de cuidar el Secretario que no quede sin firmar ningún auto por ninguno de aquéllos.*

ANTECEDENTES.—El 5 de marzo de 1946 se dedujo en el Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra demanda de desahucio por falta de pago de un establecimiento mercantil y fabril. Entre los demandantes figuraba doña Carmen Barreiro Fernández, como representante legal de sus hijos menores de edad, D. José Silvestre, D.<sup>a</sup> María Beatriz y D. Emilio Daniel Zirca Barreiro. La Sociedad demandada propuso como prueba la documental, consistente en que se librasen las certificaciones de nacimiento de los menores de edad. El Juzgado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1.579 de la Ley de E. C., resolvió no admitirla, e interpuesto recurso de reposición, fué desestimado, dictándose sentencia el 26 de abril de 1946, por la que se declaró no haber lugar al desahucio.

Apelada la sentencia, fué revocada el 23 de septiembre de 1946, formalizando contra ella la Sociedad denominada. "Figuerola y Cía., S. A.", recurso de casación por quebrantamiento de forma y anunciando su propósito de interponerlo por infracción de Ley.

El recurso se basaba en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de E. C. Alegada la excepción de falta de personalidad en la contestación a la demanda y reproducida en el acto de la vista con apoyo de una certificación del Registro Civil acreditativa de que el demandante D. José Silvestre había nacido el 31 de diciembre de 1922, por lo que contaba veintitrés años cuando se presentó la demanda, resultan, por tanto, vulnerados los artículos 1.º y 2.º de la Ley de E. C., habiéndose cometido la infracción en la segunda instancia.

Segundo. Número 5.º del artículo 1.693 de la Ley de E. C. La denegación de la prueba documental, propuesta por el demandante en el Juzgado y secundada en segunda instancia al sostener la sentencia que la prueba ha de constreñirse a la confesión o al recibo acreditativo del pago, constituye una indefensión.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la falta de personalidad en el actor a que alude la segunda de las excepciones del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil comprende los dos conceptos siguientes: a) El carecer el actor de las cualidades necesarias para oomparecer en juicio. b) El no acreditar el carácter o representación con que reclama y la diversa naturaleza jurídica en estos conceptos obliga al que tal excepción formule a concretar el hecho en que la misma se funde, pues sólo así cabrá determinar en cuál de aquellos está incluída, o si no lo está en ninguno; pero el demandado, hoy recurrente, en lugar de fijar con claridad y precisión el

hecho en que la excepción alegada se fundaba, se limitó a formularla de una manera indeterminada, exponiendo que alegaba la falta de personalidad o de acción de los actores o falta de legitimación activa, al carecer aquéllos de las calidades necesarias para comparecer en juicio y no acreditar el carácter o representación con que reclamaban, pero sin especificar cuáles eran aquellas calidades de que los actores carecían y a que se refiere el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil y en qué consistía la falta de carácter o representación que les atribuía y a que alude el artículo 503 de la misma Ley, en su número 2.º, así como si la carencia de tales condiciones comprendía a todos los actores o solamente a algunos de ellos, y esta vaguedad no solamente impedía a los actores el conocer concretamente la causa o motivo en que la excepción se basaba, para poder impugnarla debidamente, sino que además hacía imposible la articulación de la prueba correspondiente, que tiene que limitarse a los hechos fijados definitivamente en el pleito, por todo lo cual procede declarar que la excepción aludida no fué alegada en forma y su desestimación no puede dar lugar al recurso de casación comprendido en el número 2.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo. Que aun en el supuesto de que el recurrente hubiera hecho constar en el momento oportuno del juicio, como lo ha hecho en el recurso, que la aludida falta de personalidad consistía en que la demandante doña Carmen Barreiro Fernández carecía de la representación legal de su hijo D. José Silvestre Zirca Barreiro, por haber éste nacido el 31 de diciembre de 1922 y ser mayor de edad el 5 de marzo de 1946, fecha de la presentación de la demanda, tampoco podría estimarse el recurso, por no obrar en el juicio la certificación del acta del Registro Civil acreditativa de tal hecho, y si bien es cierto que el recurrente propuso como prueba que se trajera a los autos dicha certificación, esta prueba fué denegada por el Juez y desestimado el recurso de reposición a que tal denegación dió lugar, sin que el recurrente reprodujera la pretensión en la segunda instancia para que se subsanase la falta cometida, de conformidad con lo estatuido por los artículos 566 y 859 de la Ley de Enjuiciamiento civil, circunstancia que impediría que el recurso prosperase, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.696 de la citada Ley, que exige para que puedan ser admitidos los recursos de casación por quebrantamiento de forma que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió y si hubiera ocurrido en la primera que se haya reproducido la petición en la segunda, y las causas de inadmisión son, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, causas también de desestimación del recurso.

Tercero. Que de conformidad con lo prevenido en el artículo 251 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los autos serán firmados con firma entera por todos los Magistrados que los hubiesen dictado, debiendo de cuidar el Secretario que no quede sin firmar ningún auto por ninguno de aquéllos, en cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 482 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su número 8.º

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 18 OCTUBRE 1947

**Procesal—competencia—principio de prueba: meras afirmaciones del actor.**

*Las meras afirmaciones del actor, de las que no existe constancia alguna, no constituyen principio de prueba para resolver una competencia.*

**Procesal—competencia—acción personal: cuál tiene este carácter.**

*La petición de que quede sin efecto o resuelta una escritura de venta de una finca y de que como consecuencia de tales declaraciones se condene al demandado a otorgar escritura a favor del actor para que recupere la finca, debe estimarse, para resolver una competencia, como ejercicio de una acción personal, ya que no es la finca el objeto inmediato de la reclamación.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: giro de letras.**

*El haberse satisfecho una cantidad por medio de letras no afecta a la determinación del lugar de cumplimiento porque no significa sino una facilidad de pago, sin trascendencia procesal, según reiterada jurisprudencia.*

## SENTENCIA 18 OCTUBRE 1947

**Civil—contratos: rescisión<sup>1</sup>.**

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que en relación con los temas que ahora son objeto del recurso, la Sala sentenciadora fijó las siguientes premisas de hecho: Primera. Hasta mediados del año 1941 tuvo normal cumplimiento el contrato de compraventa de pinos a que se contrae el litigio, mediante autorizaciones de corta concedidos por el Distrito Forestal de Jaén a instancia de la vendedora y propietaria del monte de pinos, y si ésta no facilitó nuevas autorizaciones para continuar la tala del monte fué porque el Distrito Forestal, estimando que ya estaban rebasadas las posibilidades de explotación de catorce años, denegó la concesión de nuevas licencias que en nombre de la propietaria se habían solicitado, habiendo sido abandonada la gestión de una de las solicitudes en vista de la desestimación de otra anterior; y segunda. El demandado no satisfizo a la actora el importe de toda la madera que extrajo del monte durante el año 1941.

Segundo. Que la primera de estas premisas es materia de impugnación en el cuarto y último motivo del recurso, por estimar que hay en autos demostración auténtica de que la vendedora no procedió con la diligencia debida en la gestión de las solicitudes que hizo para obtener las autorizaciones de corta de pinos, dejando de efectuar el depósito de la cantidad presupuesta para el reconocimiento del monte, que es requisito previo a la concesión de licencias; pero es de tener en cuenta que la Sala de instancia ya se hizo cargo de la omisión de dicho requisito respecto a una de las so-

1. Exponemos a continuación los considerandos de la sentencia, de los que no cabe deducir doctrina.

licitadas, y si no concedió relevancia a este hecho fué porque anteriormente le había sido denegada a la vendedora otra solicitud por agotamiento de las posibilidades del monte, lo que le llevó al abandono de aquella solicitud, que de antemano era de presumir que no habría de ser atendida, resultando así estéril el depósito exigido, y por esta razón se estima acertadamente en la sentencia recurrida que tal omisión no supone incumplimiento imputable a la vendedora de la obligación de facilitar al comprador las autorizaciones de corta que a su solicitud concediese la Jefatura de Montes, sin que, por otra parte, tenga comprobación en autos la afirmación que también se hace en este cuarto motivo de que la propietaria se comprometió de nuevo al eficaz cumplimiento del contrato después de conocer la negativa de la Jefatura, extremo éste ligado a unos proyectos de transacción que seguidamente serán examinados.

Tercero. Que en el tercer motivo, y frente al hecho apreciado por la Sala sentenciadora, alega el recurrente que el comprador ha pagado el importe de la madera extraída durante el año 1941, y funda lo alegado en unos proyectos de transacción habidos para dirimir las discrepancias surgidas entre los contratantes acerca de lo que después fué objeto del presente litigio, y esta tesis del recurso es, desde luego, desestimable, porque el proyecto de transacción, que en definitiva no fué aprobado, podrá suponer intento de pago sujeto a la coincidencia de voluntades determinantes del vínculo contractual de la transacción, pero no consumación de un pago que, por falta de avenencia, no se llegó a realizar, según reconoció el recurrente en contestación a la demanda, y no consta siquiera que se haya utilizado la consignación de la cantidad adeudada como medio cancelatorio procedente en el supuesto de que la vendedora se hubiera negado sin razón a admitir el pago ofrecido.

Cuarto. Que si bien la cláusula adicional del contrato de compraventa expresa claramente que quedaría en suspenso la estipulación décimoquinta que el supuesto, que se dió en el caso de autos, de que la corta del arbolado se detuviese o aplazase por no entregar la vendedora al comprador la licencia o licencias administrativas, pudo racionalmente ofrecer duda si la intención de los contratantes, ante el evento de la suspensión, fué referir ésta a uno de los pactos de la cláusula décimoquinta—obligación del comprador de abonar a la vendedora 20.000 pesetas en los primeros cinco días de cada mes—o hacer extensiva la suspensión de la cláusula al otro pacto también incluido en ella—obligación del comprador de abonar a la vendedora la diferencia en más sobre las entregas mensuales a que ascendiese la totalidad de la madera extraída durante el año anterior—, y esta duda, que efectivamente surgió en los contratantes, fué desvanecida por el Tribunal a que justificadamente en el sentido de que la suspensión querida por los interesados afectaba sólo al primero de dichos pactos, porque si es lógico que el comprador suspendiese pagos mensuales establecidos como anticipo o a cuenta durante la explotación del monte, si esta explotación se paralizaba no sería razonable ni equitativo que la madera ya extraída durante el año e incorporada al patrimonio del comprador quedase pendiente de pago durante el aplazamiento indefinido de la corta de pinos por

la falta de licencia administrativa de corta, no imputable a la vendedora, pues otra cosa supondría un enriquecimiento injusto del comprador, y por ello es de desestimar también el primero de los motivos del recurso que acusa error de interpretación de la cláusula adicional del contrato en relación con la décimoquinta por infracción del artículo 1.281 del Código civil.

Quinto. Que la desestimación del primer motivo priva de viabilidad al segundo, que aparece articulado sobre la base de que prospere la interpretación que el recurrente da en el primer motivo a la cláusula adicional, y en su virtud se aprecia que, por suspensión integral de la estipulación décimoquinta, el comprador no incumplió el contrato al dejar impagada la totalidad de la madera extraída durante el año 1941, ni, por lo tanto, era procedente la resolución del contrato a instancia de la vendedora, de acuerdo con el artículo 1.124 del Código civil, que se señala como infringido.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 18 OCTUBRE 1947

##### Procesal—pobreza: de los menores de edad.

*Para otorgar el beneficio de pobreza a los hijos menores de edad es preciso, según se ha declarado con reiteración, que sus padres sean también pobres en sentido legal por imponerles el artículo 155 del Código civil la obligación de representarles inherente a la patria potestad<sup>1</sup>.*

##### Civil—patria potestad: su pérdida.

*El artículo 168 del Código civil sólo hace referencia a la viuda que pasa a segundas nupcias y a los hijos legítimos, pero no a la mujer soltera que con un hijo natural contrae matrimonio.*

##### Civil—patria potestad—hijos naturales: deberes de la madre.

*La constitución de un organismo tutelar para el menor hijo natural, al contraer matrimonio su madre, no merma ni extingue los deberes naturales que la corresponden sancionados por la Ley civil, de satisfacer los gastos judiciales que ocasione la defensa de su hijo.*

ANTECEDENTES.—Por el tutor de un menor se promovió en el Juzgado de Hellín el 12 de enero de 1945 demanda incidental de pobreza. En la contestación a la demanda, entre otras objeciones, se alegó que la madre natural del demandante no había perdido la patria potestad por el hecho de que hubiera contraído matrimonio, sin que mereciera el concepto legal de pobre. El Juzgado, con fecha 13 de junio de aquel año, declaró haber lugar a

1. Múltiples e interesantísimas cuestiones se derivan del presente caso. La naturaleza del problema planteado en casación, reducido a justificar la existencia del organismo tutelar para obtener la pobreza de un menor, ha impedido que el T. S. estudiara a fondo el asunto y tuviera ocasión de determinar el alcance que tiene esta tutela, constituida sin que procediera por estar el menor sometido a la potestad de su madre, cuestión diferente a la situación del "falso tutor", pero con grandes interferencias con ella.

la pobreza. La Audiencia, el 7 de mayo de 1946, dictó sentencia revocando la del Juzgado.

Contra ella se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por el siguiente

**MOTIVO DEL RECURSO.**—Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Interpretación errónea que conduce a su aplicación en sentido indebido del artículo 168 en relación con el 172 del Código civil.

El artículo 168 del Código civil no aclara si el precepto que contiene es solamente aplicable a la viuda que contrae segundas nupcias o por extensión alcanza también a los casos en que, al contraer matrimonio, tuviera la mujer descendencia natural. La realidad muestra, en este caso, la existencia de un Consejo de familia y de un tutor que asume la íntegra representación del menor y cuya constitución y subsistencia no ha sido impugnada por nadie. No cabe, en buena doctrina, sostener la coexistencia de la patria potestad materna y la del organismo tutelar. El ánimo del legislador fué el convencimiento de que en el matrimonio prepondera y sojuzga la voluntad del varón, por lo que hay que sustraer a la patria potestad de la mujer, así mediatizada, a los hijos que pueda tener de un matrimonio anterior, y siendo esto cierto, es innegable que el artículo 168 no sólo es aplicable al caso de segundas nupcias, sino también al de la mujer que al matrimonio aportara descendencia natural. Por eso la constitución de la tutela al contraer matrimonio la madre del menor fué medida previsora encajada en el espíritu del texto legal, y al cesar aquélla en el ejercicio de sus derechos quedó descargada de sus obligaciones correlativas.

**CONSIDERANDOS.**—Primer. Que conforme al espíritu en que se inspira el artículo 18 de la Ley procesal, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado, con reiteración, que para otorgar el beneficio de pobreza a los hijos menores de edad no emancipados, es preciso que sus padres sean también pobres en sentido legal, porque si no lo fueren no hay términos hábiles de acceder a tal pretensión; con tanto mayor motivo cuanto que el artículo 155 del Código civil les impone tal deber, como uno de los efectos derivados de la obligación de representarlos, inherente a la organización de la patria potestad.

Segundo. Que, esto establecido, se articula el recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, denunciándose, en el único motivo invocado, la infracción del artículo 168, en relación con el 172, ambos del Código civil, por interpretación errónea conducente a su aplicación en sentido indebido.

Tercero. Que la sentencia recurrida no infringe los preceptos antecitados, ya que la claridad literal de sus términos obliga al juzgador a mantener su criterio, sin contradecirlo con interpretaciones que puedan desnaturalizarlo, por cuanto el artículo 168 sólo hace referencia a la viuda que pasa a segundas nupcias, como asimismo a los hijos legítimos, al establecer que no perderá aquélla la patria potestad si el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento tal contingencia, y ordenado que, en tal caso, conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos; sin que al artículo 172, complementario de aquél, pueda dársele otro alcance que determinar el momento en que la viuda recobra, por ministerio de la Ley, la patria potestad sobre todos los hijos no emancipados al volver a enviudar.

Cuarto. Que, por lo expuesto, y en armonía también con lo estatuido en el artículo 63 del Código civil, tampoco son de estimar las alegaciones del recurrente en torno a la imposibilidad legal de que venga obligada la madre a representar a su hijo, y sufragar los gastos que origine su defensa, en tanto subsista el organismo tutelar, bajo cuya custodia se halla el menor; porque en el supuesto de que la madre natural no pierde la patria potestad, la constitución de aquél no puede tener la virtualidad de mermar ni extinguir los deberes naturales que la corresponden sancionados por la Ley civil, aunque por motivos más o menos justificados declinase en estos autos la representación del menor; a menos, como dice la sentencia de esta Sala, de 24 de enero de 1900, de subordinar el objeto principal de la defensa a lo que, con relación a ésta, tiene, más que otro, carácter formal.

Quinto. Que no habiéndose intentado siquiera demostrar que la madre del recurrente sea pobre en sentido legal, ni impugnadas las apreciaciones de la Sala sentenciadora, en relación con la holgura social y económica en que aquél se desenvuelve, cae por su base el único fundamento del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 21 OCTUBRE 1947

**Procesal—competencia—principio de prueba.**

*No son principio de prueba las copias de cartas acompañadas con la demanda o los documentos emanados de personas extrañas a la litis.*

#### SENTENCIA 23 OCTUBRE 1947

**Procesal—casación—infracción de Ley: cuestiones objeto de examen.**

*Para resolver un recurso de casación no hay que entrar a examinar cuantas cuestiones de derecho haya latentes en el negocio jurídico que le da origen, sino que hay que tratar única y concretamente de los fundamentos de la resolución recurrida y de su impugnación por el recurrente.*

**Procesal—casación—infracción de Ley—desestimación: por haber de mantenerse el fallo por otros fundamentos.**

*Es intrascendente el recurso de casación cuando la sentencia recurrida haya de mantenerse por otros fundamentos no atacados por el recurrente.*

ANTECEDENTES.—En el Juzgado de Primera Instancia de Sagunto se presentó por D.<sup>a</sup> María López Colomer el 26 de octubre de 1942 demanda de mayor cuantía contra D.<sup>a</sup> Encarnación Boix Celades por sí y como representante legal de sus hijos menores de edad D. Enrique y D.<sup>a</sup> Trinidad Gaspar Boix y contra D. Vicente Gaspar Boix, en la que se solicitaba se dictase sentencia por la que se declarasen nulas las cláusulas primera y séptima del testamento otorgado por D.<sup>a</sup> Filomena Valero Martínez, así como del cuaderno particional confeccionado por el esposo de ésta, D. Vicente Gaspar Bru, como contador, partididor, y la nulidad de las inscripciones

producidas en el Registro de la Propiedad. En dichas cláusulas designaba la testadora, fallecida el año 1912, albacea y contador partidor a su marido, instituyéndole heredero en usufructo de todos sus bienes, los que pasarían al fallecimiento de éste a las personas que designaba. El 2 de mayo de 1915 se protocolizaron las operaciones de testamentaria redactadas por el contador, a las que éste se había adjudicado las fincas de mayor valor en pago de sus bienes privativos, no obstante tener el carácter de bienes parafernales, existiendo un perjuicio de más de la cuarta parte.

Los demandados objetaron que ya en el año 1914 se formuló demanda por los herederos nudo propietarios solicitando la nulidad de la cláusula testamentaria, sin que la pretensión prosperase porque el Juzgado y la Audiencia entendieron que los herederos forzosos no tenían la cualidad de coherederos, y que como quien podía lo más podía lo menos, la causante, que pudo dejar todos sus bienes a su esposo pudo designarle contador partidor, sin poder aportar certificación de la sentencia por haberse destruido los archivos durante la época roja. Tampoco acreditaba la actora la cualidad de heredera de su padre, fallecido el año 1927 sin impugnar la partición, por lo que habían prescrito las acciones de nulidad y rescisión.

En réplica, la demandante alegó que hasta 1937, fecha en que falleció D. Vicente Gaspar, no adquirieron derechos en la herencia los herederos. El 15 de julio de 1943 se dictó sentencia estimando la demanda, que fué revocada en diciembre del año siguiente, recurriendo contra ella la actora por los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Violación del artículo 1.057 en relación con el 4.º del C. C. Incurre la Sala en el error de aplicar el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1.076 del C. C., cuando realmente se trata de actos inexistentes imprescriptibles.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692: Infracción del artículo 759 en coordinación con el 799 del C. C. Aun aceptando la prescripción de cuatro años, con arreglo al criterio de la sentencia de 17 de marzo de 1934, en que se dió preferencia al artículo 759 sobre el 799, la recurrente no adquirió derecho hasta el fallecimiento del contador, pues mientras la condición pende no surgen derechos en el heredero o acreedor condicional.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que para resolver este, como todo recurso de casación, no hay que entrar a examinar cuantas cuestiones de derecho haya latentes en el negocio jurídico que la da origen, como pueden ser el de personas contra quien deba dirigirse la acción o aceptación más o menos explícita por las partes de los efectos del acto discutido, sino que hay que tratar única y concretamente de los fundamentos de la resolución recurrida y de su impugnación por el recurrente.

Segundo. Que la sentencia a que se contrae este recurso apoya su fallo, primeramente en la falta de acción de la demandante, que recoge en su Considerando primero, y además en la prescripción de la supuesta acción que ejercita, razonada en los Considerandos quinto y sexto, con las bases sentadas en el tercero y el cuarto, fundamentos totalmente independientes el uno del otro de modo tal que cada uno basta de por sí para ser base de la resolución, y la estimación o desestimación de uno de ellos nada influye en la del otro, por el carácter negativo de ambos.

Tercero. Que ninguno de los dos motivos que se alegan en este recurso de casación, estableciendo en el segundo los presupuestos para el primero, ataca la apreciación que hace la sentencia recurrida de la falta de acción, y únicamente impugnan la prescripción de ésta, siendo la consecuen-

cia de esa falta la impugnación, ya que cada uno de los dos fundamentos de tal sentencia es suficiente para sustentar su fallo, como ya se indica en el Considerando anterior, que subsistiendo la falta de acción apreciada por la sentencia recurrida, ésta no puede ser casada, cualquiera que fuera la estimación que ahora se hiciera de la prescripción objeto del recurso, por lo cual es innecesario entrar ahora en su examen.

**FALLO.**—No ha lugar.

### SENTENCIA 23 OCTUBRE 1947

**Procesal—doctrina legal: requisitos.**

*No cabe alegar la doctrina de una sentencia cuando el caso que resuelve no guarda paridad con el que es objeto del recurso.*

**Procesal—doctrina legal: requisitos.**

*No cabe alegar la doctrina mantenida en un recurso de casación por infracción de Ley en apoyo de otro formulado por quebrantamiento de forma.*

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma: falta de citación.**

*No existe quebrantamiento de forma basado en la falta de citación del número 3 del artículo 1.693 de la Ley de E. C. cuando el recurrente no ha sido emplazado.*

**ANTECEDENTES.**—Por D. Enrique de Sarriera y Villalonga se promovió demanda el 16 de mayo de 1944 en autos de menor cuantía en el Juzgado de Primera Instancia número 4, de Barcelona, contra la entidad "Productos Alimenticios Potax", para que abonara 16.000 pesetas importe de laudimio por venta de una finca. La entidad demandada se opuso a la demanda y reconvino alegando la prescripción, emplazándose también, a los efectos del artículo 1.482 del Código civil, a los señores Campderá Esterás, quienes también alegaron la prescripción.

Seguido el juicio, el Juzgado, con fecha 10 de noviembre de 1944, dictó sentencia, declaró haber lugar a la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Territorial confirma esta sentencia el 16 de junio de 1945, imponiendo al apelante las costas de la apelación.

Con posterioridad a esta sentencia, D. Joaquín de Serment y de Sarriera interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, exponiendo que había tenido conocimiento de la sentencia por noticias particulares, a quien le afectaba, ya que en los censos a que se refería el pleito se encontraba en vigor derecho de sustitución fideicomisario que correspondía al recurrente, basando su recurso en los dos siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de E. C.: Falta de emplazamiento de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio. La sentencia de 21 de marzo de 1911 dice que el demandante—aquí en la reconvencción—no es árbitro de elegir los demandados, sino que está obligado a dirigir su acción contra los que tienen interés en impugnar sus pretensiones, y el recurrente, como heredero sustituto de la herencia de su abuelo, tiene evidente interés en que subsistan los bienes de la misma, sin que hubiera consentido la falta que denunciaba porque no había sido parte.

Segundo. Número 6.º del artículo 1.693: No era competente el Juzgado para conocer en juicio de menor cuantía de un punto litigioso que ex-

cedía de las 20,000 pesetas, puesto que sumadas a las 16,000 pesetas de la demanda las pensiones por los censos, que son de 22 pesetas con 66 céntimos—artículo 489 de la Ley de E. C. en su regla 1.<sup>a</sup>—, daban la suma de 5,600,65 pesetas, a las que debían agregarse otras prestaciones inherentes a esta clase de bienes.

Por providencia de la Audiencia fué rechazado el recurso por no ser parte el recurrente, quien dedujo súplica basado en que la resolución debía revestir la forma de auto y que equivalía denegarle la admisión del recurso dictándose auto por el que se dejaba sin efecto la providencia y se tenía por comparecido y por parte al Sr. Sermentant.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que apoyado el motivo primero del recurso en el número también primero del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil por no haber sido emplazado el recurrente, no comparecido en la demanda, resulta notoriamente improcedente, pues, fuera de los casos excepcionales en que por disposición expresa de la Ley se mande llamar al juicio a determinadas personas, el artículo 525 de la indicada Ley prescribe de modo terminante que presentada la demanda, con las copias prevenidas, se conferirá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga y se las emplace para que comparezcan en los autos personándose en forma.

Segundo. Que la anterior interpretación del mencionado artículo 525 está en completo acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1897, en el único Considerando que contiene, en el cual, en un caso idéntico al de este recurso, se dice: "que no habiendo sido demandada personalmente la recurrente, no pudo ser citada ni emplazada para que contestara la demanda, por lo cual tampoco ha podido quebrantarse la forma de dicho juicio en cuanto a la recurrente se refiere, careciendo de derecho para recurrir contra la sentencia de segunda instancia en el tiempo y por el medio que utiliza."

Tercero. Que en contra de lo expuesto, no puede citarse con éxito la sentencia de 21 de marzo de 1911, en primer término porque el caso que resuelve no tiene paridad con el de autos, pues no fué dictada en un recurso de casación por quebrantamiento de forma alegándose la falta de emplazamiento, sino en uno por infracción de Ley, razón por la cual ninguna influencia puede tener en la resolución del actual recurso.

Cuarto. Que tampoco es procedente el segundo motivo del recurso apoyado en el número 6.<sup>o</sup> del artículo 1.693, por entender el recurrente haber sido tramitado desde la reconvencción por Tribunal incompetente, fundado en una errónea operación aritmética, de la que deduce dicho recurrente que la cuantía del juicio había sobrepasado el límite de los menores cuantía, pues sumado a las 16.000 pesetas de la demanda el resultado de multiplicar 25, con arreglo al artículo 489 de la Ley ritual, el total de las pensiones de los censos que ascienden a 22 pesetas con sesenta y seis céntimos, cuyo producto se eleva sólo a 566 pesetas con 50 céntimos, y no a 5.665 pesetas, como se afirma en el recurso; y sumadas a las 16.000 pesetas de la demanda, su suma no rebasa las 20.000 pesetas límite de los menores cuantía, pues sólo asciende a 16.566 pesetas.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 25 OCTUBRE 1947

## Civil—sucesiones—testamentos—ológrafos: requisitos.

*Las palabras escritas entre renglones que no fueren salvadas y que no afecten a la parte esencial del testamento no determinan su nulidad<sup>1</sup>.*

## Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: error de derecho.

*Para destruir las presunciones de la sentencia es preciso combatir la realidad del hecho que la sentencia da por demostrado, ya que la deducción es apreciación del Juzgado, con la única limitación que no sea contraria a las reglas del criterio humano<sup>2</sup>.*

## Procesal—casación: motivos.

*Al no acreditarse en forma legal el error en que pudiere haber incidido el juzgador al hacer una declaración de hecho, procede desestimar el motivo y se hace innecesario entrar a examinar si se ajusta o no a los textos legales la tesis de la sentencia.*

## Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: necesidad de que el hecho en que se hace la infracción conste en autos.

*No puede prevalecer el motivo de casación por infracción del artículo 693 del C. c. por no sujeción al turno notarial en la protocolización de un testamento, cuando ni en el indicado motivo ni en ninguno de los restantes del recurso se invoca documento alguno que acredite se hallase en turno a tales efectos un Notario distinto del designado por el Juez, siendo precisa la existencia de base indispensable para decidir si alteró dicho turno y, "caso afirmativo", si existió o no razón legal que determinase la alteración.*

## Procesal—casación infracción de Ley.

*Se puede prescindir de examinar un dictamen médico cuando no ha sido traído a los autos con observancia de los requisitos legales exigidos para la práctica de la prueba.*

## Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: error de derecho.

*El recurso planteado por error de derecho exige que se cite el precepto regulador de la prueba que resulte infringido.*

ANTECEDENTES.—Doña Josefina Gómez y Pérez de Tejada, asistida por su esposo y ante el Juzgado de Primera Instancia de Zafra, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra los herederos de D. Julián Pérez Cardos, sobre nulidad de testamento ológrafo y del expediente judicial de protocolización.

Los hechos alegados resumidos eran los siguientes: Que tres días después del fallecimiento de D. Julián Pérez Cardos, D. Leandro López de

1. V. Considerando primero.
2. V. Considerando segundo.

Ayala presentaba en el Juzgado de Zafra un testamento ológrafo del primero solicitando se incoase el oportuno expediente de la identificación a fin de obtener la protocolización del mismo; que con inusitada rapidez se llevó a efecto lo solicitado, ya que en el plazo de tres días quedó el testamento protocolizado; que al enterarse la actora, que a la sazón estaba en Madrid, de la instrucción de la diligencia de protocolización, solicitó la intervención de ciertos testigos y el cotejo pericial de letras a efectos de garantizar la identidad de tan importante documento, siendo su pretensión desestimada, "toda vez que el expediente no obraba ya en el Juzgado"; que cuando después de reiteradas gestiones logró ver el testamento protocolizado pudo observar los extremos siguientes: a) Que estaba extendido en dos pliegos de papel cuadriculado, sin que se pueda afirmar si constituyen o no un solo pliego, pues mientras así se indica en el acta notarial, en la judicial se dice "que sólo tiene dos hojas", y la solidez de la encuadernación impide comprobar este extremo. b) Que examinado dicho documento, eran de apreciar circunstancias anómalas, entre otras, que la segunda hoja de papel era más clara que la primera; que tachaduras e interlineados no eran salvados correctamente, que la firma presentaba una corrección, que la primera parte estaba correctamente redactada mientras que luego los conceptos eran expresados con manifiesto desorden y en términos mal empleados en los que abundaban las faltas de ortografía. c) Que el primer folio aparecía escrito hasta los bordes del papel mientras que en el segundo dejaba un holgado margen. d) Que la caligrafía era desigual, pareciendo corresponder a épocas distintas, siendo especialmente notorio el hecho de las considerables faltas de ortografía, cuando se trataba de un hombre ilustrado, de gran posición social y licenciado en Derecho, aunque no ejerciente, pero que aplicaba frecuentemente sus conocimientos al desarrollo de sus negocios y especialmente al cargo de Presidente de la Caja Rural, que muy personalmente desempeñaba; afirmaba, también, que en los últimos tiempos la correspondencia solía despacharla a máquina, por sí o por medio de amanuense, sin que se observasen errores ortográficos tan señalados como los del testamento.

De los hechos que expone saca la consecuencia de que no estaba todo lo consignado escrito por el testador, o bien, en el supuesto contrario que la fecha no corresponde a su otorgamiento, y señalando los fundamentos de derecho que creía la amparaban, solicitaba la declaración de nulidad del testamento, apertura de sucesión intestada, nulidad de todos los actos y contratos verificados en virtud del citado documento, entrega de los bienes y rentas percibidas e indemnización de daños y perjuicios y, en forma alternativa caso de inestimación de la nulidad del testamento, la del expediente de protocolización y, en uno y otro caso, cancelación total de las inscripciones hechas en el Registro de la Propiedad.

Las partes demandadas opusieron la falta de acción de la actora y solicitaron sus respectivas absoluciones, ya que el Juzgado competente había estimado justificada la identidad del testamento ológrafo, que era pueril el argumento relativo a la celeridad del expediente porque los artículos 690 y siguientes del C. c. disponen se inste la protocolización en un plazo apremiante y que se practiquen las diligencias con la brevedad posible, y que en realidad se trata de trámites sumamente sencillos que no requieren una actuación superior a tres folios, lo que explica se realizase en tan poco tiempo; que la actora, considerando justa y procedente la desestimación de sus pretensiones acerca de la instrucción del mismo, no interpuso recurso alguno; que el testamento fué, por dos veces, leído por un Notario que se encontraba en casa del causante y a presencia de la familia y amigos que allí se encontraban y que, sobre estas garantías, la actora envió una carta a dicho Notario, cuyo original se acompaña, en la que le suplicaba hiciera saber a la viuda que "respetaba la voluntad de su querido tío Julián (q. e. p. d.)"; con lo que manifestaba su con-

formidad con el testamento más tarde impugnado amparándose en su situación de pobreza legal. Que el examen externo practicado por la parte actora se separa ridiculamente de la realidad, ya que no existe contradicción entre el acta notarial que habla de un pliego y la judicial que se refiere a dos hojas, pues es notorio que todo pliego tiene dos hojas; que contra la afirmación de diferencia de color en las tintas está el dictamen pericial que presenta y el que espera se practique a instancias de la parte actora; respecto de la redacción, señala el absurdo de que reconociendo que todo el instrumento, salvo dos renglones, está escrito por la misma mano haga notar diferencia en el estilo y en la calidad ortográfica, destacando respecto a las faltas de ortografía que, efectivamente, el causante era persona que cursó estudios en su juventud, pero que no habiéndose dedicado desde entonces más que a la agricultura y a la ganadería no ofrecía particularidad el hecho de haber olvidado una buena parte de la instrucción recibida. Señalaba otras contradicciones en la demanda y aportaba autógrafos del causante como muestra de su deficiente ortografía.

Interrumpido el procedimiento por razón de la guerra, en el mes de mayo de 1939 el Juzgado falló absolutoriamente sobre el fondo de la cuestión propuesta; la Audiencia de Cáceres confirmó este fallo, que fué apelado en casación por infracción de ley, señalando en los antecedentes de la motivación un dictamen de la Escuela de Medicina legal de Madrid en el que tras un detenido análisis de orden teórico los doctores firmantes resumen su observación diciendo: "que las diferencias observadas son tan notorias e indubitables, tanto en la firma como en la rúbrica, que no puede establecerse una comparación por su extraordinaria diferencia".

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C.: inaplicación del párrafo 3.º del artículo 688 y 687 del C. c. y de las sentencias de 4 abril 1885, 29 noviembre 1916, 3 abril 1945, siendo resumen de las mismas que si bien no afectan a la validez del testamento ológrafo aquellas enmiendas no salvadas cuando no alteran ni varían la expresa voluntad del testador, es regla general la de que todos los requisitos fijados en el artículo 688 del C. c. son igualmente esenciales para la validez del testamento ológrafo, de forma que su ausencia es causa de nulidad, y así lo son, tachaduras en la fecha o en la firma no salvadas, y las que hagan dudar del contenido; doctrina aplicable al presente caso, en que existe corrección en la firma, siendo irrelevante la afirmación pericial de que "no obstante la enmienda del testamento, es auténtico", sin que sea preciso probar que la enmienda se cometió fraudulentamente y bastando, por tanto, con probar su existencia.

Segundo. Números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: infracción de los artículos 632, 610 y 609 de la Ley procesal y las sentencias de 16 diciembre 1891, 4 julio 1894, 7 octubre 1907, 17 febrero 1909, 5 noviembre 1934 en relación con el artículo 688 del C. c. y las sentencias de 2 marzo 1935, 13 mayo 1942 e inaplicación del artículo 687 del C. c. El juzgador de primera instancia no valora por sí la prueba pericial, y por la misma razón que el dictamen no vincula al Juez tampoco le exime de considerarlo y de enjuiciarlo, en este caso, con arreglo a las normas que rigen para el testamento ológrafo; por otra parte, el dictamen pericial que reconoce la existencia de las enmiendas y de las variaciones en la forma de la letra las justifica con motivos que exceden de su concreta función por caer dentro del de la medicina y la psicología, materias en las que no son versados.

Tercero. Números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del principio de que "nadie puede ir contra sus propios actos" y las sentencias 26 noviembre 1901, 28 febrero 1906, 10 diciembre 1913, 1º marzo 1890, 13 julio 1892. ai interpretar que la carta obrante en autos y en la que la actora acata la

voluntad del causante impide el ejercicio de la acción de nulidad, en cuanto que la primera se refiere exclusivamente a la voluntad y el ejercicio de la acción a la validez del título expresión de ésta. Por tanto, no siendo común el objeto no puede aplicarse el principio, ya que se trata de actos distintos, pero no contrarios, siendo, por otra parte, la validez o invalidez del testamento un hecho completamente extraño a la voluntad de la actora, suponiendo los fundamentos alegados en la sentencia como motivadores de la aplicación de este principio manifiestas incongruencias.

Cuarto. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: interpretación errónea y violación del artículo 693 del C. c., que en relación con el artículo 128 del Reglamento a la Ley Orgánica del Notariado vigente, que obliga al Juez a designar el Notario correspondiente y no protocolizarlo, como en este caso sucede, en el que ha señalado uno de los interesados.

Quinto. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: interpretación errónea del artículo 692 del C. c. en cuanto que una recta interpretación de éste demuestra que la citación del cónyuge sobreviviente no excluye la de los ascendientes y descendientes legítimos del testador para la práctica de las diligencias a que se refiere, interpretación que no ha sido considerada en la sentencia recurrida.

Sexto. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C. La sentencia recurrida acepta íntegramente en lo sustancial los considerandos de la de primera instancia, y ésta establece que fué comprobada la inexistencia de hermanos, y la de la Audiencia aduce la necesidad de la citación o justificación de su existencia. Si esto significa la aceptación, o hay contradicción entre ambas sentencias o error en la apreciación de la prueba de documentos auténticos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en el primer motivo del recurso, y al amparo del número primero del artículo 1.692 de la procesal, se alega que el dictamen pericial que obra en los autos aparece existen en la firma del testador una enmienda no salvada y en la rúbrica una duplicidad e interrupción de trazos, añadiendo el citado motivo que de las palabras interlineadas no se salvan tampoco las de "y contadores" y sólo de manera defectuosa se salva la palabra "después", para deducir de estas premisas la consecuencia de que al declarar la validez del testamento ológrafo de que se trata, incide el fallo en infracción de los artículos 688, párrafo tercero, y 687 del Código civil y de la jurisprudencia establecida por esta Sala; pero, aun aparte de que para impugnar la apreciación de la prueba pericial—verdadera finalidad del citado motivo—sería preciso atenerse a la norma señalada en el número séptimo del artículo 1.602 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es lo cierto que como fundamentos de la indicada conclusión el recurrente recoge y acepta tan sólo determinadas frases del dictamen pericial y prescinde de las que en el cuerpo del mismo explican y aclaran el sentido del término *enmendar* empleado en el informe y que puntualizan claramente el criterio de los peritos, los cuales manifiestan que la duplicidad de trazos observada en la mayúscula inicial del nombre del testador obedece a que en el primer intento de ejecución de la misma faltó la tinta, quedando casi invisible en su mayor parte y al descubierta el surco marcado primeramente, como ocurrió del mismo modo con la rúbrica, o sea. que el repetido dictamen, refiriéndose a la existencia de una duplicidad de trazos terminantemente afirma que interrumpidos éstos como consecuencia de la antes observada digo expresada causa, fue-

ron completados por el testador, pero no declara que se hubiesen alterado o sustituido ni la firma ni la rúbrica, sin que, de otra parte, la circunstancia de no haber sido salvadas las palabras escritas entre renglones a que antes se ha hecho referencia afecta tampoco a la validez de testamento, porque como declaró esta Sala en su sentencia de 3 de abril de 1945, confirmando la doctrina establecida en las de 4 de abril de 1895 y 29 de noviembre de 1916, las palabras escritas entre renglones que no fueren salvadas y que no afectan a la parte esencial del testamento no determinan su nulidad.

Segundo. Que al quedar en pie la conclusión de legitimidad del ahora controvertido, que el fallo sienta, huelga entrar a examinar con relación al tercer motivo del recurso si el Tribunal de instancia aplica o no acertadamente el principio "venire contra factum proprium" en cuanto declara que la carta suscrita por la recurrente y en la que ésta manifestó aceptar y respetar la voluntad del testador le impedía ejercitar la acción de nulidad, sin que tampoco sea de apreciar en la sentencia la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, como dicho motivo tercero sostiene, pues afirmado por el Tribunal sentenciador que, dadas las circunstancias del caso, debe presumirse que antes de suscribir la aludida carta tuvo conocimiento exacto la recurrente de la legitimidad del testamento que ahora impugna, sería preciso para destruir la presunción combatir la realidad del hecho que la sentencia da por demostrado—existencia de la carta—, ya que la deducción es de apreciación del Juzgado, como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 30 de junio de 1931 y 18 de abril de 1932, entre otras), con la única limitación de que tal deducción no resulte contraria a las reglas del criterio humano, circunstancias que manifiestamente no se da en el caso presente, siguiéndose de las razones expuestas que no pueden prevalecer los citados motivos primero y tercero, como tampoco el segundo de los invocados en el que se sostiene que el juzgador de instancia no ha analizado ni apreciado debidamente el dictamen pericial; y no puede prosperar dicho motivo porque, aparte las consideraciones antes apuntadas y además de no señalar el recurrente precepto regulador de las pruebas que resulte infringido al hacer la Sala de instancia la aludida apreciación, es el propio motivo el que transcribiendo diversas frases contenidas en los fundamentos del fallo—entré ellos la de que no se han comprobado de manera eficaz los defectos acusados en el testamento—viene a desvirtuar su propia tesis; y, finalmente, no cabe reconocer valor al argumento de que la sentencia al examinar la prueba prescinde del dictamen emitido por la Escuela de Medicina Legal de Madrid, pues, de una parte, dicho dictamen no ha sido traído a los autos con observancia de los requisitos legales exigidos para la práctica de las pruebas y, de otra parte, no ha sido objeto de controversia en el pleito la existencia o no existencia de trastornos psíquicos en el testador.

Tercero. Que el motivo cuarto acusa la infracción del artículo 693 del Código civil en cuanto a la sentencia entiende que la no sujeción al turno notarial en la protocolización del testamento no es causa de nulidad

del expediente; pero frente a esta alegación es de tener en cuenta que ni en el indicado motivo ni en ninguno de los restantes del recurso, se invoca documento alguno que acredite se hallase en turno a tales efectos un Notario distinto del designado por el Juez, es decir, que falta a la base indispensable para decidir si se alteró dicho turno y si "caso afirmativo" existió o no razón legal que determinase la alteración; y declarado terminantemente en el fallo del Juzgado, aceptado por la Sala sentenciadora, que se comprobó la no existencia de ascendientes, descendientes y hermanos del testador y sí tan sólo la del cónyuge, es evidente que al no acreditarse en legal forma el error en que pudiese haber incidido el Juzgador al hacer esta declaración de hecho; procede desestimar dicho motivo y se hace innecesario entrar a examinar si se ajusta o no al texto del artículo 692 del Código civil la tesis de la sentencia en cuanto estima no ser preceptivo para las diligencias de protocolización efectuar la citación o acreditar la no existencia de hermanos en el caso de sobrevivir el cónyuge del testador, cuestión planteada en los motivos quinto y sexto, por la indicada razón tampoco puede prosperar.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 28 OCTUBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—compraventa mercantil: lugar de cumplimiento.**

*Las palabras "de Matamala salieron 300 corderos para mí", induce a pensar que tratándose de una compraventa, aquél fué el lugar de entrega.*

**Procesal—competencia—costas: temeridad.**

*El proponer y sostener una competencia negando la existencia de contrato y contradiciendo con ello la afirmación hecha en una carta, ofrece motivo, por su temeridad notoria, para la imposición de costas.*

#### SENTENCIA 28 OCTUBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: cuestiones relacionadas.**

*Según constante jurisprudencia, la norma de competencia aplicable a las demandas sobre cumplimiento o incumplimiento de un contrato lo es también a las cuestiones con él relacionadas, cualquiera que sea su índole y aunque la obligación principal se halle extinguida.*

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: compraventa mercantil.**

*Es doctrina jurisprudencial reiterada que en la compraventa de géneros de comercio la entrega de éstos se presume realizada, salvo pacto contrario, en el establecimiento del vendedor, lugar donde también debe efectuarse el pago.*

## SENTENCIA 28 OCTUBRE 1947

## Civil—contratos: intimidación.

*Para que la intimidación vicie el consentimiento y produzca la anulación del contrato, se exigen como requisitos fundamentales, según establece el artículo 1.267 del C. C. y reconoce la jurisprudencia,<sup>1</sup> el empleo de la amenaza de un daño inminente y grave capaz de disminuir la libertad de uno de los contratantes; que esa amenaza determine la declaración de voluntad o, lo que es igual, que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento, y, por último, que esa amenaza revista carácter antijurídico.*

## Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: error de hecho.

*Que aun cuando la intimidación sea un concepto jurídico, los hechos de que dimanar son de la determinación de la Sala sentenciadora, en el uso de su soberanía para apreciar las pruebas.*

## Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: error de hecho.

*El nexo o enlace causal entre la intimidación y el contrato celebrado es cuestión de hecho, según declara de modo terminante la sentencia de 3 de junio de 1947.*

## Procesal—casación—infracción de Ley—motivos: error de hecho.

*Las cuestiones de puro hecho sólo pueden ser atacadas en casación por el número 7 y no por el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de E. C.*

**ANTECEDENTES.**—En octubre de 1946 D. Joaquín Magraner Soriano, necesitando dinero que le pedía el Comité socialista de Alcira, en concepto de "donativo voluntario", vendió a D.<sup>a</sup> Francisca Soler Diego una finca, comprometiéndose la adquirente a sustituirlo en el contrato de aparcería que el vendedor tenía con D. Lino Garcés. Este se separó un año después de la aparcería, cuando ya la adquirente había entrado en posesión de la finca.

Al liberarse Alcira tomaron posesión de la finca los señores Magraner y Garcés y enajenaron, como dueño y aparcerero, las cosechas de los años 1939-40 y 1940-41.

Doña Francisca Soler presentó en 19 de febrero de 1942 demanda de reivindicación de la finca y frutos pendientes y percibidos, a excepción de los gastos abonables. Opuso D. Joaquín Magraner la nulidad del contrato de compraventa realizado por intimidación. En 15 de noviembre de 1943 se dictó sentencia por el Juez de Primera Instancia de Alcira, estimando la demanda con la salvedad de que la mitad de los frutos percibidos no podía reclamarse al Sr. Magraner.

Apelada la sentencia por ambas partes, fué confirmada por la Audiencia de Valencia en 26 de diciembre de 1944, a excepción de lo referente a la mitad de los frutos percibidos, que sólo podían reclamarse desde la fecha de presentación de la demanda. Fué recurrida esta sentencia por los siguientes

**MOTIVOS.**—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: Violación e interpretación errónea del artículo 1.267 del

1. V. el primer Considerando.

Código civil, justificando el que la calificación de los hechos pudiera discutirse en casación.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Violación del artículo 1.268 del C. C. La intimidación puede provenir de un tercero.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para que la intimidación vicie el consentimiento y produzca la anulación del contrato se exigen como requisitos fundamentales, según establece el artículo 1.267 del Código civil y reconoce la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias de 16 de diciembre de 1915, 3 de junio de 1941 y 18 de febrero de 1944, el empleo de la amenaza de un daño inminente y grave capaz de disminuir la libertad de uno de los contratantes; que esa amenaza determine la declaración de voluntad o, lo que es igual, que exista un nexo causal entre la intimidación y el consentimiento, y, por último, que esa amenaza revista carácter antijurídico, requisito que no se discute en el presente caso.

Segundo. Que aun cuando la intimidación sea un concepto jurídico, los hechos de que dimanar son de la determinación de la Sala sentenciadora, en el uso de su soberanía para apreciar las pruebas, y entre esos hechos figura el nexo o enlace causal entre la intimidación y el contrato, según declara de modo terminante la sentencia de 3 de junio de 1941.

Tercero. Que en la sentencia a que se refiere el presente recurso, si bien se reconoce que el demandado, en el ambiente de terror imperante en la zona roja—1936—, atemorizado por exigencias de dinero del Comité marxista de Alcira, vendió a la demandante la finca que ésta trata de reivindicar con la finalidad de proporcionarse recursos para atender a aquellas abusivas exigencias, en precio que, por cierto, no se tacha de desproporcionado e injusto, como pudiera haberlo conseguido por medio de préstamos que le brindara algún familiar, la propia resolución niega la existencia del nexo entre la intimidación y el contrato, y como se trata de una cuestión de puro hecho sometida al juicio de la Sala, no atacada aquí por el único camino viable—el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal—, no puede darse como infringido el artículo 1.267 del Código civil invocado en el primer motivo del recurso, que por ello debe ser desestimado.

Cuarto. Que negada la intimidación, tampoco cabe apreciar la infracción del artículo 1.268 del Código civil referente al caso de que aquélla se ejerza por un tercero extraño al contrato, porque falta el supuesto fundamental para estimarla, ello aparte de no demostrarse el acuerdo entre la compradora y el Comité marxista para coaccionar al recurrente, forzándole a prestar su consentimiento para la venta aludida, procediendo por ello la desestimación del motivo segundo del referido recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 4 NOVIEMBRE 1947

Procesal—casación—por infracción de Ley: error en la apreciación de la prueba.

*La apreciación de la prueba debe ser combatida en casación por el número 7.º y no por el 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C., señalándose*

*el documento o acto auténtico o citándose el precepto legal que se considere infringido.*

**Mercantil—seguros—nulidad: por omisión de circunstancias.**

*La reticencia u ocultación de hechos por el asegurado que puedan llevar a la celebración de un contrato de seguro de vida que, en otro caso, no se hubiera celebrado o exigiera el pago de una sobreprima, originan por prescripción del artículo 381 del C. de C. la nulidad del contrato.*

ANTECEDENTES—En octubre de 1935 se formalizó demanda en el Juzgado de Primera Instancia número 19, de Madrid, por D.<sup>a</sup> Josefa Pérez Ferrero contra "La Equitativa", Fundación Rosillo, de Madrid, en la que se reclamaba por aquélla, como beneficiaria de un seguro de vida entera y prima fija, la cantidad de 50.000 pesetas. La Compañía opuso a la demanda fundamentalmente el hecho de que el asegurado había declarado en el reconocimiento médico que no padecía enfermedad, cuando lo cierto era que sufría de albúmina, en tal cantidad, que falleció pocos meses después de celebrar el contrato por un ataque de uremia, circunstancia conocida por el asegurado. La demandante insistió en su petición en trámite de réplica, y lo mismo la entidad demandada en su dúplica.

El 11 de mayo de 1942 se dictó sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas. La Sala Primera de la A. T. confirmó la sentencia, salvo en las costas.

Interpuesto recurso de casación se formalizó por el siguiente

MOTIVO.—Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Infracción por aplicación indebida del artículo núm. 1.º del artículo 381 del Código de Comercio, y por inaplicación de los 1.091, 1.258, 1.281, 1.282 y 1.285 del C. C. y de las sentencias de 22 octubre 1927, 5 diciembre 1931 y 15 diciembre 1934. Del examen de los hechos desprende el recurrente que no se cometió ocultación, inexactitud ni error alguno, voluntario o involuntario, con influencia en el riesgo asegurado ni en la celebración del contrato, habiendo incurrido la Sala en error de derecho al interpretar la prueba, con la consiguiente infracción de los preceptos y jurisprudencia invocados anteriormente.

CONSIDERANDOS.—Primero.—Que para aplicar al caso de autos lo dispuesto en el artículo 381, núm. 2.º y 3.º, del Código de Comercio, la Sala sentenciadora estimó probado que al contratar el seguro de vida el asegurado declaró que no había tenido ni tenía enfermedad alguna, ocultando que unos dos meses antes había sufrido nefritis, de la que quedó con albúmina en la orina hasta el momento de su muerte por ataque de uremia.

Segundo. Que estos hechos quedan firmes en casación, ya que el recurrente examina la prueba practicada, en particular la testifical, y trata de desvirtuar la apreciación que de la misma se ha hecho en la sentencia recurrida, a cuyo efecto extrae de la prueba, según su criterio, elementos de juicio demostrativos de que el asegurado ignoraba la gravedad de la enfermedad padecida y no declarada; pero esta impugnación del fallo de instancia carece de viabilidad en casación, porque el único motivo del recurso se ampara en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se utiliza la vía adecuada del número 7.º del mismo precepto legal, señalando el documento o acto auténtico que evidencie la equivocación del juzgador, o citando el precepto legal sobre va-

loración de prueba que se considere infringido, para que pudiera prosperar la impugnación de la "quaestio facti" en litigio.

Tercero. Que al ser mantenidos en este recurso los hechos expuestos en el primer considerando falta la base en que se pretende apoyar la infracción, fundamentalmente del artículo 381 del Código de Comercio, que se invoca en el único motivo alegado, pues dada la reglamentación que la Ley imprime al seguro sobre la vida, la mera declaración inexacta del asegurado, aun de buena fe, con influjo en la estimación de los riesgos, y con mayor razón la reticencia u ocultación de hechos que puedan llevar a la celebración de un contrato de seguro, que en otro caso no se hubiera celebrado o exigiría el pago de una sobreprima, originan por prescripción terminante del citado artículo 381 la nulidad del contrato, y no es dudoso afirmar que este vicio de nulidad concurre en los hechos que se declaran probados.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 4 NOVIEMBRE 1947

Civil—testamentos—eficacia.

*Según reiterada y uniforme jurisprudencia, para la validez y eficacia de una disposición testamentaria no basta que su contenido pueda representar la expresión de la voluntad del que la otorga, sino que es preciso, además, que se halle revestida de todos aquellos requisitos y formalidades que la ley exige como medio de asegurar la verdad de tal expresión y garantizar la autenticidad del acto.*

Civil—testamentos—eficacia: de los ológrafos.

*El testamento ológrafo, por ser excepción del testamento solemne y acto personalísimo de quien lo otorga, es forzoso exigir, con el mayor rigor, el cumplimiento de las prevenciones que la ley tiene establecidas en orden a la consecución de aquellos fines de veracidad y autenticidad necesarios en documento de tan acusada trascendencia.*

Civil—testamentos—eficacia—ológrafos: formalidades esenciales.

*La exigencia de la expresión del día, mes y año en que el testamento ológrafo se otorgue es formalidad esencial para su eficacia, de suerte que su ausencia produce las invalidades del mismo.*

Civil—testamentos—eficacia—ológrafos: falta de la fecha.

*Reiterada jurisprudencia establece que la falta de consignación de la fecha no puede ser suplida o enmendada mediante deducciones o por los medios ordinarios de prueba.*

ANTECEDENTES.—En el Juzgado de Primera Instancia de Alcaraz se formuló demanda el 16 de junio de 1941 por D. Felipe Martínez Montano, en la que solicitaba con la anotación preventiva de la demanda y con re-

querimiento a la demandada doña Manuela Guillén Simarro para que se abstuviera de disponer de los bienes que poseía de la herencia de don Pedro Antonio Castillo Martínez; que se dictara sentencia declarándose nulo el testamento otorgado por dicho señor y al demandante su único y universal heredero abintestato; condenándose a la demandada a que hiciera entrega de todos los bienes que adquirió por la herencia y al valor de lo que hubiere dispuesto de la misma procedencia. En la demanda se exponía que al intentar el señor Martínez Montano la oportuna declaración de herederos se encontró con que estaba tramitando un expediente pretendiendo la protocolización de un supuesto testamento ológrafo falto del requisito de la fecha a lo que se opuso sin conseguirlo, acompañándose a la demanda los documentos acreditativos de su cualidad de heredero abintestato. El testamento era del tenor literal siguiente:

“Testamento ológrafo en el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas y una sola divina esencia de la Gloriosísima siempre Virgen María, nuestra bendita Madre y Madre de Dios, bajo cuyos auspicios se ha de emprender toda obra para que sea por ellos bendecida y santificada.—Siendo cierto que en pena del pecado fué decretada la muerte de los hombres, cómo y cuándo a Dios plugiere, para juzgarlos, y según sus obras y siendo cierto también que aunque infinita la misericordia de Dios es condición precisa para salvarse creer y obrar según lo que enseña y manda Nuestra Santa Madre Iglesia Católica, comienzo este mi testamento que es la expresión fiel de mi voluntad haciendo como buen cristiano y Ministro, aunque indigno del Señor, la protesta de la Fe Católica, por la cual creo en todos los misterios de nuestra Sacrosanta Religión; creo y confieso todas y cada una de las cosas que se contienen en el Credo y símbolo de nuestra Fe, creo y admito todas las tradiciones Apostólicas y Eclesiásticas y todas las observaciones y constituciones de la Santa Iglesia Católica; creo en las enseñanzas de las sagradas escrituras, según el sentido de la Santa Iglesia, a la que procede la verdadera interpretación de ellas; creo y confieso que son siete los Sacramentos de la Iglesia y de ellas algunos necesarios para la salvación del alma.—Creo en todo cuanto se define y declaró en el Concilio Tridentino sobre el pecado original y la justificación.—Creo en la Santa Misa que se ofrece en sacrificio propiciatorio, propio y verdadero de los vivos y los difuntos. Creo en el Santísimo Sacramento de la Eucaristía está constituido, verdadera, real y substancialmente el Cuerpo y Sangre de Cristo, juntamente con su alma y Divinidad por convertirse en virtud de las palabras de la consagración de la substancia de pan en Cuerpo de Cristo y la substancia de vino en su divina sangre, en virtud de lo que la Iglesia llama Transubstanciación: Creo en el de la Encarnación, creo en el Misterio de la Redención de Cristo, Nuestro Señor, que murió en la Cruz por nosotros, ha de convocarnos un día al juicio final, para castigarnos o premiarnos eternamente según nuestras obras. Hecha esta profesión de fe hago declaración de mi última voluntad en la forma siguiente: Declaro poseer en el Salobre una finca llamada “Suerte de la Dehesa”, otra llamada “Huerto de los Guindos”, otra titulada “Fuente Berruga” otra denominada “Barranco Manguillo”, otra denominada “La Solana” que fué viña y ahora como todas las demás que aquí se mencionan con plantíos de olivas, con el caber y linderos unas y otras que en la escritura que me otorgó doña Gertrudis de Llano Navarro en 22 de octubre de 1915 y en documento privado correspondiente a la llamada “Barranco Manguillo” otorgado por Julia Navarro y su esposo don Bernardo González, del Salobre, de todas estas fincas y de cuantas existieran de mi propiedad a mi fallecimiento, las lego, nombrando la heredera universal a mi criada Maria Manuela Guillén Simarro. Así lo otorgo en esta Villa día de la fecha.— Pedro Antonio Castillo Martínez.

Opuesta la demandada, se dictó sentencia el 8 de mayo de 1944 por la que se estimaba la demanda y se declaraba la nulidad e invalidez del testamento, que fué confirmada por la A. T. de Albacete el 19 de enero de 1945. Contra ella se interpuso recurso de casación por dos motivos, de los que sólo recogemos el primero.

**MOTIVO DEL RECURSO.**—Número 1.º del artículo 1.692 E. C.: Infracción por interpretación errónea del artículo 688 del C. c. La finalidad que persigue la ley al señalar los requisitos de expresión del año, mes y día es la de poder apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento y confrontar su valor respecto a otros anteriores o posteriores. Como el testador no sufría ninguna incapacidad y el testamento ológrafo era el único que había otorgado, la falta de expresión de la fecha no puede, en este caso, estimarse como esencial para su validez, ya que además se conoce perfectamente y se señala en la sentencia recorrida cuál era el lugar y el día en que se otorgó.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que según la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala para la validez y eficacia de una disposición testamentaria no basta que su contenido pueda representar la expresión de la voluntad del que la otorga, sino que es preciso, además, que se halle revestida de todos aquellos requisitos y formalidades que la ley exige como medio de asegurar la verdad del tal expresión y garantizar la autenticidad del acto, y esta doctrina, de indudable aplicación a todos los testamentos, lo ha de ser de una manera más especial, si cabe, a los ológrafos, en los que, por ser la excepción del testamento solemne y acto personalísimo de quien lo otorga, es forzoso exigir con el mayor rigor el cumplimiento de las prevenciones que la ley tiene establecidas en orden a la consecución de aquellos fines de veracidad y autenticidad necesarios en documento de tan acusada transcendencia, rigor que aun cuando en algún caso pudiera resultar excesivo, no puede eludirse en manera alguna en esta materia por ser ley clara y concreta.

Segundo. Que la imperativa redacción del párrafo segundo del artículo 688 del Código civil, no permite duda alguna de que la exigencia de la expresión del día, mes y año en que el testamento ológrafo se otorgue es formalidad esencial para la eficacia de tal forma de testar, de suerte que su ausencia produce la invalidez de la misma, y esto no solamente por la virtualidad del precepto mencionado, sino por la declaración general de nulidad que contiene el artículo 687 del mismo Cuerpo legal, siendo de notar que la rigurosa observancia de la primera norma legal aducida ha sido corroborada por reiterada jurisprudencia que establece, entre otras doctrinas, que la falta de consignación de la fecha no puede ser suplicada o enmendada mediante deducciones o por los medios ordinarios de prueba, y comprobado que en el escrito que como testamento ológrafo ha dado origen al presente recurso no se expresa el día, mes y año en que tal documento se otorgara, es evidente que la Sala sentenciadora al declarar la nulidad del mismo no interpretó erróneamente el párrafo segundo del mencionado artículo 688 del Código civil, sino que procedió acertadamente ajustándose en su fallo al contenido del mismo, y por ello procede desestimar el primer motivo del recurso fundado en

dicho supuesto error, debiendo asimismo declarar la improcedencia del segundo y último motivo que alega la inaplicación de los artículos 658, 667 y 668 y la indebida aplicación del 912, todos del Código civil, infracciones que sólo hubieran tenido realidad en la hipótesis de haberse estimado el motivo primero con la consiguiente validez del testamento ológrafo en cuestión, según pretendía el recurrente.

FALLO.—Na ha lugar.

#### SENTENCIA 5 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—arrendamientos—recurso de injusticia: distinción en los casos de quebrantamiento de forma.**

*El recurso a que se refiere el número 2.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el que alude el artículo 172 de la misma Ley son dos recursos claramente distintos, según se infiere de los citados preceptos, y por eso debe el recurrente determinar en cada caso clara y concretamente el recurso que pretende utilizar.*

**Procesal—arrendamientos—recurso de injusticia: defectos de carácter procesal.**

*Preparado el recurso ante la Audiencia por injusticia notoria e interpuesto por quebrantamiento de forma, resulta inadmisibile y, por tanto, desestimable, puesto que, preparado el de injusticia notoria, no se interpuso en tiempo y el de quebrantamiento de forma no se preparó oportunamente.*

**Procesal—arrendamientos—recurso de injusticia—quebrantamiento de forma: preceptos en que no cabe basarlo.**

*La infracción del artículo 92 y concordantes y del 93 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no son defectos causantes de indefensión para un recurso por quebrantamiento de forma.*

**ANTECEDENTES.**—Don Isidro de Olarán Aranguren formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número 3, de Bilbao, desahucio contra la Sociedad mercantil regular colectiva "Hijos de A. Durana", por precisar los locales que la tenía arrendados en casa de su propiedad para la ampliación de su industria de transporte, habiéndola requerido formalmente para que los dejara libres. El Juzgado dió lugar al desahucio por sentencia de 31 de octubre de 1946. Apelada la sentencia, la Audiencia, conforme a la disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos, suspendió la tramitación de los autos para que las partes acomodaran sus pretensiones a las normas establecidas en la Ley. La Sociedad demandada suplicó que se entendiese por preparado recurso de injusticia notoria, formalizando el recurso de casación de injusticia por quebrantamiento de forma a que se refiere el artículo 166, apartado b), por el siguiente

**MOTIVO DEL RECURSO.**—El recurso se funda en el artículo 136, apartado b), en relación con el 169, número 2.º, y el 92 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: infracción por violación y quebrantamiento procesal de su disposición transitoria 15, de los artículos 90, requisitos a) y b), y 94, disposición transitoria 1.ª, 76 y 92, del Decreto de 8 de enero de 1944 y disposición transitoria 16 de aquella Ley.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que, aun cuando la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos incluye entre los casos que pueden dar lugar al recurso de casación por injusticia notoria en el número 2.º del artículo 179 el de quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión y el artículo 172 contrae el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma a los propios casos, es evidente que se trata de dos recursos claramente distintos, según se infiere de los citados preceptos de la expresada Ley, y por eso debe el recurrente determinar en cada caso clara y concretamente el recurso que pretende utilizar.

Segundo. Que en este caso el recurrente preparó ante la Audiencia el recurso por injusticia notoria, que fué el que se tuvo por preparado por la providencia de la Sala recaída a dicho escrito; pero después, en el escrito interponiendo el recurso, manifiesta que lo hace por injusticia por quebrantamiento de forma y por ello sólo resultaría inadmisibile el recurso y, por lo tanto, desestimable, puesto que, preparado el de injusticia notoria, no se interpuso en tiempo y el de quebrantamiento de forma no se preparó oportunamente.

Tercero. Que, aun en la inadmitida hipótesis de que se pudiera salvar este defecto procesal, es inadmisibile que el recurso sólo se ha interpuesto ante este Tribunal por quebrantamiento de forma y, ateniéndose, como es obligado, a este modo de interponer el recurso, es manifiesto que ésta se limita en sus fundamentos a alegar la infracción del artículo 92 de la Ley y otros que estima concordantes, pretendiendo que la sentencia concede una mayor amplitud a la apreciación de la necesidad de ocupar la finca de la permitida por este precepto y a la nulidad del requerimiento previo al inquilino para que desaloje el local por no ajustarse a lo preceptuado en la sección II del capítulo octavo y muy especialmente en el artículo 93 de la Ley; pero ninguno de estos pretendidos defectos constituyen los vicios causantes de indefensión, ya se apliquen para determinarla las prescripciones del Derecho procesal, ya se estime aplicable el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al artículo 176 de Arrendamientos Urbanos, y por ello procede la desestimación del recurso.

Cuarto. Que, conforme a lo establecido en el artículo 174 de la Ley en relación con el último párrafo del 171, deben ser impuestas las costas al recurrente.

**FALLO.**—No ha lugar.

#### SENTENCIA 6 NOVIEMBRE 1947

**Civil—compraventa—retracto de colindantes: carácter rústico o urbano de la finca.**

*La calificación que pueden dar las partes contratantes a una finca como rústica o urbana no es bastante para definir su verdadera naturaleza, que debe determinarse, con independencia de las declaraciones hechas por aquéllas, distinguiéndose una de otra: 1.º, por su situación o emplaza-*

nimiento 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 el mismo predio o por la relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro<sup>1</sup>.

**Civil—compraventa—retracto de colindantes—carácter rústico: momento a que debe referirse.**

*La calificación del carácter rústico de la finca objeto del retracto hay que referirla al momento de la generación del contrato traslativo del dominio<sup>2</sup>.*

**Civil—compraventa—retracto de colindantes—carácter rústico o urbano: valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad.**

*Las inscripciones en el Registro de la Propiedad no se practican sobre la base de documentos catastrales que sean legalmente bastantes para definir por sí solos la naturaleza de las fincas que se trata de inscribir, sino en vista de las manifestaciones de las partes resultantes de las correspondientes escrituras.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de hecho: certificación del Registro de la Propiedad.**

*Los libros del Registro no pueden demostrar otra cosa, con referencia al carácter rústico o urbano, sino que una finca está inscrita con determinado carácter; pero no que la inscripción refleje la naturaleza real y efectiva de la misma, como tiene establecido la jurisprudencia<sup>3</sup>.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de hecho: valor de la escritura pública.**

*La escritura pública, si bien prueba fehacientemente el hecho de que los otorgantes han dicho lo que el documento expresa, no justifica que sus manifestaciones correspondan a la realidad.*

**ANTECEDENTES.**—Los herederos de D. José Suárez Quesada presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Las Palmas, demanda de retracto contra D. Antonio Sánchez Parera, en la que se exponía que su causante había adquirido, el 11 de julio de 1934, una finca rústica, de la que con anterioridad a esta compra se había segregado una trozada de 75 áreas, que fué adquirida por D. José Prieto de la Rosa, que al ser vendida al demandado e inscrita en el Registro ha sido objeto del retracto. La finca fué inscrita en el Registro, describiéndose como "una trozada de terreno de figura sensiblemente rectangular, situada donde dicen Lomo Blanco, en el pago de Tarifa, en término municipal de esta ciudad, que linda al Sur con el camino de Las Duestas o de Lomo Blanco; al Poniente con otro camino particular de la finca, de donde fué segregado [es decir, la de los demandantes] el trozo que se describe, pero que podrá ser

1. V. el quinto Considerando.  
2. V. el segundo Considerando.  
3. V. el tercer Considerando.

utilizado por el dueño de este trozo, para penetrar en la casa que se mencionará y en los alrededores de la misma casa, poco antes de la cual tiene hoy dicho camino una portada y al Norte y Naciente con resto de dicha finca principal; mide esta trozada 166,66 metros de longitud a lo largo del expresado camino de Las Heras por 45 metros lineales de fondo en el sentido normal a la línea anterior, y ocupa una superficie total de 7.500 metros cuadrados. En el ángulo Suroeste de esta finca y dentro de los linderos y cabida expresados existe como accesorio una finca, que tiene su entrada principal por el aludido camino particular". La venta se realizó por el precio de 10.000 pesetas, cantidad que fué consignada, con el compromiso de los actores a reembolsar al demandado las sumas que correspondan conforme al artículo 1.518 del Código civil.

El demandado, entre otras razones, se opuso al retracto por no tener la finca carácter rústico, sino urbano, debido a estar constituida por una casa vivienda de planta baja, locales de segunda planta, jardín y una trozada de terreno con alpende y pajares accesorios formando un solo cuerpo, cuya descripción se hizo, en la forma que antes hemos expresado.

El Juzgado dictó sentencia desestimatoria de la demanda, y la Audiencia, después de acordar como diligencia para mejor proveer el reconocimiento judicial de la finca y la ratificación y ampliación de la peritación, dictó sentencia confirmando la de Primera Instancia.

Contra ella recurrieron los demandantes en base de los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Violación del artículo 1.521 del Código civil y de la doctrina de la sentencia de 17 de diciembre de 1828. En la escritura de compraventa se considera la finca como rústica, siéndolo además por su procedencia, aplicación, emplazamiento y la catalogación catastral, tributaria y registral, sin que su naturaleza pueda variar a posteriori, pues lo que importa es el momento en que surge la posibilidad de subrogación, como indica la sentencia antes citada.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Infracción por inaplicación del artículo 1.523 del Código civil y por indebida aplicación y errónea interpretación del 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, ambos en relación con la doctrina legal que establecen las sentencias de 14 de mayo de 1941, 5 de octubre de 1943, 8 de febrero de 1907 y 8 de mayo de 1944.

Tercero. Número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Error de hecho resultante de documentos y actos auténticos, tales como la certificación del Registro de la Propiedad, la propia escritura de compraventa y la diligencia de reconocimiento judicial.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que si bien es cierto que en la escritura pública de 27 de abril de 1943, por virtud de la cual D. José Pinto de la Rosa vendió al demandado la finca objeto de retracto, se describe dicha finca como un trozo de terreno de figura sensiblemente rectangular y se hace constar que en el ángulo suroeste de aquélla existe como accesorio una casa, la calificación que puedan dar las partes contratantes a una finca no es bastante para definir su verdadera naturaleza, para resolver sobre la cual es necesario acudir a otros elementos, y por eso la Sa'a sentenciadora, al considerar como urbana la finca en cuestión, no obstante las manifestaciones de las partes en la escritura, que la describen y la consideran como rústica, no infringe el artículo 1.521 del Código civil, que define el retracto legal, como 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, porque dicha calificación no es una condi-

ción del contrato libremente establecida por las partes, que la Sala niegue o desconozca, sino algo que hay que determinar con independencia de las declaraciones hechas por aquéllas.

Segundo. Que aunque la calificación del carácter rústico de la finca vendida o dada en pago haya de retrotraerse al momento de la generación del contrato traslativo del dominio, porque de otro modo quedaría a merced de los contratantes hacer ilusorio el derecho a retraer del colindante, con variar el destino de la finca rústica, y así se proclama en la sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1928, que el recurrente cita como infringida, en el caso que dicha sentencia resolvió se trataba de una finca de indudable naturaleza rústica, en la que después de concertada su compra, pero antes de la consumación de la misma, se llevaron a efecto por el demandado trabajos que la hicieron variar de destino, convirtiéndola de explotación agrícola en industrial, con lo que se tendía a impedir la acción de retracto, burlando de este modo la finalidad perseguida por la Ley al establecerla; pero en el caso presente ni consta que la finca en cuestión fuera de evidente carácter rústico, en el momento de celebrarse el contrato que ha motivado la acción de retracto, ni consta tampoco que después de concertada la compra haya realizado el demandado actos de ninguna clase que hayan modificado la naturaleza de dicha finca, por lo que la doctrina de la sentencia mencionada no ha podido ser infringida por la Sala, procediendo por lo expuesto en este considerando y en el anterior la desestimación del primer motivo del recurso.

Tercero. Que aunque la finca objeto del retracto aparezca inscrita como rústica en el Registro de la Propiedad, debe de tenerse en cuenta que las inscripciones en el Registro se practican no sobre la base de documentos catastrales que fueran legalmente bastantes para definir por sí solos la naturaleza de las fincas que se trata de inscribir, sino en vista de las manifestaciones de las partes resultantes de las correspondientes escrituras, manifestaciones que, como ya se ha dicho, son insuficientes para determinar la naturaleza rústica o urbana de una finca, sin que por lo mismo los libros del Registro puedan demostrar otra cosa que una finca está inscrita allí con determinado carácter, pero no que la inscripción refleje la naturaleza real y efectiva de la misma, como tiene establecido esta Sala en sus sentencias de 12 de marzo de 1902 y 1.º de diciembre de 1927.

Cuarto. Que en la sentencia se hacen las declaraciones siguientes: a) que la finca que se trata de retraer no está enclavada en un núcleo urbano perfectamente definido; pero el aumento de población de Las Palmas y la imposibilidad de extender su urbanización, a causa del terreno montañoso inmediato a una estrecha faja de la costa, han hecho que se extendiera tierra adentro a partir del pago donde está emplazada la finca y otros, y por ello muchísimos terrenos y fincas rústicas de recreo han sido transformados en casa habitación, usadas permanentemente durante todo el año, y que en este caso y del resultado de la prueba practicada se encuentra la base de este litigio desde que la morada y una parte pequeña de terreno se segregó de otra mucho mayor, propiedad hoy de los actores; b) que asimismo resulta del conjunto de la prueba practicada que el des-

tino o aprovechamiento de la finca, o al menos en su mayor parte o importancia, es urbano, como se desprende de la diligencia de inspección practicada para mejor proveer, acreditándolo así en citada diligencia, la falta de aperos de labranza, el que el edificio principal no es casa de labor, el hecho de que arrendada a las autoridades militares sólo se utilicen por éstas como almacenes, y fué destinada anteriormente a vivienda por el arrendador, y si existen pequeños cultivos o barbechos en una faja de terreno que corre con el lindero de la finca de los actores, uno de éstos, al absolver posiciones, manifestó que esos cultivos se hicieron por los retrayentes, que sin darse cuenta se habían introducido en la finca objeto del retracto; c) que de la peritación hecha en Primera Instancia, convalidada en la apelación como diligencia para mejor proveer, resultaba que el valor de lo edificado era extraordinariamente superior al terreno laborable, y sobre la base de estos hechos declarados probados por la Sala procede decidir si es ajustada a derecho la calificación jurídica de finca urbana que la sentencia de instancia da a la finca que se trata de retraer, o si, por el contrario, debe ser calificada de rústica, como pretende el recurrente.

Quinto. Que la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1944 estableció que si se toma como punto de partida el artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, completada por disposiciones referentes a la institución del Catastro, por declaraciones de la jurisprudencia, singularmente en materia de retracto de colindantes; por resoluciones de la Dirección General de Registros y por la doctrina científica, 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—. 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.

Sexto. Que haciendo aplicación de las expresadas normas de diferenciación de los predios rústicos y urbanos al caso presente, se llega a la conclusión de que si bien la finca que se trata de retraer no está enclavada en un núcleo urbano perfectamente definido, y esta circunstancia pudiera servir para asignarle el concepto de finca rústica, los varios diversos elementos que han sido aludidos, y que la Sala sentenciadora ha tenido en cuenta para declarar que el destino o aprovechamiento de la finca es el de una finca urbana, tienen más relieve y significación para definir el carácter de la finca que su mera situación o emplazamiento, y a la misma conclusión se llega por la aplicación del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, fuente legal más directa para estos fines, según la sentencia de 8 de mayo de 1944, antes citada, y cuyo artículo 2.º considera como accesorias de un edificio a las tierras cuando formen con él unidad material de finca y su valor sea igual o menor al de las edificaciones, presupuesta la inexistencia de éstas, y como en este caso, según declara la sentencia de instancia, de la peritación practicada en los autos resulta que el valor de lo edificado es superior al del terreno laborable, tal circuns-

tancia determina que sea el primero de dichos elementos, como principal y preponderante sobre el segundo, el que dé el carácter de urbana a la finca objeto del retracto, y al estimarlo así no infringe la Sala el artículo 1.523 del Código civil, el 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 ni la sentencia de 8 de mayo de 1944 y las demás que se citan en el recurso, cuyo motivo segundo debe ser también desestimado.

Séptimo. Que el recurrente formula el tercer motivo de su recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido error de hecho, resultante de documentos que demuestran, según el recurrente, el error evidente del juzgador, y estima como tales documentos auténticos la certificación del Registro de la Propiedad, la propia escritura de compraventa y la diligencia de reconocimiento judicial practicada en la segunda instancia; pero aunque en el Registro conste inscrita como rústica la finca aludida, tal inscripción no prueba por sí misma la naturaleza real y efectiva de la finca, sino únicamente que en el Registro aparece inscrita con el carácter expresado, y lo mismo puede decirse de la escritura pública de compraventa, que si bien prueba fehacientemente el hecho de que los otorgantes han dicho lo que el documento expresa, no justifica que sus manifestaciones correspondan a la realidad en cuanto a la naturaleza de la finca de que se trata, y respecto a la diligencia de reconocimiento judicial, de la existencia de los elementos que en la misma se hacen constar no resulta por modo evidente la naturaleza rústica de dicha finca, como sería necesario que resultara para desvirtuar la afirmación de que se trata de una finca urbana, como la Sala declara en vista del conjunto de la prueba, por cuyas razones procede también la desestimación del tercer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 6 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—casación—resoluciones recurribles—sentencias—en los juicios de desahucio: por la cuantía de la renta.**

*Para la determinación de la cuantía de la renta, cuando ésta no consista en una cantidad fija, puede tenerse en cuenta lo satisfecho de años anteriores.*

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: en general.**

*Para que puedan prosperar los recursos de casación por quebrantamiento de forma se requiere que, además de citar el recurrente el número del artículo 1.693 de la Ley de E. C., en que se apoyó, exprese el precepto procesal que se supone infringido, determinándose concreta y precisamente en qué concepto lo ha sido y cómo se ha producido la indefensión del recurrente, según reiterada jurisprudencia, y que se haya pedido la subsanación de la falta, mencionándose en el recurso las reclamaciones que se hubieran hecho.*

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: falta de personalidad.**

*La falta de personalidad, consistente en no haberse personado el recurrente en Primera Instancia por medio de Procurador, no puede ser invocada por aquél como fundamento de su recurso, pues fué el único causante de tal irregularidad y no puede apoyar en ella sus peticiones, según constante jurisprudencia.*

**Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: imposibilidad de ser alegados por el causante de la irregularidad.**

*Los defectos alegables como motivos de casación por quebrantamiento de forma no pueden, según constante jurisprudencia, ser alegados por el causante de la irregularidad<sup>1</sup>.*

ANTECEDENTES.—Doña Asunción Azcorra arrendó a D. Máximo Basáñez y Fano, por contrato de 9 de marzo de 1932, la explotación de una cantera para que pudiera extraer arena y piedra, a su conveniencia, por plazo de cinco años, prorrogables por otros cinco mientras quedase arena en condiciones de explotación, pactándose una renta anual de 50 pesetas, además de un canon por metro cúbico de arena o de piedra extraída de la cantera. La finca fué adquirida mortis causa por D. Joaquín Zuzagoitia, el cual requirió el 8 de marzo de 1946 al señor Basáñez para que la dejara libre, dando por terminado el contrato. El demandado se opuso, sin ser asistido por Procurador, y el Juzgado de Primera Instancia número 2, de Bilbao, dictó sentencia el 28 de junio de 1946, estimando la demanda. Apelada ésta, la Audiencia de Burgos la confirmó con fecha de 7 de mayo de 1947.

El demandado formalizó recurso de casación por quebrantamiento de forma, anunciando el de infracción de Ley. Se basaba aquél en el siguiente

**MOTIVO.**—Quebrantamiento de forma por entender que se ha quebrantado la esencial del juicio (causa segunda del artículo 1.691 de la Ley de E. C.), al estimar que ha existido falta de personalidad (apartado segundo del artículo 1.693 de la citada Ley), y de cuya falta se causó la oportuna protesta en el acto de la vista, como el procesal oportuno para la misma, según reconoce la sentencia recurrida (artículo 1.696 de la repetida Ley de E. C.), y por otrosí anunció su propósito de interponer en su día el recurso de casación por infracción de Ley.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que para que puedan prosperar los recursos de casación por quebrantamiento de forma se requiere que, además de citar el recurrente el número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se apoyó, exprese el precepto procesal que se supone infringido, determinándose concreta y precisamente en qué concepto lo ha sido y cómo se ha producido la indefensión del recurrente, según reiterada doctrina de este Tribunal Supremo, entre otras sentencias en las de 13 mayo 1940, 25 enero 1941 y 20 octubre 1943, y que se haya pedido la subsanación de la falta en la misma instancia en que se cometió, mencionando en el escrito en que se formalice el recurso las reclamaciones que se hubieron hecho para la subsanación de tal falta, como terminantemente exigen los artículos 1.696 y 1.750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sentencia de 23 enero 1491.

1. Reproducimos literalmente el motivo del recurso como aparece en la sentencia.

Segundo. Que ninguno de estos requisitos han sido cumplidos en el presente recurso: el primero de ellos porque no se invocan en el escrito de su interposición más que artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el recurso de casación, sin concretar en qué consiste ni cómo ha sido originado la falta de personalidad que se alega; ni el segundo porque no consta de las actuaciones judiciales practicadas en el juicio que se haya hecho reclamación alguna contra el supuesto vicio de forma, ni solicitando su subsanación, pues aun en el caso de estimar que el referirse el considerando tercero de la sentencia recurrida al defecto de haber comparecido el demandado por sí mismo y sin Procurador en el juicio en el Juzgado de Primera Instancia fuera debido a haber hecho alguna invocación de ello al recurrente demandado, esto no prueba que tal reclamación se hubiera producido oportunamente, o sea en Primera Instancia, que es donde se cometió la falta, y máxime teniendo presente que la sentencia del Juez nada dice acerca de esto, como hubiera debido si a su tiempo estuviera hecha la reclamación.

Tercero. Que por relacionar el mencionado considerando tercero con el escrito de interposición de este recurso se llegara a estimar que esa falta de personalidad tan vaga e indeterminante invocada fuera el estar personado en Primera Instancia por sí y sin Procurador el demandado y recurrente, no podría invocar éste tal defecto como fundamento de su recurso, pues él mismo fué el único causante de tal irregularidad y, por lo tanto, no puede apoyar en ella sus peticiones, según constante jurisprudencia.

Cuarto. Que por todo lo sentado es improcedente entrar a examinar si ese defecto de forma constituye o no en realidad la falta de personalidad alegada, ni tampoco la trascendencia jurídica de atribuirse erróneamente en el escrito del recurso a la sentencia recurrida que estime esa existencia de falta de personalidad.

Quinto. Que de los juicios de desahucio sólo están privados de recurso de casación los que se refieren a fincas cuya renta anual no excede de 1.500 pesetas, circunstancia que no puede asegurarse que se dé en el caso actual, porque estando la renta determinada por la cantidad de piedra y arena que se extraiga de la cantera de autos, su cuantía depende del material que se beneficie, y por las cantidades ingresadas para pago de rentas en los años 1945 y 1946, que constan al folio 34 del rollo de la Audiencia, se evidencia que lo normal es que esa renta excede de las 1.500 pesetas anuales.

FALLO.—No ha lugar y entréguese los autos al recurrente para que formalice el recurso de casación por infracción de Ley.

#### SENTENCIA 7 NOVIEMBRE 1947

Civil—contratos—consentimiento: auto contratación.

*La característica esencial del autocontrato implica que una sola voluntad, con poder de disposición sobre dos patrimonios independientes, establezca entre ellos vínculos obligatorios.*

**Civil—contratos—arrendamiento de obra: diferencia con el mandato.**

*Si el texto del artículo 1.709 del Código civil puede ofrecer prácticamente dudas en relación con los actos constitutivos del mandato y el arrendamiento de servicios, la diferencia con el de obra es clara en cuanto el contratista realiza su trabajo con independencia de la propiedad, y tiene derecho a la correspondiente remuneración, conforme al valor de la obra realizada.*

**Civil—contratos—arrendamiento de obra—su prueba: requisitos no esenciales.**

*Dada la naturaleza jurídica del arrendamiento de obra, no es de esencia, para su prueba, la presentación de las facturas de adquisición de materiales y nóminas de jornales, si del testimonio del Arquitecto director y de la prueba pericial consta la exacta correspondencia entre el valor de aquéllos y la obra realizada.*

**Procesal—resoluciones judiciales—sentencias: incongruencia.**

*La incongruencia surge de la falta de conformidad entre las declaraciones del fallo, "strictu sensu", y las peticiones de las partes oportunamente alegadas, sin que sea lícito deducirlas de los razonamientos legales, en relación con el resultado de la prueba, según el criterio particular del recurrente.*

**Procesal—casación—infracción de ley—principios de derecho: su subsidiaridad.**

*Para invocar en casación un principio de derecho no basta que se halle reconocido por la Ley o la doctrina legal, sino que es preciso también, dado su carácter de fuente subsidiaria, conforme a lo establecido en el artículo 6.º del Código civil, que se haga precisa su aplicación por falta de norma o costumbre referentes al punto controvertido.*

**Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por omisión de cita de ley.**

*La omisión de la cita del artículo 359 de la Ley de E. C. impide que el recurso de casación por incongruencia pueda prosperar.*

**Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no constituir el precepto materia para ello.**

*Es doctrina uniforme de la Sala que el artículo 1.214 del Código civil no puede constituir materia de casación, por que se limita a imponer el cumplimiento de una obligación genérica.*

**Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no concretar el precepto infringido.**

*La cita como infringido de todo el capítulo del Libro IV del Código civil, referente a la interpretación de los contratos, sin determinar, marcada y concretamente, a cuál de ellos se refiere la infracción, y el concepto de ésta es causa de desestimar el motivo.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.**

*Sin alegar el error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas no cabe combatir la calificación hecha por el juzgador.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos: interpretación de negocios jurídicos.**

*Aunque la moderna jurisprudencia haya rectificado el criterio tradicional de atribuir a los Tribunales de instancia la facultad privativa de interpretar los negocios jurídicos, y sea por ello posible denunciar por la vía del número 1.º del artículo 1.692 la falsa interpretación del Tribunal, "a quo", cuando éste infrinja, al realizar tal función, los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil, por tratarse de un problema legal de hermenéutica, dimanante de la errónea inteligencia de sus preceptos, en relación con las cláusulas contractuales, no cabe combatir, como dice la sentencia de 29 de noviembre de 1944, a pretexto de violación de esas normas, más que su aplicación a hechos inequívocamente establecidos, los mismos que a la interpretación sirven de base al fallo, porque en tal caso el recurso ha de fundamentarse en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.*

**ANTECEDENTES.**—El demandante, D. Gervasio Láinez Carbayo, y el demandado, D. Rogelio Cogecece Goñi, compraron una casa en la ciudad de Pamplona en precio de 50.000 pesetas, que fueron desembolsadas por mitad e iguales partes por los compradores. Dicha casa se hallaba denunciada por vieja e insalubre, habiéndola declarado inhabitable la Fiscalía de la Vivienda, por lo que una vez adquirida pensaron los litigantes en reconstruirla, sacando el mayor partido posible de los materiales aprovechables para intentar después la venta. Decididos a ello, los condóminos encomendaron el proyecto de reconstrucción y dirección de las obras a un Arquitecto; pero como hacia falta un contratista se encargó la ejecución al demandante, Sr. Láinez, por acuerdo de ambos comuneros, atendiendo a que ésta era su profesión; es decir, que en el actor se daba la cualidad de propietario de una mitad indivisa con el demandado y además la condición de contratista de las obras. Estas se retrasaron bastante por diversos motivos, y cuando ya estaban casi terminadas se recibió una proposición de compra en 250.000 pesetas. El Sr. Cogecece insinuó la idea de quedarse con la otra parte indivisa en el precio de dicha oferta, firmándose el contrato de transmisión del inmueble al Sr. Cogecece con fecha 31 de enero de 1942 en precio de 125.500 pesetas, suscribiéndose un documento adicional en el que reconocía el demandado que estaban todavía pendientes de liquidación los gastos de las obras. Posteriormente, el demandante requirió en diversas ocasiones al demandado para que le abonara el importe de las obras que por su parte le correspondían, así como la rendición de cuentas sobre los alquileres cobrados por el Sr. Cogecece antes de la venta de la parte del Sr. Láinez, a lo que el demandado se opuso, por lo que se presentó la correspondiente demanda sobre reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona. Admitida la demanda se dictó sentencia, con fecha 30 de noviembre de 1943, condenando al demandado a pagar al demandante la cantidad de 2.341,50 pesetas, y a su vez el demandante al demandado 152,50 pesetas y devolución de tres chapas de cocina, que procedentes de la finca retenía. Interpuesta apelación por el demandado, Sr. Cogecece, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia el 2 de enero de 1945, en la que se estimaba, en parte, la sentencia recurrida, y se declaraba que el de-

mandado viene obligado a pagar al demandante la suma de 22.405,75 pesetas, importe de las obras a que se refiere la demanda, y por liquidación de alquileres cobrados 2.341,50 pesetas, y que el demandante, señor Láinez, debería abonar al demandado, Sr. Cogeces, la cantidad de 152,50 pesetas por los conceptos ya señalados y hacer entrega al mismo de tres de las seis chapas de cocina antes referidas.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los números 1.º y 2.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Violación de los artículos 392, 393, 397 y 398 del Código civil.

La sentencia es incongruente porque ambas partes estaban conformes en que se trataba de una comunidad y la sentencia parte de la existencia de un arrendamiento de obra.

Segundo. Interpretación errónea del artículo 1.214 del Código civil y del principio de que nadie debe enriquecerse, de modo indebido, en perjuicio de otro.

Tercero. Violación de los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil.

Cuarto. Violación del principio general de derecho de que nadie puede contratar consigo mismo; inspirado en el artículo 1.254 del Código civil.

Quinto. Violación de los artículos 1.720 y 1.892 del Código civil.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que en el primer motivo del recurso, al amparo de los números 1.º y 2.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, apoyándose en que los supuestos de hecho, en que están conformes las partes, son contrarios a los que sirven de base a la Sala para calificar la relación jurídica existente entre los justificables; porque mientras éstos proclamaron que ambos eran condueños de la casa y que decidieron de común acuerdo rehacerla, encargándose el Sr. Láinez de ejecutarlo, la sentencia recurrida encuadra la referida relación contractual en un arrendamiento de obra.

Segundo. Que esto sentado, el motivo no puede prosperar porque, aparte de que en él se omite la cita del artículo 359 de la Ley procesal, base ineludible del vicio que se atribuye a la sentencia, se olvida que la incongruencia surge de la falta de conformidad entre las declaraciones del fallo, *strictu sensu*, y las peticiones de las partes oportunamente alegadas, sin que sea lícito deducirlas de los razonamientos legales, en relación con el resultado de la prueba, según el criterio particular del recurrente; por lo que es obvio que habiéndose suplicado en la demanda el pago de cierta cantidad, como precio de las obras realizadas por el actor, cuya obligación no fué negada por el demandado, siquiera se opusiere a su solución en tanto no se justificara cumplidamente el costo exacto de aquéllas, estimada la petición, con ligeras rectificaciones, no cabe tachar de incongruente la sentencia.

Tercero. Que tampoco es de estimar el motivo segundo, basado en la interpretación errónea del artículo 1.214 del Código civil, y del principio de derecho de que nadie puede enriquecerse, de modo indebido, en perjuicio de otro: en cuanto a lo primero, porque es doctrina uniforme de esta Sala que el antecitado precepto no puede constituir materia de casación, por lo mismo que se limita a imponer el cumplimiento de una obligación genérica, y porque además no es exacto, como asevera el recurrente, que el Tribunal de instancia haya desconocido la obligación que al actor im-

pone tal precepto, antes la afirma, y entendiendo que, dada la naturaleza jurídica del arrendamiento de obra, no es de esencia la presentación de las facturas de adquisición de materiales y nóminas de jornales, si del testimonio del Arquitecto director y la prueba pericial consta la exacta correspondencia entre el valor de aquélla y la obra realizada, concluye por estimar justificada la pretensión remuneratoria; y en cuanto a lo segundo, porque para invocar en casación un principio de derecho no basta que se halle reconocido por la Ley o la doctrina legal, sino que es preciso también, dado su carácter de fuente subsidiaria, conforme a lo establecido en el artículo 6.º del Código civil, que se haga precisa su aplicación por falta de norma o costumbre referentes al punto controvertido; circunstancia ésta que no se da en el presente caso, ya que el demandante se limitó a ejercitar un derecho regulado por la Ley y que, acogido por la Sala, excluye la idea de daño y el empleo del dolo para producirlo, como requisitos básicos de la aplicación del referido principio; máxime cuando la sentencia recurrida, al razonar la determinación del valor de las obras, declara que su mejor confirmación radica en la propia conducta del recurrente, al adquirir por compra al actor la mitad del inmueble reconstruido por un precio muy superior al de adquisición y reconstrucción de aquél.

Cuarto. Que reducido el problema capital del pleito a determinar si las obras de reconstrucción se realizaron por entrambos litigantes en régimen de administración, o por el demandante como contratista, con fondos, obreros y utillaje propios, y a calidad de liquidar el resultado de aquéllas, según los precios corrientes, acogida esta tesis por la Sala, en oposición con la sustentada en el recurso, es visto que, sin alegar el error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, no cabe combatir la calificación hecha por el juzgador, al amparo del número 1.º del artículo 1.692.

Quinto. Que aunque la moderna jurisprudencia haya rectificado el criterio tradicional de atribuir a los Tribunales de instancia la facultad privativa de interpretar los negocios jurídicos, y sea por ello posible denunciar por la vía del número 1.º del artículo 1.692 la falsa interpretación del Tribunal, *a quo*, cuando éste infrinja, al realizar tal función, los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil, por tratarse de un problema legal de hermenéutica, dimanante de la errónea inteligencia de esos preceptos, en relación con las cláusulas contractuales, no cabe combatir, como dice la sentencia de 29 de noviembre de 1944, a pretexto de violación de esas normas, más que su aplicación a hechos inequívocamente establecidos, los mismos que a la interpretación sirven de base al fallo, porque en tal caso el recurso ha de fundamentarse en el número 7.º del artículo 1.692.

Sexto. Que a mayor abundamiento, bastaría para desestimar el motivo tercero el vicio formal de que adolece, consistente en citarse como infringido todo el capítulo del Libro IV del Código civil, referente a la interpretación de los contratos, sin determinar, marcada y concretamente, a cuál de ellos se refiere la infracción y el concepto de ésta, contraviniendo así lo dispuesto, a efectos de formalización, en el artículo 1.720 de la repetida Ley procesal.

Séptimo. Que de lo expuesto se infiere asimismo la desestimación del motivo cuarto, fundado en la infracción del principio de derecho de que nadie puede contratar consigo mismo; porque tanto en el caso de la tesis sustentada por el recurrente, al afirmar que los condóminos decidieron derribar el inmueble y reconstruirle por administración, como en el supuesto de contrata, por el resultado del trabajo, aceptado por la Sala, la actuación de los dos contratantes es manifiesta, conforme a lo prevenido en el artículo 1.254 del Código civil para que exista el contrato; sin que por ello pueda apoyarse la infracción de tal precepto alegando en casación la figura anómala del autocontrato, que ni fué controvertida en la instancia ni es compatible con las tesis aludidas, por cuanto su característica esencial implica que una sola voluntad, con poder de disposición sobre dos patrimonios independientes, establezca entre ellos vínculos obligatorios.

Octavo. Que declarado por la Sala que el negocio jurídico concertado entre los litigantes fué un contrato de obra, no ha incidido aquélla en la infracción del artículo 1.720, relativo a la forma de justificar el mandatario las operaciones realizadas por cuenta del mandante; porque si el texto del artículo 1.709 puede ofrecer prácticamente dudas en relación con los actos constitutivos del mandato y el arrendamiento de servicios, la diferencia con el de obra es clara en cuanto el contratista realiza su trabajo con independencia de la propiedad, y tiene derecho a la correspondiente remuneración, conforme al valor de la obra realizada.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 7 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—pobreza—ocultación de bienes.**

*Según constante jurisprudencia, la ocultación importante de riqueza es motivo suficiente para denegar el beneficio de pobreza.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error en la apreciación de la prueba: signos exteriores de riqueza en el beneficio de pobreza.**

*Los signos exteriores de riqueza son de apreciación discrecional del Tribunal, "a quo", no impugnables en casación, salvo que se combatan con arreglo al número 7.º del artículo 1.392 de la Ley de E. C.*

**ANTECEDENTES.**—Como incidental a un juicio de mayor cuantía sobre nulidad de escrituras públicas, promovido por D. Federico Ramiro Romero contra su hermana doña María de las Mercedes, dedujo ésta demanda de pobreza ante el Juzgado de Luque (Córdoba), por creerse comprendida en el número 3.º del artículo 15 de la Ley procesal, ya que no contaba con otros medios de vida que los beneficios producidos por unas parcelas de tierra, cuya cuantía no podía señalar de momento, manifestando también que habitaba en casa propia.

Conferido traslado de la demanda a la parte actora y al Abogado del Estado, fué evacuada por éste en el sentido de solicitar la denegación de tal beneficio en tanto no demostrase reunir los requisitos establecidos por la Ley de E. C. y por el demandante, negando ser ciertos los hechos ale-

gados por su hermana, ya que el beneficio que la producen las fincas es muy superior al doble del jornal de un bracero; que el hecho de no pagar renta por la casa habitación supone un beneficio computable al regular los bienes de la actora, y que la estimación hecha por la Junta General del repartimiento del déficit del presupuesto municipal ofrecía notoria diferencia con los haberes de un obrero manual.

En la práctica de las pruebas es de destacar la confesión de la demandante, en la que afirmó que eran unas treinta fanegas de olivar en plena producción la superficie de las fincas rústicas; que las explotaba directamente; que la aceituna producida el año anterior fué vendida a 0,60 pesetas el kilogramo, pero que fué muy poca la cantidad recogida; que posee una yunta de mulas para el laboreo de sus fincas; que percibe anualmente de la Hacienda pública, como huérfana de militar, 1.400 pesetas, y además una pequeña pensión de "Los Previsores del Porvenir", pero ésta con mucha irregularidad.

Denegado el beneficio solicitado por el Juzgado, fué confirmada la sentencia por la Audiencia de Sevilla; formalizase recurso de casación, fundamentándolo en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Inaplicación del artículo 15, número 3.º del mismo texto legal, ya que la recurrente aportó al juicio todos los elementos de prueba necesarios para acreditar que los beneficios que la producían las tierras no excedían de 16 pesetas, que es el jornal de dos braceros.

Segundo. Número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Infracción de los artículos 466 y del apartado 1.º del 467 del Estatuto Municipal, preceptos que deben ser tenidos en cuenta y aplicados en la apreciación de las pruebas.

Tercero. Número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Error en la apreciación de la prueba documental, de la que se deduce que la renta de la demante no excede de la señalada en el motivo primero.

CONSIDERANDOS.—Que la actora en su demanda afirmó no tener otros medios de subsistencia que los beneficios que le producían algunas parcelas de tierra calma y olivar, parcelas que, según certificación del Servicio Catastral de Córdoba, están situadas en once pagos, o parajes distintos, y la inexactitud de tal afirmación ha quedado demostrada y por la misma demandante reconocida, puesto que según las pruebas practicadas, y entre ellas la confesión de la propia demandante, ésta disfruta de una pensión del Montepío Militar, importante 1.462,44 pesetas anuales, y otra de la Sociedad "Los Previsores del Porvenir", que se estima en 200 pesetas también anuales, no declaradas ninguna de ellas en la demanda, y teniendo en cuenta los datos de las hojas de estimación de utilidades gravables de la Comisión de evaluaciones del Ayuntamiento de Luque, que la Audiencia aprecia, habría mayores elementos de riqueza omitidos, puesto que en ellas se asigna a la actora como utilidades gravables, por la parte personal, 2.532, y en el año 1942, 1.794 pesetas por el mismo concepto.

Segundo. Que aun admitida la tesis del recurrente, que sostiene que en la computación de las utilidades gravables por la parte personal van incluidas las pensiones mencionadas, siempre resultará, con arreglo a dichos datos, que ha habido ocultación importante de riqueza, que según jurisprudencia constante de esta Sala es motivo suficiente para denegar

el beneficio de pobreza, razón por la cual no pueden estimarse los dos primeros motivos del recurso como operantes para obtener tal beneficio.

Tercero. Que el tercero y último motivo acusa error de hecho en la apreciación de las pruebas por la Sala sentenciadora, aduciendo como documentos auténticos las certificaciones expedidas por el Servicio Catastral de la provincia de Córdoba sobre riqueza imponible, y la expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Luque, relativa a las hojas de estimación de las Comisiones de evaluación de las partes personal y real del repartimiento general de utilidades, y aparte de que tales documentos no merecen la calificación de auténticos a efectos de casación, puesto que no expresan textualmente lo contrario de lo que la sentencia recurrida declara, no siendo infrecuente el caso de que tal género de documentos no reflejen toda la cuantía de las utilidades gravables, es lo cierto que la Sala sentenciadora ha formado su convicción por el conjunto de las pruebas practicadas, teniendo en cuenta signos de riqueza apreciados en la sentencia de primera instancia, con especial mención de las certificaciones del padrón de vecinos en que constan los familiares de la actora, que son en número de doce, y entre ellos las tres sirvientas y el criado, que figuran bajo la convivencia de la misma como cabeza de familia, y siendo tales signos exteriores de apreciación discrecional del Tribunal, *a quo*, no impugnables en casación, salvo que se combata con arreglo al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal las existencias reales de los hechos en que la apreciación se funda, lo que no se hace en este motivo, es forzoso aplicar el artículo 17 de dicha Ley, según el cual la apreciación de cualesquiera signos exteriores hecha por el juzgador impide la concesión del beneficio de pobreza, aun cuando el que lo solicita esté comprendido en cualquiera de los casos del artículo 15 del repetido cuerpo legal.

**FALLO.**—No ha lugar.

#### SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1947

**Hipotecaria—procedimiento judicial sumario—administración o posesión interina de la finca hipotecada: sus límites.**

*El límite máximo de lo que el acreedor puede gastar por su propia iniciativa de los frutos y rentas percibidos está determinado, en primer término, conforme a la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por los gastos de conservación y explotación de la finca administrada.*

**Hipotecaria—procedimiento judicial sumario—administración o posesión interina de la finca hipotecada: naturaleza de esta administración.**

*El administrador de la finca hipotecada a que se refiere la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria es un administrador judicial, puesto que es conferido por el Juez.*

**Hipotecaria—procedimiento judicial sumario—administración o posesión interina de la finca hipotecada: necesidad de autorización.**

*Si la necesidad o conveniencia exigieren exceder el límite de la administración de los gastos de conservación o explotación de la finca a que se*

*refiere la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el administrador precisa para realizarlos y para arbitrar los medios necesarios para ello autorización del Juez, previa audiencia de los demás interesados, sobre la procedencia de los gastos y de la obtención de los medios para cubrirlos.*

**Hipotecaria—procedimiento judicial sumario—administración o posesión interina de la finca hipotecada: gastos que exceden de las facultades del administrador.**

*El pago hecho por el administrador al Banco Hipotecario por semestres vencidos de anterior crédito que excedió de lo que por frutos y rentas había percibido de la finca hipotecada traspasó, sin la debida autorización, el límite señalado por la regla sexta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*

ANTECEDENTES.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5, de Barcelona, se promovieron autos sobre procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria por D. Joaquín y D. Jesús Malló Cartán contra D. Tomás Mallol y Bosch, que fué declarado en quiebra. A instancia de los demandantes, y en mérito de la administración acordada en dicho procedimiento judicial, fué nombrado administrador D. José Mora Guerri, a quien sucedió D. César Carnicero García, y finalmente D. Amado Oliveras Benaset, el cual se posesionó de dicho cargo el 14 de julio de 1939. Posteriormente, en julio de 1944, la representación de la Sindicatura de la quiebra de D. Tomás Mallol solicitó del Juzgado se ordenara la oportuna rendición de cuentas de dicha administración, recayendo providencia, teniendo el repetido administrador por rendidas las cuentas. La representación de la Sindicatura de la quiebra expuso que nada tenía que oponer, por lo que respecta a las partidas anotadas en la cuenta presentada; pero que, sin embargo, advertía que ésta sólo comprendía el período de tiempo transcurrido desde el 14 de julio de 1939, cuando debía comprender todo el tiempo transcurrido desde que fué conferida a los actores la administración, es decir, desde el 26 de marzo de 1935, y que sólo cuando se hubieran presentado las cuentas completas sería posible a dicha parte formular, en su caso, las observaciones pertinentes. El administrador judicial manifestó la imposibilidad en que se hallaba de rendir tales cuentas, por no haber tenido intervención alguna en dicha administración en la referida época y no poseer dato alguno, al mismo tiempo que expresaba que primeramente ejerció la administración el Sr. Mora por espacio de dos o tres meses; éste entregó la documentación, sin que hubiera entonces saldo favorable, al Sr. Carnicero, que le sustituyó en el cargo, siendo vilmente asesinado durante la dominación marxista, desapareciendo de su casa todo cuanto en ella había de valor, junto con los documentos, libros y papeles, entre ellos los de la administración. A la vista de todo ello, la Sindicatura de la quiebra, en escrito de fecha 27 de septiembre de 1944, suplicaba al Juzgado, como única petición, que dispusiera sobre el particular lo que procediera con arreglo a derecho; y el Juzgado, por auto de 29 del mismo mes, aprobó las cuentas rendidas por el administrador judicial Sr. Oliveras, declarándole exento de responsabilidad y requiriéndole para que dentro del término de tercero día consignara el saldo a favor que ascendía a 6.724,15 pesetas. El indicado depositario administrador, con escrito de fecha 23 de mayo de 1945, rindió cuenta final y detallada de toda su gestión, junto con los justificantes correspondientes, por las que aparecía un déficit o saldo deudor de 49.991,90 pesetas, solicitando del Juzgado ordenara le fueran entregadas. La representación de D.<sup>3</sup> Asunción Oms Solé, sucesora de D. Joaquín y D. Jesús Mallol, mostró la conformidad a

dichas cuentas; y a su vez la Sindicatura de la quiebra dió su conformidad, oponiéndose a que se ordenara el pago que el administrador solicitaba; alegando que los reparos que a la misma se oponía se concretaban a una sola partida de cargo, que entendía procedía excluir o anular y ser descargada de la cuenta con la consiguiente rectificación del saldo de la misma, porque la administración o posesión interina de la finca hipotecada conferida a la parte actora y desempeñada por el administrador que rendía las cuentas debía ajustarse totalmente a lo que previene la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El administrador judicial contestó a la impugnación justificando que se había visto obligado al pago de la mencionada cantidad, importe de varios trimestres vencidos del Banco Hipotecario de España, por haber recibido una carta de dicha entidad bancaria en la que se le daba un plazo de cuarenta y ocho horas para hacerla efectiva o en su defecto procederían al secuestro y toma de posesión interina de la finca. Asimismo la representación de D.<sup>a</sup> Asunción Oms contestó a la cuestión incidental, promovida por la Sindicatura de la quiebra, alegando que el vencimiento de los intereses satisfechos por el administrador judicial, era posterior al vencimiento de la hipoteca ejecutada, y que era cierto que la actora, al pedir la adjudicación de la finca, aceptó o tomó a su cargo todas las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes a su crédito, porque así lo determina la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pero no los posteriores, y tales eran indudablemente los semestres hechos efectivos por el administrador, terminando por suplicar que se dictara sentencia desestimando la petición formulada por la representación de la Sindicatura de la quiebra y se aprobara la cuenta final rendida por el administrador judicial. Recibido el incidente a prueba, y seguido el juicio por los restantes trámites de dos instancias, el 6 de abril de 1946, la Sala 1.<sup>a</sup> de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona, desestimando la impugnación formulada por la Sindicatura de la quiebra de D. Tomás Malloí a la cuenta final del administrador de la finca hipotecada, aprobándola en toda su integridad y declarando exento de responsabilidad al Sr. Oliveras Benaset, recurriendo a la Sindicatura por los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Infracción de Ley, fundada en el número primero del artículo 1.692 de la L. E. C., por los siguientes motivos:

1.<sup>o</sup> Infracción de las reglas 10 y 11 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a tenor de las cuales si no hubiera postura admisible en la segunda subasta, el acreedor podrá pedir la adjudicación de la finca hipotecada en pago de su crédito por el tipo de dicha segunda subasta, aceptando la subsistencia de las cargas anteriores y las preferentes si las hubiere y subrogándose en la obligación de satisfacerlas.

2.<sup>o</sup> Infracción asimismo de la regla 17 de dicho artículo, en la que se previene que el precio del remate debe destinarse al pago del crédito hipotecario del actor y que el sobrante se entregará a los acreedores posteriores.

3.<sup>o</sup> Infracción del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, con arreglo al cual la hipoteca constituida a favor de su crédito no asegura con perjuicio de tercero, además del capital, más que los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

4.<sup>o</sup> Infracción de la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, conforme a la cual, cuando el actor tenga concedida la administración o posesión interina de la finca hipotecada, percibirá en este caso las rentas vencidas y no satisfechas si no se hubiese estipulado, y los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ello los gastos de conservación y explotación que la misma finca exija, y después su propio crédito.

5.<sup>o</sup> Infracción del artículo 95 de los Estatutos del Banco Hipotecario, aprobados por Decreto-Ley de 4 de agosto de 1928, en los que se pre-

viene que cuando la finca hipotecada cambia de dueño, queda de derecho subrogado el adquirente, en todas las obligaciones que, por razón de la hipoteca hubiera contraído su causante con el Banco.

6.º Infracción del principio general de derecho, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos; porque la Sra. Oms, con actos propios, había confirmado cuanto se decía en este recurso, o sea que no podía darse al remanente del precio la adjudicación que se dispone en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, al disponer, para el caso de la administración o posesión interina de la finca hipotecada, que el acreedor perciba determinados frutos y rentas "cubriendo *con ello*", en primer término, los gastos de conservación y explotación de la misma, señala el límite máximo de lo que el acreedor puede gastar por su propia iniciativa, para los fines indicados.

Segundo. Que si en algún caso la necesidad o la conveniencia exigieron exceder de ese límite los gastos de conservación o explotación, el administrador judicial (como lo es el de que se trata, puesto que la administración es conferida por el Juez) precisaría para realizarlos y para arbitrar los medios requeridos al efecto autorización del Juez, previa audiencia de los demás intereseados, sobre la procedencia de los gastos y de la obtención de los medios para cubrirlos.

Tercero. Que el administrador D. Amado Oliveras Benaset, en cuanto su pago de 53.900 pesetas al Banco Hipotecario por semestres vencidos de anterior crédito, excedió de la cantidad que por frutos y rentas había percibido, traspasó, sin la debida autorización, el límite señalado por la citada regla, y la sentencia que dando por bueno ese exceso aprueba las cuentas de la administración en cuyo haber figura, viola en su fallo el precepto legal contenido en dicha regla 6.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Cuarto. Que la violación apreciada, invocada como motivo de casación en el número 4.º del escrito del recurrente, da lugar al recurso, según el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, siendo innecesario, al efecto, el examen de los demás motivos alegados.

FALLO.—Ha lugar.

#### SENTENCIA 12 NOVIEMBRE 1947

Civil—paternidad—hijos naturales—reconocimiento: inscripción en el Registro civil y parroquial.

*No tienen carácter de actos voluntarios de reconocimiento de hijos naturales el mero hecho de figurar el nombre de una persona como padre en unas certificaciones de nacimiento y bautismo, en las que no ha tenido intervención alguna.*

ANTECEDENTES.—La madre y representante legal de dos menores reclamó alimentos provisionales contra D. ..., basándose en que contrajo matrimonio civil con el demandado, durante el Movimiento Nacional, ante un pues-

to militar de Zona roja, con arreglo a una supuesta legalidad civil sustentada por el gobierno marxista; de dicho matrimonio tuvo la actora dos hijos, adjuntándose las certificaciones de nacimiento y bautismo correspondientes. Este matrimonio no ha sido revalidado con posterioridad, por cuyo motivo debe considerarse inexistente, pero los hijos habidos en él fueron reconocidos por ambos padres y tienen la calidad de hijos naturales reconocidos por los mismos. Posteriormente, el demandado ha contraído matrimonio legítimo con otra mujer, situación ésta que ha determinado el abandono por D... de sus hijos habidos con la demandante, desentendiéndose por completo de los deberes que le impone la patria potestad, de los que no le exime el abandono voluntario de su ejercicio. La madre no posee bienes de fortuna ni medios de subsistencia, y no puede atender en debida forma al mantenimiento y educación de sus hijos, por lo que es preciso que el demandado provea en la medida de sus medios a los gastos que ello ocasione.

Admitida la demanda, el demandado se opuso porque no es cierto que la actora haya contraído matrimonio con él; y la única relación que tuvo con el exponente fué análoga a la que tuvo con los demás soldados de la Compañía en que prestaba sus servicios. Que no han vivido juntos nunca, ni han constituido hogar, ni ha existido matrimonio. Que aunque no es éste el procedimiento adecuado, niega la paternidad de los hijos, ya que en ningún momento puede considerársele como suyos, y a su juicio las certificaciones presentadas por la demandante son falsas, puesto que no ha concurrido a los Juzgados municipales ni ha asistido a su bautizo, ni hecho manifestación ni acto alguno por el que se pueda deducir que es padre de los hijos de la actora. Y que sin perjuicio de reservarse el ejercicio de las acciones de tipo penal contra la persona que falsamente ha suplantado su personalidad, se opone a que prospere la demanda.

Terminado el juicio verbal, se dictó sentencia desestimando la demanda.

La demandante interpuso apelación, suspendiéndose el procedimiento a solicitud del demandado apelado, hasta que recayera ejecutoria en causa criminal incoada en virtud de querrela sobre falsedad en documento público, suspensión que se alzó al acreditarse en autos que en dicha causa se había dictado auto de sobreseimiento provisional, y celebrada vista, se dictó sentencia por la que, revocada la apelada, se declaró haber lugar a la demanda.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, basado en los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Números 1.º y 7.º del artículo 1.682 de la Ley de E. C.: Violación del número 4.º del artículo 143 del Código civil, en relación con el artículo 131 del mismo texto legal. El título de filiación natural exige un reconocimiento que precisa si es en el acto de nacimiento se haga por el padre.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que lo que en los presentes actos se pretende por la demandante, y a ello accede la sentencia recurrida, es que bajo el pretexto de pedir unos alimentos provisionales, se investigue la paternidad, y que por lo que aparece en unas certificaciones de nacimiento y bautismo que no ha tenido intervención alguna el demandado, se declara que éste es el padre de los menores y en su consecuencia se le condene a los alimentos pedidos.

Segundo. Que si bien es cierto que los hijos naturales tienen derecho a alimentos conforme al número 4.º del artículo 143 del Código civil, lo primero a dilucidar y dar por sentado es si a los que se refiere la demanda son tales hijos naturales del demandado, cosa que éste niega terminantemente y cuyos medios de prueba a acreditarlo tienen que ser, no unos suficientes, como erróneamente sostiene el fallo recurrido, a los fines de los

alimentos, sino los absolutamente necesarios y exigidos por el Código civil en materia tan fundamental como es la declaración de paternidad, que sólo puede establecerse conforme a los taxativos preceptos de los artículos 131 y 135 del citado Código.

Tercero. Que esto sentado desde el momento que en las certificaciones de nacimiento y bautismo en que se apoya la sentencia no se acredita ni sostiene en ésta que en tales actos haya tenido la menor intervención el demandado y, por tanto, que no existe el acto voluntario de reconocimiento que previene el citado artículo 131, es visto que notoriamente se infringe este precepto en relación con el 129 del mismo Cuerpo legal, y en su virtud carece de base la prestación de alimentos que se solicita.

Cuarto. Que por lo expuesto procede estimar la casación de la sentencia recurrida por el único motivo del recurso apoyado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y basada en la violación del artículo 143, número 4.º, en relación con el 131 del Código civil.

**FALLO.**—Ha lugar.

#### SENTENCIA 12 NOVIEMBRE 1947

**Civil—prueba de los documentos privados: con firma auténtica.**

*La firma auténtica de un documento privado lleva implícita solamente una presunción "juris tantum" de veracidad del contenido del mismo, que cede ante la demostración de que no ha tenido realidad el negocio aparentemente estipulado.*

**Civil—sucesiones—comunidad hereditaria—ejercicio de acciones por un coheredero: acción reivindicatoria.**

*En la herencia indivisa puede ejercitar la acción reivindicatoria un coheredero en beneficio de la comunidad hereditaria.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.**

*Para demostrar el error de hecho o de derecho en que se haya podido incurrir al apreciar las pruebas practicadas, no es posible utilizar la vía del número 1.º, sino la del 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la prueba de presunciones.**

*El motivo fundado en la infracción del artículo 1.253 del Código civil que exige que entre el hecho demostrado y el que de ellos se infiera por el juzgador haya un enlace preciso y directo para que las presunciones sean apreciables como medio de prueba, puede ser planteado al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de E. C.*

**ANTECEDENTES.**—Por D. José Bergé Agustí se presentó al Juzgado de Primera Instancia de Balaguer el 23 de marzo de 1940 demanda de juicio

declarativo de mayor cuantía contra la herencia yacente y los herederos desconocidos y en ignorado paradero de D. Domingo Salmóns, sobre declaración de dominio de fincas, estableciendo como hechos que el día 8 de noviembre de 1935, en Avellanes y ante tres testigos, el demandante y demandado, convinieron celebrar un contrato, por el cual el segundo vendió perpetuamente al primero 56 fincas que describieron. El precio de esta venta era el de 146.000 pesetas, detallándose al mismo tiempo el de cada una de las fincas y confesando el vendedor haberlo recibido del comprador antes de dicho acto, firmando a su favor de carta de pago de la total suma, prometiendo asimismo el vendedor entregar al comprador la posesión real de las citadas 56 fincas si no la tomaba de su propia autoridad, para lo cual le facultaba ampliamente, constituyéndose entretanto poseedor en su nombre, y obligándose por último a la evicción y saneamiento con arreglo a derecho. El vendedor se comprometió y obligó también a otorgar escritura pública de este contrato, siempre que para ello le requiriese el comprador, y en caso de fallecimiento del citado vendedor, sin haberlo elevado a escritura pública, vendrían obligados a otorgarla sus herederos. El referido contrato de venta quedó perfeccionado en el acto del otorgamiento del documento privado dicho, y consumado totalmente por parte del actor comprador de las fincas y por el vendedor, pero falta el requisito del otorgamiento de escritura pública para la total eficacia del contrato, o sea para su inscripción en el Registro de la Propiedad, y a conseguir tal finalidad se dirige la demanda. El vendedor, D. Domingo Salmóns, falleció el 4 de enero de 1939, ignorándose quiénes sean sus herederos y, caso de existir, si han adido la herencia.

Admitida la demanda, y emplazados por edictos los demandados, herencia yacente y herederos desconocidos y en ignorado paradero de D. Domingo, compareció como uno de tales herederos D.<sup>a</sup> Antonia Salmóns, repitiéndose el emplazamiento respectivamente a los demás, que, transcurrido el término legal sin que comparecieran, fueron declarados en rebeldía.

Doña Antonia contestó a la demanda y formuló reconvencción, basándose en que el causante, D. Domingo, poseyó como dueño hasta su fallecimiento la totalidad de su patrimonio, consistente en las 56 fincas que se suponen vendidas al actor, y tres o cuatro más de escasa importancia y valor, haciendo suyos los frutos que le entregaban los medieros y cultivadores, así como el mismo demandante, que cultivaba como mediero algunas de ellas. Llevaba asimismo a la convicción de que se trataba de un documento amañado el hecho insólito de que una venta de 56 fincas, por un valor de 146.000 pesetas, se haya realizado en documento privado y no en escritura pública; que la situación económica del actor no le había permitido pagar ese precio, que no aparecía tampoco en el comprador; igualmente se hace inexplicable, dada la situación económica del demandante y demandado; por todo lo cual solicita que se condene al actor a dimitir y dejar a la libre disposición de los herederos de D. Domingo S. B. las 56 fincas, descritas en la demanda.

En réplica y dúplica insistieron las partes en sus alegaciones.

Con fecha 24 de enero de 1944 dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia de Balaguer, por la que absolvió a D.<sup>a</sup> Antonia S. B., como heredera de D. Domingo S. B., y a las demás personas que resulten ser herederas de este último y que se hallan en rebeldía, estimando la reconvencción declaró la inexistencia del contrato y que las fincas forman parte de la herencia del Sr. Salmóns, condenando al demandante a que las entregue con los frutos desde el fallecimiento de aquél. Apelada la sentencia por el demandante, fué confirmada con fecha 1 de febrero de 1946.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1.º Infracción de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil, pues lo que en la litis se debate es determinar si el documento privado de compraventa suscrito el 8 de noviembre de 1935 en Avellanes entre D. José

Bergé Agustí y D. Domingo Salmóns es título legal y bastante para originar la transmisión del derecho real de dominio y si el citado contrato reúne las condiciones esenciales que para su eficacia exigen las Leyes.

2.º Infracción de los artículos 1.223, 1.225, 1.226 y 1.229 del Código civil, ya que en la sentencia recurrida se declara legítima la firma del contrato privado, que es tanto como determinar su autenticidad; por lo tanto, al ser auténtica la firma, reconocida expresa o tácitamente, y legalmente declarada por el Tribunal de instancia, no es necesario que el documento sea autógrafo.

3.º Infracción del artículo 1.261 del Código civil, por cuanto existiendo en el contrato de autos la concurrencia de los básicos requisitos de consentimiento, objeto y causa, que se deducen de los propios términos del indicado contrato, al no apreciarlo así el Tribunal de instancia, deja sin verdadera eficacia precepto tan fundamental.

4.º Los artículos 1.249, 1.250 y 1.253 del Código civil, por cuya virtud no pueden admitirse las presunciones, sino cuando el hecho de que han de decidirse esté completamente acreditado; que las presunciones que la Ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos y que para que las presunciones no establecidas por la Ley sean aplicables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el ejercicio de las acciones, pues basta ver el súplico de los escritos de demanda y contestación, para cerciorarse de que el actor ejercita en esta litis la acción de mera declaración o constatación de propiedad, y el demandado, en su reconvencción, la reivindicatoria propiamente dicha, con relación a las mismas fincas en litigio.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que encaminada la demanda a obtener la declaración de que pertenecen al demandante las 56 fincas reseñadas en un documento privado de compraventa y a que los demandados, en concepto de herederos del vendedor fallecido, elevan a escritura pública el referido contrato, la Sala sentenciadora se pronunció por la absolución de los demandados, en atención a que por el resultado de la prueba, minuciosamente examinada, carecía de autenticidad el documento privado, base de la demanda, y además faltaba en el negocio jurídico de la compraventa el consentimiento del vendedor y el precio de la supuesta venta, y frente a esta posición *de facto* de la sentencia recurrida se alzan los tres primeros motivos del recurso, amparados en el número 1.º del artículo 1.682 de la Ley de Enjuiciamiento civil, inadecuado para impugnar eficazmente los referidos hechos en los que tiene su apoyo el fallo absolutorio; por lo que, al no haberse utilizado la vía del número 7.º del citado precepto legal para demostrar el error de hecho o de derecho en que se haya podido incurrir al apreciar las pruebas practicadas, quedan firmes en casación los hechos aludidos que la sentencia de instancia estima acreditados, y ante ellos no es dudoso afirmar, en el aspecto jurídico, que se está en presencia de un negocio radicalmente nulo por carencia de los requisitos esenciales del consentimiento y causa exigidos por el artículo 1.261 del Código civil.

Segundo. Además, que toda la enjundia de los tres primeros motivos del recurso se reduce a estimar que habiendo sido averada por informe pericial la firma del vendedor, quedó autenticado el contenido del docu-

mento privado en que la firma fué puesta, y, por lo mismo, debe estimarse que en el negocio de la compraventa concurren los requisitos intrínsecos y extrínsecos que son precisos para su validez; pero aparte de que esta tesis no respeta los hechos que en la instancia se declaran probados, tiende a identificar en absoluto la legitimidad de la firma puesta en un documento privado con la autenticidad del cuerpo de escrito que le precede y con la veracidad intrínseca de las declaraciones de voluntad hechas en él, cuando lo cierto es que la firma auténtica de un documento privado lleva implícita solamente una presunción *juris tantum* de veracidad del contenido del mismo, que cede ante la demostración de que no ha tenido realidad el negocio aparentemente estipulado, y esta demostración se da en el caso de autos, sin impugnación eficaz en el recurso.

Tercero. Que en el cuarto motivo se alega la infracción de los artículos 1.249, 1.250 y 1.253 del Código civil por entender el recurrente que entre los hechos demostrados en el pleito y el que de ellos infiere el juzgador de instancia no hay el enlace preciso y directo para que las presunciones sean apreciables como medio de prueba; pero si bien este motivo puede ser amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, carece por completo de viabilidad, porque el recurrente se abstiene de todo razonamiento que en concreto tiende a demostrar la falta de enlace denunciada, máxime en casos como el presente, en que se aprecia una argumentación convincente o ajustada a las reglas del criterio humano al estimar el Tribunal *a quo* la existencia de múltiples y vehementes indicios de que no se realizó el negocio jurídico contenido en el documento privado.

Cuarto. Que procede desestimar también el quinto y último motivo del recurso, porque esta Sala viene declarando con reiteración que en herencia indivisa puede ejercitar la acción reivindicatoria el coheredero en beneficio de la comunidad hereditaria, que es precisamente la acción utilizada en vía reconvenional por una de las herederas del supuesto vendedor.

**FALLO.**—No ha lugar.

#### SENTENCIA 15 NOVIEMBRE 1947

**Civil—precario—requisitos.**

*Acreditados los tres requisitos de que, 1.º, la entidad actora sea propietaria de la casa objeto del desahucio; 2.º, que el demandado carezca de título para ocuparla y no pague por tal concepto merced alguna, y 3.º, que haya sido requerido con un mes de anticipación para que la desaloje, resulta indudable la existencia del precario.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.**

*No impugnadas adecuadamente, sino a través del número 1.º del artículo 1.692, resulta incontrovertible que al quedar en pie por no ser combatidas las terminantes declaraciones de la Sala sentenciadora, carece de eficacia el recurso planteado.*

**ANTECEDENTES.**—La fundación de Santa Elena dedujo demanda de desahucio por precario en el Juzgado de Carlet, el 9 de junio de 1945, contra D. Vicente Luján Company, ocupante de los bajos de la casa de dicha Institución, enclavada en su finca Huerto de Colechala. En la demanda se exponía que anteriormente se había seguido juicio de desahucio contra el demandado por estimarse que ocupaba el local en concepto de encargado o guarda-portero, sin que hubiera lugar a la demanda por falta de prueba acreditativa de que tuviera tal concepto. En vista de ello, el 5 de julio de 1943 se había despedido formalmente al demandado, y, al resistirse a ello, formuló nueva demanda, resolviéndose en el sentido de que el procedimiento adecuado no era el seguido, sino el establecido en los artículos 1.523 y 1.594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Negados los hechos por el demandado en el acta del juicio verbal se le confirió traslado, oponiéndose a la demanda por tener el carácter de arrendatario.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 8 de octubre de 1945 en la que declaró haber lugar a la demanda, y el 1.º de julio del año siguiente fué confirmada por la Audiencia territorial, formalizándose recurso de casación por infracción de ley por el siguiente

**MOTIVO DEL RECURSO.**—Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Infracción del artículo 1.564 y del número 3.º del artículo 1.565 de esta Ley. Si la fundación de Santa Elena, en dos procedimientos de desahucio anteriores, ha sostenido, primeramente, que el demandado era casero o encargado, y, en el segundo, que traía causa de sus padres, que eran masoveros, es evidente que existen relaciones jurídicas distintas a la del concepto de precario, sin que quepa justificar la naturaleza del precario en la sentencia dictada porque no producen excepción de cosa juzgada.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que constituyen declaraciones base del fallo de instancia, entre otras, las tres siguientes:

- A) La entidad actora es propietaria de la casa objeto del desahucio;
- B) El demandado carece de título para ocuparla y no paga por tal concepto merced alguna;
- C) Ha sido requerido con un mes de anticipación para que la desaloje.

Segundo. Que en el motivo único invocado, y al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley procesal, se limita el recurso a alegar que entre las partes existían relaciones jurídicas que impiden atribuir al recurrente la calificación de precarista, ya que poseía en concepto de encargado y masovero de la finca, añadiendo que, al no aparecer extinguidas las aludidas relaciones, el problema planteado en la demanda sólo puede dilucidarse en juicio ordinario, máxime teniendo en cuenta que, no produciendo las sentencias de desahucio excepción de cosa juzgada, no cabe admitir que de las dictadas en anteriores juicios de aquella naturaleza y en los que fueron parte los que ahora contienden se deduzca la existencia de precario; pero no combatidas las terminantes declaraciones de la Sala sentenciadora a que antes se ha hecho referencia, resulta incontrovertible que, al quedar en pie las mismas por falta de adecuada impugnación, carece de eficacia la argumentación aducida y no puede prevalecer el recurso, imponiéndose la desestimación del mismo.

**FALLO.**—No ha lugar.

## SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1947

**Civil—arrendamientos urbanos— cesión de vivienda—subrogación forzosa: notificación.**

*El conocimiento de la subrogación por el arrendador, adquirido por propia indagación y determinante del planteamiento de la demanda, no suple la fehaciente notificación que la Ley impone a quien lleve a efecto la subrogación.*

**Civil—arrendamientos urbanos—resolución—cesión—por cesión o subrogación.**

*La cesión de la vivienda a que se refiere la causa 3.ª del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como causa de resolución a personas distintas de las expresadas en el artículo 34, o sea a los parientes dentro del segundo grado, no significa que no sean necesarios concurren los otros requisitos que exige esté de vivir habitualmente y con un año de antelación con el inquilino.*

**Civil—prueba—documentos públicos: cartilla de abastecimiento.**

*La cartilla de abastecimiento, como presunción de residencia, puede ceder ante otros medios probatorios.*

**Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado: subrogación.**

*En el derecho singular anterior a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos no había precepto legal que por subrogación no consentida extendiese los efectos del contrato de arrendamiento a personas distintas de los contratantes, salvo el caso de fallecimiento del arrendatario.*

**Civil—arrendamientos urbanos—irretroactividad de la ley.**

*La irretroactividad establecida en la disposición transitoria 13 del capítulo XI de la Ley de Arrendamientos Urbanos no se refiere a hechos jurídicos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor.*

**ANTECEDENTES.**—Los propietarios de la finca núm. 19 de la calle de Juan de Mena, de Madrid, formularon demanda el 30 de abril de 1947<sup>1</sup> en proceso de cognición ante el Juzgado Municipal núm. 8 de esta capital para que se declarara resuelto el contrato de arrendamiento del piso primero derecha, celebrado con D. Manuel González Regueral. La demanda fué dirigida contra éste y su hermana doña Concepción, y se fundamentaba en los artículos 15, apartado tercero, en relación con los artículos 14 y 149, núm. 2.º, y, alternativamente, el artículo 33, en relación con el 34 y 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Los demandados alegaron los 149, 34 y 27 de la misma y el 1.214 del Código civil.

Los hechos básicos de la demanda son, según los recoge el primer considerando de la sentencia, los siguientes: que el demandado D. Manuel González Regueral ocupó, en concepto de inquilino y en unión de su madre y hermanos, el piso a que se contrae la presente contienda desde no-

<sup>1</sup> Llamamos la atención sobre el tiempo transcurrido, después de agotar los recursos que no han llegado a los ocho meses.

viembre de 1939 hasta el mes de junio de 1941, en que dejó dicho piso, habitándolo desde entonces solamente su madre y hermanos hasta comienzos del verano de 1945, en que se trasladaron a Gijón, donde falleció la madre de los demandados en diciembre del mismo año; que desde el verano de 1945 hasta el mes de abril de 1947 estuvo cerrado el piso y la demandada D.<sup>a</sup> Concepción ausente de Madrid; que con fecha 10 del mismo mes de abril D.<sup>a</sup> Concepción volvió al piso de autos e hizo saber al portero de la casa que los recibos del alquiler debían ser extendidos a su nombre por ser ella la que habitaba el piso, y que ante esta manifestación fué presentada la demanda de este pleito con fecha 30 del referido mes de abril para que se declarase el arrendamiento concertado con D. Manuel y se decretase el lanzamiento de su hermana D.<sup>a</sup> Concepción, actual ocupante del piso.

El Juez municipal, el 16 de junio dictó sentencia declarando resuelto el contrato, con condena a las demandadas a su desalojo en el plazo de seis meses desde la firmeza del fallo, apercibiéndolos de lanzamiento en otro caso. El Juez de Primera Instancia la confirmó íntegramente el 9 de julio, sin especial declaración de costas de la apelación<sup>2</sup>.

Contra esta sentencia recurrieron los demandados por los siguientes

**MOTIVOS.**—Primero. Causa 3.<sup>a</sup> del artículo 169 de la Ley de 3 de abril de 1947: Infracción de la disposición transitoria 13, que dispone no son de efecto retroactivo los capítulos X y XI de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La acción se amparó en el núm. 2.<sup>o</sup> del artículo 149, comprendido en el capítulo XI, y la sentencia fundamenta su fallo en el núm. 3.<sup>o</sup>, que, además, de no ser alegado<sup>3</sup>, carece de efecto retroactivo y no puede aplicarse a hechos anteriores a la publicación de la Ley, pues el traslado del demandado, el fallecimiento de su madre y el regreso de la demandada al piso fueron anteriores al 3 de abril de 1947.

Segundo. Basado en la misma causa que el anterior: El núm. 2.<sup>o</sup> del artículo 149 dice que será motivo de resolución la cesión a personas distintas de las expresadas en el artículo 34—parientes dentro del segundo grado—, sin ningún otro requisito, y como la cesión se ha hecho a una hermana del inquilino, la resolución es improcedente.

Tercero. Causas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 169: Infracción de los artículos 36, 37 y 39 de la nueva Ley. Debe presumirse, por el tiempo transcurrido, el consentimiento tácito y ha caducado además la acción, puesto que hay prueba documental—la hoja blanca de la cartilla de abastecimientos de la demandada—de que ésta convivía en el cuarto desde enero de 1945.

Cuarto. Causa 3.<sup>a</sup> del artículo 169: Infracción del artículo 34, pues éste sólo exige los dos requisitos de convivencia con un año de antelación y que se notifique fehaciente la subrogación, y a esto equivale el reconocimiento que hacen los demandantes en la propia demanda, siendo suficiente, en último término, que la notificación se hubiera hecho en la contestación de aquélla.

El recurso fué impugnado en trámite de la instrucción por las siguientes razones:

**Primera.** Que la cesión, base de la resolución, fué la realizada el 10 de abril de 1947, y si se tomase la fecha de 1941, la beneficiada tendría que ser no la demandada, sino su madre. Como la cesión ocurrió el 10 de abril, es de aplicación la nueva Ley, de acuerdo con la disposición transitoria primera y porque el artículo 34 es de efecto retroactivo.

2. No comprendemos las razones que hayan existido para no imponer a los apelantes las costas de la apelación, como previene el artículo 164 de la Ley. El no haber recurrido los apelados ha impedido que el Tribunal Supremo resolviera este punto.

3. Sobre este extremo, tan sucintamente expuesto, no se hace ninguna referencia concreta en los Considerandos (véase el tercero), pues al parecer se desecha por plantear una cuestión nueva y contraria a la posición mantenida en las dos instancias.

Segunda. Que el artículo 149, causa 3.<sup>a</sup>, hay que relacionarlo con el 34.

Tercera. No puede hablarse de convivencia si no es con el inquilino. La hoja blanca de la cartilla de abastecimientos no sirve para acreditar la residencia, cuando está demostrado lo contrario, incluso por confesión.

Cuarta. Que no han existido los dos supuestos del artículo 34 por no haber convivencia y ser necesario que la notificación preceda a cualquier acto judicial, según ya dijo la sentencia de 8 de enero de 1907.

Los hechos básicos de la demanda son, según los recoge el primer considerando de la sentencia, los siguientes:

#### CONSIDERANDOS.

Segundo. Que de estos hechos sólo es objeto de impugnación en el motivo tercero del recurso, por la vía del núm. 4.º de la Ley de Bases sobre arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, el particular referente a la permanencia habitual de doña Concepción fuera de Madrid desde el verano de 1945 hasta el mes de abril pasado, y pretenden los recurrentes que se estime manifiestamente errónea esta apreciación de *facto*, por estar en pugna con el valor probatorio de la hoja blanca de su cartilla de abastecimientos, justificativa, a su juicio, de que doña Concepción vivió en el piso de Madrid desde 1.º de enero de 1945, por lo menos; pero es indudable que la impugnación así articulada no puede prosperar, porque la presunción de residencia que se infiere de la cartilla de abastecimientos cede ante los múltiples medios probatorios que el juzgador de instancia tuvo en cuenta para afirmar el hecho de que la demandada permaneció ausente de Madrid durante el período de tiempo antes referido, por lo que el documento invocado no es suficiente para demostrar el denunciado error manifiesto en la apreciación de la prueba.

Tercero. Que sorprende el planteamiento del tema de irretroactividad de la nueva Ley, según se articula en el motivo primero del recurso, si se tiene en cuenta que los propios recurrentes aceptaron expresamente en todo el curso del litigio la aplicación de dicha Ley al caso controvertido, y hasta ampararon en el artículo 34 de la misma su fundamental oposición a la demanda, la cual, por otra parte, ha sido formulada y referida de modo inmediato al hecho jurídico de una pretendida subrogación de la demandada cuando ya había entrado en vigor y era de aplicación el nuevo ordenamiento urbano, según su primera disposición transitoria, y sorprende también que si los recurrentes protestan de la aplicación de la nueva Ley no invoquen en su favor norma jurídica alguna de la legislación anterior que ampare su pretensión de mantener viva la relación arrendaticia en provecho de la hermana del inquilino, silencio que en realidad era obligado guardar, pues no había en el derecho singular antiguo precepto legal que, por subrogación no consentida, extendiese los efectos del contrato de arrendamiento a personas distintas de los contratantes, salvo el caso—que no es el de autos—de fallecimiento de la arrendataria, en el que, por imperio del artículo 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1951 y posteriores disposiciones complementarias, los beneficios de la prórroga forzosa trascendían a terceras personas, por lo que el tema suscitado en este primer motivo no es viable ni tiene finalidad práctica.

Cuarto. Que la referencia hecha en la causa 3.<sup>a</sup> del artículo 149 de la Ley al artículo 34 de la misma no significa, como arguye el motivo negado del recurso, que la resolución del contrato de arrendamiento sólo procede si la cesión de la vivienda contra el consentimiento del arrendador se efectúa a favor de persona no designada en el artículo 34, pues no es dudoso afirmar que la resolución del vínculo arrendaticio se da también si la cesión se realiza en provecho de las personas expresadas en dicho precepto, si, juntamente con el vínculo de parentesco, no concurren los requisitos de convivencia y de notificación fehaciente que exige la aludida norma.

Quinto. Que la infracción de los artículos 36, 37 y 39 de la Ley, según acusa el motivo tercero, se apoya en dos supuestos: el de haber consentido tácitamente el arrendador la cesión de la vivienda a la demandada y el de haber transcurrido más de seis meses desde la ocupación por ella del piso hasta el momento en que ha sido ejercitada la acción resolutoria del contrato de inquilinato, y de estos supuestos extraen los recurrentes la consecuencia jurídica de que la acción utilizada es improcedente, y, en todo caso, habría caducado; pero bien se advierte que la argumentación de este motivo sólo podría ser aceptada si en los autos existiese demostración de los hechos que le sirven de soporte, y como en la sentencia de instancia no se estima probado que el arrendador haya prestado consentimiento expreso ni tácito a la cesión, y consta en autos que la acción resolutoria fué entablada dentro del mismo mes en que la demandada exteriorizó sus propósitos de ocupar la vivienda, sin que estos hechos tengan impugnación adecuada en el presente recurso, es visto que el tercer motivo tampoco puede prosperar.

Sexto. Que no obstante el razonamiento sólido del juzgador de instancia, encaminado a demostrar que el artículo 34 de la Ley no autoriza la subrogación que los demandados pretenden imponer al arrendador, por no concurrir los requisitos de convivencia y fehaciente notificación, se vuelva sobre el mismo tema en el cuarto y último motivo del recurso, alegando que en favor de los demandados se dan los dos expresados requisitos: el de la convivencia, porque la demandada ha vivido en el piso arrendado desde el año 1939, y el de la notificación, porque en la demanda se da por enterado el arrendador del hecho de la subrogación, y, en todo caso, bastaría para tener por cumplido el requisito con la notificación que se hace al contestar la demanda.

Séptimo. Que para desestimar este último motivo será preciso insistir: primero, en que el artículo 34 exige para la eficacia de la subrogación que el subrogado viva habitualmente con el *inquilino* subrogante en la misma vivienda arrendada y durante un año de antelación, por lo menos, a la subrogación, y es hecho indiscutido que la demandada no ha vivido en el piso arrendado con su hermano, el inquilino, desde el año 1941, según se ha dicho en el considerando primero, sin que por otro lado se haya puesto a discusión en la instancia ni especialmente en el recurso el problema de hecho y de derecho que plantea la disposición transitoria 9.<sup>a</sup>, en relación con los artículos 71 y 72 de la nueva Ley, sobre posibilidad de

una segunda subrogación forzosa para el arrendador en beneficio del pariente que haya convivido con el continuador del contrato *familiar* del inquilino fallecido; y segundo, en que la notificación al arrendador ha de ser hecha de modo fehaciente con anterioridad a la fecha en que se ejercite la acción resolutoria, por lo que es ingenuo que el conocimiento de la subrogación por el arrendador, adquirido por propia indagación y determinante del planteamiento de la demanda, supla la fehaciente notificación que la Ley impone a quien lleve a efecto la subrogación.

Octavo. En resumen, que, dados los hechos alegados y pruebas practicadas, no hay precepto legal alguno que ampare a la demandada en su pretensión de ocupar la vivienda de autos, y, en su virtud, procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: compra-venta mercantil.**

*No apareciendo suficientemente acreditado el lugar del cumplimiento, debe estimarse, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, que la entrega se verificó en el establecimiento mercantil del vendedor.*

#### SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—adaptación a las normas procesales—recurso por injusticia notoria—quebrantamiento de forma.**

*El declarar aplicable por el Juzgado de Primera Instancia, conforme a la disposición transitoria 16, al procedimiento en curso las disposiciones de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, sin retroceder a la iniciación del litigio, no entraña el quebrantamiento de las formalidades del juicio a que se refiere el núm. 2.º de su artículo 169.*

**Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—adaptación a las normas procesales: divergencias.**

*La no impugnación del auto resolviendo las divergencias suscitadas, a que se refiere la disposición transitoria 17, impide impugnarlo posteriormente.*

**Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—adaptación a las normas procesales.**

*La adaptación a las normas procesales a que alude la disposición transitoria 16 no implica la nulidad de lo actuado bajo la legislación anterior ni prescribe el retroceso en el procedimiento.*

**ANTECEDENTES.**—En el Juzgado Municipal núm. 14, de Barcelona, presentó D. Enrique Salofré Haefnet, en 21 de octubre de 1946, demanda,

tramitada conforme al Decreto de 29 de diciembre de 1931 sobre revisión y aumento del alquiler que estuvo en vigor y se satisfizo hasta el 30 de junio anterior, contra D. Ramón Moragas Martí, inquilino de un inmueble propiedad del actor, por la cuantía de 225 pesetas de aumento mensual, suplicándose que se condenase al demandado a satisfacer dicho aumento, con efecto desde 1.º de julio, sobre el alquiler de 143 pesetas mensuales que satisfacía y al pago de otra mensualidad del nuevo alquiler como fianza.

Celebrado el acto previo de conciliación y el juicio verbal, se dictó sentencia el 27 de enero de 1947, declarándose no haber lugar a la demanda.

Apelada la sentencia, el Juzgado, por providencia de 12 de abril de 1947, acordó, conforme a la disposición transitoria 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, suspender el señalamiento de la vista señalada, concediendo a las partes el plazo máximo de quince días a los fines que dicha disposición ordena. El actor y apelante sostuvo que no era aplicable la Ley, dándose traslado de este escrito a la otra parte, que no había usado del derecho que le concedió la providencia de 12 de abril de 1947, quien se opuso, alegando que eran de aplicación las normas de la vigente Ley de Arrendamientos. El Juzgado resolvió, por auto de 23 de mayo siguiente, tramitar la apelación conforme a lo establecido en el apartado b) del artículo 163 de aquélla.

Por sentencia de 18 de junio de 1947, el Juzgado de Primera Instancia revocó la apelada y condenó al demandado a satisfacer desde 21 de octubre de 1946 la suma de 187,30 pesetas, como aumento del alquiler que satisfacía de 143,30 mensuales, y a entregar 330,30 pesetas en el papel de fianza correspondiente.

Preparado por el demandado recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, recogido en el núm. 2.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se formalizó por los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Basado en su debida aplicación al caso de las normas procesales del Decreto de 29 de diciembre de 1931, por infracción del artículo 162 y disposición transitoria 16.

Segundo. Infracción por inaplicación del artículo 162, en relación con la disposición transitoria 16. Al acomodar las pretensiones a las normas procesales de la vigente Ley debe tenerse en cuenta que el procedimiento aplicable era el de su artículo 162.

Tercero. Infracción por inaplicación de las reglas establecidas en el apartado C) de la base 10 de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944.

La indefensión se ha producido por las mayores garantías que tiene el proceso de cognición sobre el juicio verbal del artículo 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma establecido por la letra b) del artículo 176 de la Ley de Arrendamientos Urbanos contra las sentencias dictadas por los Jueces de Primera Instancia, en los casos a que se refiere, sólo se otorga, conforme al artículo 172, cuando se haya producido quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio que origine indefensión del recurrente, y como el presente recurso se fundamenta en la tesis de que al declararse por el Juez de Primera Instancia aplicable al procedimiento en curso las disposiciones de la nueva Ley, debió retrocederse en el litigio para acomodarlo a los trámites del llamado proceso de cognición a partir de su iniciación, conforme al artículo 162 de la expresada Ley, en relación con el apartado c) de la base quinta de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de

1944, es visto que la supuesta infracción, si existiere, no entrañaría el quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, único fundamento en que el recurso podría legalmente ampararse.

Segundo. Que a mayor abundamiento, la única alegación que se repite insistentemente en los cuatro motivos del recurso, pretendiendo basarlo en la disposición transitoria 16, artículos 162 y 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se reduce a sostener que el Juzgado, al decretar el acomodamiento de las pretensiones de las partes a la nueva Ley (lo que verificó con su auto de 23 de mayo de 1947), debió acordar que se reprodujera la demanda conforme a las normas del proceso de cognición, de conformidad con el artículo 132 de la Ley; pero, aparte de que el auto en cuestión determinando el procedimiento ulterior, quedó firme por no interponerse contra el mismo el recurso autorizado por la disposición transitoria 17, lo que en todo caso impediría al recurrente impugnar el referido acuerdo, es lo cierto que la disposición 16 obliga sí a acomodar las pretensiones a las normas procesales vigentes; pero ni decreta la nulidad de lo actuado bajo la legislación anterior ni prescribe el retroceso en el procedimiento, por lo que es también obligada la desestimación del presente recurso.

Tercero. Que a tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 172 de la Ley procede declarar las costas de cuenta del recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1947

Procesal—competencia—sumisión expresa.

*La cláusula en la que se expresa "que para cualquier litigio los únicos Tribunales competentes son los de Alba de Tormes o aquellos que señale la casa vendedora", es eficaz en cuanto fija una localidad determinada, aunque no lo sea en el extremo que deja a la voluntad del vendedor la designación del Tribunal competente.*

#### SENTENCIA 21 NOVIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—renta—revisión: por no declaración a la Hacienda.

*El artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940, que otorga al inquilino el derecho a reducir el precio del alquiler, es norma de carácter civil y de obligada observancia por disposición del artículo 1.º del Código civil.*

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: acomodamiento a las normas procesales.

*Acomodado en apelación el procedimiento a las normas de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme a su disposición transitoria 16, según petición coincidente de ambas partes, recogida por el Juez en pro-*

*videncia por ambas partes consentida, la sentencia que rechaza esa competencia infringe aquella Ley.*

**Procesal—resoluciones judiciales—sentencias—congruencia.**

*Solicitada en la demanda la reducción de la renta en un contrato de arrendamiento desde la fecha de la demanda y no pedida la devolución desde ese momento, no es incongruente la sentencia que así lo acuerda, por ser obligada esta declaración por lo que dispone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

**ANTECEDENTES.**—Doña Aurora Gómez López presentó en 30 de enero de 1947 demanda que estimó debía tramitarse conforme a las normas del Decreto de 29 de diciembre de 1931 para que se declarase novado el contrato de arrendamiento concertado el 7 de mayo de 1945, que había celebrado con el demandado, D. Manuel Rodríguez Castedo, propietario de la finca número 4 de la calle de Manuel Delgado Barreto, de Madrid, en el sentido de que la renta en vigor a la sazón de 6.000 pesetas anuales fuera reducida a partir de la fecha de la presentación de la demanda a 3.600 pesetas cada año, debiendo reducirse la fianza en la misma proporción, de acuerdo todo con la Ley de 16 de diciembre de 1940 y la de Presupuestos de 31 de diciembre de 1945.

Celebrado, sin avenencia, el acto previo de conciliación, en el juicio verbal se ratificó la demandante, presentando el contrato y dos certificaciones de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial para acreditar que el precio del alquiler era de 6.000 pesetas anuales, que el 26 de febrero de 1946 el propietario declaró a la Hacienda la renta anual de 3.300 pesetas y que en la comprobación verificada en marzo de 1942 se asignó al cuarto la renta de 3.600 pesetas. El demandado reconoció los documentos y alegó la incompetencia de jurisdicción, conforme al caso f) del apartado B) de la Base 9.<sup>a</sup> de la Ley de 19 de julio de 1944, por rebasar la cuantía asignada al Juzgado Municipal, corroborando su tesis la disposición transitoria del Decreto de 24 de enero de 1947, oponiéndose el actor por ser el contenido económico de la demanda el de 2.400 pesetas, que era la reducción de la que se pretendía.

El Juzgado, por sentencia de 27 de marzo de 1947, estimó la demanda, con efectos desde su presentación, y condenó al demandado a la devolución del exceso en la fianza y al pago de las cantidades satisfechas sobre la renta reducida. Apelada la sentencia y adaptada a las normas procesales de la vigente Ley de Arrendamientos, la demandante (sic) solicitó, al amparo del artículo 162, el señalamiento de vista; el demandado (sic), basado en que la sustanciación de la apelación era la misma que en la regulación anterior, solicitó que prosiguiera el procedimiento en el trámite en que se hallaba. En el acto de la vista de la apelación el apelante informó en apoyo de que se archivaran definitivamente las actuaciones por no haber acomodado el demandante sus pretensiones a la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que pedir la prosecución solamente no es acomodar el pedimento, y, para el supuesto de que no se acordara el archivo, se anulara la sentencia, acomodándola al juicio de cognición que establece el artículo 162 de la misma Ley; la parte apelada pidió la confirmación y el Juzgado, el 27 de mayo de 1947, declaró la nulidad del juicio.

Contra esta sentencia se formuló por la demandante recurso por injusticia notoria, por los siguientes

**MOTIVOS.**—Primero.—Número 3.<sup>o</sup> del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Injusticia notoria por infracción del artículo 8.<sup>o</sup> del Decreto de 24 de enero de 1947, o, en su caso, de la quinta de sus disposiciones transitorias y de las normas que recoge el artículo 162 de aquella

Ley, en relación con los artículos 489 y 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo. Amparado de igual forma que el anterior: Injusticia notoria al infringirse por inaplicación el artículo 12 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de junio de 1940 y el 163 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, que recoge exactamente en doctrina.

El recurrido, al evacuar el traslado de instrucción, lo impugnó, exponiendo, entre otras razones, la de que el fallo del Juzgado Municipal condena a la devolución de unas cantidades que no fueron pedidas; que las normas fiscales no tienen carácter de ley a efectos de casación, siendo esto sostenible en el recurso por injusticia notoria, aparte de que en la declaración a la Hacienda había un error material, alterador de dos sumandos, pero sin variación alguna en la total suma de la cantidad sujeta a tributación y que tampoco había podido infringir la sentencia recurrida ningún precepto sustantivo por no haber entrado en el fondo de la "litis".

CONSIDERANDOS.—Primero.—Que acomodado el procedimiento a las normas de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, según petición coincidente de ambas partes, recogida por el Juez de Primera Instancia en providencia, por ambas consentida, de 10 de mayo de 1947, teniendo por hecha tal acomodación su competencia en apelación y la del Juez municipal para conocer en primera instancia, resulta de lo dispuesto en los artículos 160 y 163 de la citada Ley, y la sentencia que rechaza esa competencia infringe notoriamente dichos preceptos legales.

Segundo. Que es por ello procedente el recurso por su primer motivo para dejar sin efecto la sentencia recurrida, y dictar el fallo que debió dictarse por el Juez de primera instancia, que es el de confirmar la sentencia del municipal, puesto que el artículo 12 de la Ley de 16 de diciembre de 1940, norma de carácter civil y de obligada observancia, por disposición del artículo 1.º del Código civil, otorga al inquilino el derecho a reducir el precio del alquiler en la cuantía fijada en la sentencia del Juez municipal.

Tercero. Que determinada también en la misma sentencia, resolviendo petición de la demandada, la fecha anterior desde la cual la reducción ha de tener efecto, éste no se produciría de no haberse también declarado la obligación de devolver lo percibido de más sobre la nueva renta desde aquella fecha, declaración, además, obligada por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual deben hacerse en las sentencias las exigidas por las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, y ya se ve que la devolución era exigida para la efectividad de la reducción desde la fecha de la demanda, como oportunamente se pidió en ésta.

Cuarto. Lo dispuesto en el artículo 164 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, sobre costas en la apelación.

FALLO.—Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por D.<sup>a</sup> Aurora Gómez López contra sentencia del Juez de primera instancia número 3 de Madrid, fecha 27 de mayo último; dejamos, en consecuencia, sin efecto la sentencia recurrida, y, en su lugar, confirmando la sentencia del Juez municipal de los mismos lugar y número, de 27 de marzo del año actual, declaramos:

Primero. Modificada, en cuanto a su objeto, la obligación de D.<sup>a</sup> Aurora Gómez López de pagar a D. Manuel Rodríguez Castedo 6.000 pesetas anuales como precio del arrendamiento del cuarto tercero derecha de la casa número 4 de la calle de Manuel Delgado Barreto, de Madrid, por la de pagar 3.600 pesetas en las mismas condiciones y plazos convenidos en el contrato entre ambos celebrado, con fecha 7 de mayo de 1945.

Segundo. Que dicha modificación debe entenderse efectuada el día 31 de enero de 1947, fecha de presentación de la demanda; y

Tercero. Que D. Manuel Rodríguez Castedo debe a D.<sup>a</sup> Aurora Gómez López las cantidades percibidas de más, sobre el nuevo precio fijado, en los plazos vencidos a partir de la fecha señalada, y, consiguientemente, condenamos a D. Manuel Rodríguez Castedo a otorgar el documento necesario para hacer constar la novación declarada; a la devolución a doña Aurora Gómez López de lo percibido de más, según lo declarado; a la reducción de la fianza, si la hubiere, en relación con el nuevo precio del arrendamiento, y al pago de las costas.

#### SENTENCIA 22 NOVIEMBRE 1947

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.

*La alegación de documentos en el recurso de casación, promovido al amparo del número 7.º del artículo 1.692, sólo es factible cuando se combate el error de hecho, pero no el de derecho.*

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error en la apreciación de la prueba: de testigos.

*El artículo 1.248 del Código civil, por su carácter admonitivo, es impropio de ser discutido en casación.*

ANTECEDENTES.—Con fecha 20 de abril de 1945, doña Inés López García dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real demanda de juicio de desahucio por tenencia en precario de finca rústica contra don Antonio y D. Manuel López García, estableciendo como hechos: Que por escritura pública otorgada el 30 de septiembre de 1943, la demandante compró a su madre, doña Carmen García de Cáceres, la mitad indivisa de una finca rústica, denominada "Quintos de Picón", destinada a pastos, haciéndose constar que la finca estaba dividida de hecho, aunque no se había otorgado la escritura de división material, entre la vendedora y su hermano, que era el titular del dominio de la otra parte indivisa, adjuntándose la escritura de compra correspondiente, así como un documento privado, ampliación a dicha escritura, suscrito por la compradora y demandante y el titular de la otra parte indivisa, en la que se aclaran ciertos extremos sobre una servidumbre de paso de ganado, establecida en la parte de la compradora, y uso de un pozo. La finca propiedad de la actora, descrita anteriormente, la vienen detentando sin título alguno los demandados, a los que después de reiterados requerimientos particulares para que la dejaren libre y a disposición de aquélla; demandó de conciliación para que la desalojasen en el plazo de un mes, celebrándose los actos sin avenencia, con cuya certificación se acredita.

Convocadas las partes a juicio verbal, los demandados negaron los he-

chos de la demanda, por lo que el Juez confirió traslado de la misma, habiéndola evacuado los demandados, estableciendo como hechos, después de insistir en su negativa de los de la actora, que doña Carmen García y su hermano D. Manuel, dueños proindiviso de la mencionada finca, la cultivaron hasta el año 1936, en que fueron desposeídos de su disfrute; pero reintegrados en su dominio el año 1939, ambos la cedieron en arrendamiento, en su respectiva participación, a los demandados, y que dada la íntima relación de parentesco entre los interesados (pues los demandados son hijos y sobrinos, respectivamente, de la actora y hermano de ésta) la convención que establecieron no se sujetó a formalidad escrituraria alguna, pero verbalmente se convino en que los demandados llevarían en arrendamiento el predio de autos por término de cinco años, a contar desde septiembre de 1939, terminando en igual mes de 1944, estipulándose además que, pasados los cinco años, sería prorrogado el convenio por otros más, y así sucesivamente. Este contrato verbal fué cumplido religiosamente por todos los interesados, estando encargados los demandados de abonar varios impuestos y cargas de los propietarios en algunas ocasiones, siendo estas cantidades abonadas superiores a las rentas que debían satisfacer, por lo que quedaba un remanente a favor de los arrendatarios. Con independencia de todo esto, los demandados, con la autorización expresa de su madre y alentados por ella, al asegurarles que la finca en cuestión les sería adjudicada a su fallecimiento, habían realizado en la misma tan grandes mejoras que los gastos sobrepasaban la cifra de 250.000 pesetas, no siendo lícito que al amparo de una supuesta venta simulada se despojase a los demandados de lo que laboraban como arrendatarios, y por último, como a mayor abundamiento y para demostrar la condición de no precaristas presentaban una declaración del Servicio Nacional del Trigo y una póliza de seguros, todo ello librado a favor de los demandados en concepto de arrendatarios.

Transcurrido el término de prueba, dictó sentencia el Juez de Primera Instancia el 8 de junio de 1945, declarando haber lugar al desahucio, que fué confirmada por la Audiencia Territorial el 11 de junio de 1946. Contra ella se formuló recurso de casación por los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—No los exponemos por aparecer recogidos en los considerados de la sentencia.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que el recurrente, al formular su escrito de recurso, alega dos motivos de casación, y manifiesta como observación previa que ambos motivos tienen íntima conexión que no cabe razonar el primero sin tener en cuenta las apreciaciones que contiene el segundo, y con tal criterio desarrolla su impugnación a la sentencia recurrida, por lo cual, siguiendo su modo de argumentar, es conveniente, para un ordenado examen de la procedencia o improcedencia de los motivos formulados, invertir el orden de exposición de los mismos, analizando primeramente el segundo, ya que la conclusión que de su análisis se obtenga habrá de influir en el juicio que se forme del otro en virtud de su acusada conexión.

Segundo. Que amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia el segundo motivo en su enunciación la comisión de error de derecho en la apreciación de la prueba por inaplicación de los artículos 1.225 y 1.248 del Código civil, y para fundamentar sus aserciones el recurrente empieza sentando como afirmación básica de su razonamiento que doña Carmen García de Cáceres tenía celebrado con sus hijos, los demandados, un contrato verbal de arrendamiento de la fin-

ca en cuestión, afirmación que es la clave del litigio proseguido y que ha sido rotundamente negada por la Sala sentenciadora, por lo que al pro-nunciarla el recurrente incurre en una evidente petición de principio ilícita en toda argumentación, y discurrendo sobre tal supuesto comenta la prueba testifical desde su punto de vista y aduce determinados documentos aportados a los autos, sustituyendo con su juicio el emitido por la Sala; pero sin gran esfuerzo se echa de ver la inconsistencia e ineficacia de la impugnación que se realiza, porque el artículo 1.225 del Código civil, cuya infracción se denuncia, es en este caso notoriamente inoperante, ya que no existe documento privado alguno suscrito por los litigantes al que hubiera de reconocerse el valor probatorio que el citado precepto declara, y los recibos presentados, las copias de las declaraciones hechas al Servicio Nacional del Trigo por uno de los demandados, así como la póliza del seguro y la de la cuenta de crédito, que son los documentos que como tal apreciados por la Sala de instancia señala el recurrente en apoyo de su tesis, acreditan solamente la verdad del hecho que respectivamente contienen, pero no aluden ni directa ni indirectamente a la existencia de un contrato verbal de arrendamiento de la mitad de la finca consabida, por lo que carecen del carácter de auténticos a los efectos de la casación que pudieran demostrar la evidente equivocación del juzgador, que teniéndolos en cuenta afirmó la no existencia del contrato. Además de que la alegación de documentos auténticos sólo hubiera estado en su lugar si de combatir un error de hecho se tratara y no el de derecho, que es el que se denuncia, respecto del cual, y por otra parte, tampoco es viable la imputada infracción, por inaplicación del artículo 1.248 del Código civil al enjuiciar la prueba testifica!, porque sabido es que este precepto, por su carácter admonitivo, ha sido declarado por la doctrina jurisprudencial como impropio de ser discutido en casación, y aparte de esto no hay en el presente litigio, que gira, como repetidamente se ha dicho, alrededor de la existencia o inexistencia de un contrato verbal, documentos o escritos que revelando lo contrario hayan de ser enfrentados con la prueba de testigos, respecto de cuya apreciación por los Tribunales tiene también reiteradamente enseñado la jurisprudencia que el criterio formado por la Sala de instancia, en uso de la facultad que tanto este artículo 1.248 del Código como el 659 de la Ley rituarial civil les confieren, no es recurrible en casación, y demostrado por todo lo anteriormente expuesto la improcedencia de las infracciones alegadas es forzoso desestimar este motivo segundo del recurso.

Tercero. Que desarrollada la argumentación del motivo primero de este recurso, que se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, sobre la base de la existencia de un contrato verbal de arrendamiento que habría de resultar probada al estimarse el motivo segundo, toda vez que ha sido rechazado éste ya no es posible sostener la falta de acción de la propietaria inscrita en la finca para demandar de desahucio por precario a quien tenía la posesión del fundo en concepto de arrendamiento, con la consiguiente indebida aplicación hecha por el Tribunal, *a quo*, de los artículos 1.574 y 1.575 del Código civil, y la infrac-

ción por inaplicación de los 1.543 y 1.571 del mismo cuerpo legal, que define el uno el contrato de arrendamiento y señala el otro la posición del comprador de una finca arrendada en relación con el arrendatario ocupante a efectos de la terminación del arrendamiento, que son los errores que en el motivo se denuncian, y aparte de que la aplicación de este último precepto no hubiera podido hacerse tan llanamente por hallarse subordinada a las disposiciones de la legislación especial sobre arrendamientos rústicos, es evidente que declarada la inexistencia del contrato verbal, tantas veces aludido, celebrado entre doña Carmen García de Cáceres y sus hijos, los demandados hoy recurrentes, no han podido cometerse por la Sala de instancia las infracciones que se acusan en este primer motivo y procede desestimarle y con él el recurso formulado.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 22 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—justicia municipal: reclamaciones de transporte por ferrocarril.**

*Las acciones derivadas del contrato de transporte por ferrocarril, que sean ejercitadas ante la jurisdicción ordinaria, se encuentran comprendidas en la Ley de 21 de mayo de 1936.*

#### SENTENCIA 24 NOVIEMBRE 1947

**Mercantil—propiedad industrial—nombre comercial—requisitos: exclusividad.**

*Para que el nombre comercial sea estimado como exclusivo tiene que ser único, lo que no cabe admitir cuando se usaron, indistintamente, diversos nombres para la designación del negocio.*

**Mercantil—propiedad industrial—nombre comercial: efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial.**

*Al que pretende haber adquirido el nombre comercial corresponde acreditar su adquisición, y al no haberlo hecho, tanto por no demostrar su uso exclusivo como su título de adquisición, es obligado a atenerse al registro del nombre a favor del demandado, conforme a la presunción establecida en el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial.*

**Mercantil—propiedad industrial—nombre comercial—efectos del registro.**

*El poseedor de un nombre comercial registrado tiene los mismos derechos reconocidos que el concesionario de una marca, conforme al artículo 207 del Estatuto de la Propiedad Industrial.*

**Mercantil—propiedad industrial—nombre comercial: prescripción adquisitiva.**

*Negada la existencia del uso de un nombre comercial claro y definido, puesto que es incompatible con la diversidad de nombres, no cabe pre-*

*tender que se cuente a su favor para la prescripción adquisitiva el tiempo que, en su caso, hubiera poseído tal nombre en unión de sus hermanos.*

**Mercantil—propiedad industrial—nombre comercial: efectos del registro.**

*No registrado el nombre comercial, no puede ser invocado el artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial.*

**Procesal—casación—infracción de ley—error de hecho: desestimación.**

*La valoración conjunta de las pruebas no es lícito destruir en casación por la apreciación aislada de algunos de sus elementos.*

**ANTECEDENTES.**—Don Ramón Figueras Rivas falleció en Tárrega, en 1927, intestado, dejando seis hijos, que por auto de 2 de abril del mismo año fueron declarados herederos por partes iguales del caudal relicto de dicho señor, del que formaba la parte principal un establecimiento de imprenta y librería, que, bajo el nombre de su propietario, desarrollaba sus actividades comerciales en la plaza indicada.

Siendo, a excepción de uno, todos sus hijos menores de edad, le fué confiada a aquél, llamado D. Antonio, la tutela de sus hermanos, y en uso de tal derecho administró los bienes pro-indiviso y entre ellos el establecimiento indicado, para lo cual se dió de alta en la Contribución Industrial, haciéndolo en propio nombre, en lugar de hacerlo a nombre de "Herederos de Ramón Figueras", como en realidad procedía.

En 30 de marzo de 1929, mayores de edad todos los hermanos, se efectuó la liquidación del caudal relicto, y por acta notarial D. Antonio Figueras abonó a sus hermanos una cantidad en metálico equivalente al valor de la hijuela de cada uno, dándose éstos por conformes y extendiendo a su favor la carta de pago correspondiente.

Continuó éste en la explotación del negocio, y en un local inmediato al mismo su hermano D. Juan estableció, en el tercer trimestre del año 1939, un negocio similar al suyo, con el nombre de "Imprenta y Librería de Juan Figueras, Hijo de R. Figueras".

En 24 de agosto de 1939 solicitó del Registro de la Propiedad Industrial la concesión del nombre comercial "Imprenta y Librería Figueras", nombre similar al que por aquella fecha utilizaba su hermano, siéndole otorgada la concesión en 25 de octubre de 1942, hecho que una vez logrado motivó que requiriera a su hermano para que antepusiera a la denominación de "Figueras" su nombre propio "Antonio", a lo que éste accedió.

En 30 de octubre de 1943, D. Antonio Figueras demanda a su hermano sobre impugnación de la concesión del nombre comercial, fundamentando sus pretensiones en tener adquirida la plena propiedad y dominio del citado nombre comercial.

La representación de la parte contraria alegó: 1.º, que el nombre no fué creado por la parte actora, sino que ésta se apropió el perteneciente al negocio de su padre fallecido; 2.º, la simultaneidad de nombres comerciales usados por el actor en el tiempo que alega para la consolidación de la propiedad por prescripción adquisitiva; 3.º, la falta de justo título, por darse la circunstancia de haber usado como propio un nombre que únicamente, en conjunto, con sus hermanos le correspondía, y 4.º, el haber reconocido el nombre registrado por no haberse opuesto a la inscripción en el plazo legal, y por no haber antepuesto su nombre al apellido común cuando fué requerido.

Fueron desestimadas en las instancias las pretensiones del actor, y éste interpuso recurso de casación, fundamentándolo en los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero y segundo. Número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Error en la apreciación de las pruebas, infrin-

giendo el artículo 1.230 del Código civil y el 580 de la Ley de E. C., así como las doctrinas de las sentencias de 21 de septiembre de 1886 y 18 de noviembre de 1887.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Violación por no aplicación de los artículos 1.058, 1.062 y 1.068 del Código civil.

Cuarto y quinto. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Violación de los artículos 1.º y 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial y de las sentencias de 19 de abril de 1913, 22 de mayo de 1915 y 15 de marzo de 1924, ya que dichos artículos establecen que la Ley no crea la propiedad industrial, limitándose a reconocer el derecho que haya adquirido el interesado por la prioridad del uso, y porque el artículo 14 se refiere solamente a las marcas y no a los nombres comerciales.

Sexto. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C., con carácter subsidiario del anterior: Violación del citado artículo 14, ya que existían los requisitos necesarios para la prescripción adquisitiva.

Séptimo. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Violación por inaplicación del artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial, ya que no puede considerarse válida la concesión de un nombre comercial que pertenece pro-indiviso a todos los hermanos, según se afirma en la misma sentencia.

CONSIDERANDOS. — Primero. Que en el primer motivo del recurso se alega error de derecho en la apreciación de la prueba, amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con infracción de los artículos 580 de dicha Ley y 1.232 del Código civil, relativos al valor de la confesión judicial, por suponer el recurrente que el demandado, al declarar que la totalidad de los bienes de su difunto padre, D. Ramón Figueras, según acuerdo adoptado por el Consejo de Familia de los herederos menores, fueron valorados en la suma de 25.500 pesetas, y que el pago de esta suma, como se pregunta en la posición cuarta, no fué efectuado por D. Antonio Figueras hasta 31 de mayo de 1939, en cuya fecha se otorgó la correspondiente carta de pago, dándose los herederos por completamente saldados y finiquitados con respecto a aquél por cuanto les correspondía por la herencia indivisa de su difunto padre, mediante la percepción en metálico de las partes correspondientes a la misma, haciendo la salvedad el confesante al contestar de que no se daba por saldado respecto a la herencia de su padre en la venta de material, maquinaria y utensilios, vino a reconocer que el demandante había adquirido el nombre comercial "Imprenta y Librería Figueras" en litigio, no pasa de ser una interpretación personal del demandante de la prueba mencionada, ya que para estimar, confesado por el demandado, el hecho de la compra por aquél del nombre comercial sería preciso que clara y concretamente hubiera manifestado haber enajenado a su hermano el referido nombre, lo que no ha afirmado y viene a estar en contradicción con la escritura de adjudicación, en la que no se le menciona para nada, y con toda su posición en el debate judicial, por lo que procede desestimar el primer motivo del recurso.

Segundo. Que otro tanto cabe decir del segundo, en el que fundado en el propio número y artículo de la Ley procesal se aduce error de hecho en la apreciación de la prueba al no estimar justificado el dominio del actor sobre el nombre comercial antes citado, invocando como docu-

mento auténtico la escritura de adjudicación de que se ha hecho mérito, porque parte de lo que expresa el considerando quinto de la sentencia recurrida de tal escritura no aparece vendido a su hermano D. Antonio por los demás herederos de su padre D. Ramón, y especialmente por su hermano D. Juan, el nombre comercial que se dice usado por aquél, ya que en ella sólo se alude a haberse formado inventario de las máquinas y material de imprenta y librería que había tenido su padre, más para nada se hace referencia a dicho nombre comercial; ello aparte, tanto con respecto a éste como al motivo anterior, de que se trata de una valoración conjunta hecha de las pruebas por el juzgador que no es lícito destruir por la apreciación aislada de alguno de sus elementos, y en la que se llega, por cierto, a negar la existencia del nombre comercial que para ser estimado como exclusivo tiene que ser único, lo que no cabe admitir desde el momento en que se afirma por la sentencia que el actor usó indistintamente diversos nombres para la designación de su negocio en el período a que se refiere la demanda.

Tercero. Que los restantes motivos tienen una causa general de desestimación, porque se basan en hechos diversos de los sentados por la sentencia, cuyas apreciaciones en materia de prueba aparecen combatidas sin éxito en los dos primeros motivos del recurso, y por ello sólo sería procedente su desestimación.

Cuarto. Además, y en cuanto al motivo tercero en el que sobre la base del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de trámite, se alega la infracción de los artículos 1.012, 1.058 y 1.068 del Código civil, prescripciones las de los dos primeros artículos que nada tienen que ver con el problema ventilado en el pleito, siendo la del último relativa a la participación también ociosa, puesto que no se demuestra la adquisición por el demandante del nombre comercial usado por su hermano, así como la del artículo 11 del Estatuto de la Propiedad Industrial debe igualmente ser desestimado, porque este artículo establece la indivisibilidad de las concesiones de nombres comerciales, sin perjuicio de las concesiones hechas por voluntad del concesionario; pero como se niega la existencia de tal cesión, es vista la imposibilidad de apreciar la infracción del citado precepto.

Quinto. Que en cuanto al motivo cuarto, en el que se aduce, con invocación del citado número 1.º del artículo 1.692, la infracción del artículo 1.º de la Ley de Propiedad Industrial y de la doctrina legal que se invoca, debe también ser rechazado, porque si bien es verdad que la Ley no crea la propiedad industrial, sino que su función se limita a reconocerla, y que conforme al artículo 14 de la expresada Ley el certificado de concesión (de la misma) constituye una presunción *juris tantum* de propiedad que puede ser destruída por la prueba en contrario, consolidándose el dominio a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título, no es menos cierto que al actor que pretende haber adquirido el nombre comercial que reclama correspondía acreditar su adquisición, y al no haberlo verificado, tanto por no demostrar su uso exclusivo como su título de

adquisición, es obligado atenerse al registro del nombre a favor del demandado.

Sexto. Que el motivo quinto, donde con el propio fundamento procesal se alega la infracción del expresado artículo 14, por entender hipotéticamente que éste es sólo aplicable a las marcas, pero no a los nombres comerciales, es improcedente por cuanto el artículo 267 del Estatuto de la Propiedad Industrial preceptúa que el poseedor de un nombre comercial registrado tiene los mismos derechos reconocidos que el concesionario de una marca.

Séptimo. Que en lo referente al sexto motivo, donde al amparo del número 1.º del artículo 1.692 se alega nuevamente la infracción del artículo 14 arriba citado para el caso de que se estime aplicable, como así lo es, a los nombres comerciales, procede su desestimación, porque, en primer término, el actor no registró su derecho como exige el artículo 14 indicado en su último párrafo; pero es que además, negada la existencia del uso de un nombre comercial claro y definido, puesto que éste es incompatible con la diversidad de nombres, nunca cabría pretender, como lo hace el recurrente, que se contara a su favor el tiempo que, en su caso, hubiera poseído tal nombre en unión de sus hermanos.

Octavo. Que el séptimo y último motivo del recurso, en el que se acusa la infracción del artículo 199 del Estatuto de la Propiedad Industrial, en cuanto establece el carácter potestativo del Registro y el derecho del que tiene registrado un nombre comercial a su uso exclusivo y a proceder contra el que utilizare uno igual o semejante con posterioridad a su Registro, carece igualmente de fundamento para la casación de la sentencia, porque aparte de las consideraciones arriba indicadas, no registrado el nombre comercial por el actor, no puede ser invocado dicho artículo como medio para hacer prevalecer el recurrente, el que según su demanda viene utilizando, contra el demandado que lo tiene registrado, debiendo por todo ello ser desestimado el séptimo y último motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—sumisión tácita.**

*De acuerdo con constante y reiterada jurisprudencia, preciso es estimar como sometido tácitamente a quien acude al Juzgado, después de emplazado para un juicio de alimentos provisionales, excusando su comparecencia en el día señalado para el juicio por encontrarse enfermo.*

#### SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 1947

**Civil—arrendamientos urbanos—excepción a la prórroga obligatoria: por necesitar para sí el local de negocio.**

*Para que proceda la excepción a la prórroga del contrato, cuando el arrendador lo desee para sí, es condición precisa que, como establece el*

*artículo 77 de la Ley, que sea por necesidad de su negocio y no sólo por su comodidad o conveniencia.*

**Procesal—arrendamientos urbanos—recurso por injusticia notoria: error en la apreciación de la prueba.**

*El reconocimiento judicial de una fábrica o una sentencia anterior revocada, y como tal sin efecto, no pueden acreditar el supuesto error en la apreciación de la prueba para dar lugar al recurso por la causa cuarta del artículo 169 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.*

ANTECEDENTES.—Por D. Juan del Alamo se formuló demanda sobre desahucio, por necesitar el local para ampliar su industria, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2, de Madrid, contra D. Aquilino Ruiz, fundada en que el demandante, propietario de un inmueble, sito en esta capital, arrendó al demandado, por contrato de 30 de marzo de 1937, obligado por las circunstancias, la tienda que actualmente ocupa en el citado inmueble. A raíz de la publicación de la Ley de 5 de noviembre de 1940 (contratación en zona roja), requirió a dicho demandado para que desocupara dicha tienda, en evitación de la acción de nulidad que entablaría en otro caso; pero que a pesar de que el demandado ofreció desalojarla, tan pronto pudiera trasladarse al local que ocupaba con anterioridad al 18 de julio de 1936, no cumplió su palabra, habiéndole requerido notarialmente.

El demandado se opuso a la demanda, por no ser ciertas las causas del desahucio que se alegaban por el demandante, pues no lo era que éste tuviera necesidad de ampliar su industria, por ser modestísima, recién instalada casi y puesta para poder coaccionar a sus inquilinos comerciantes; añadiendo además que el acto de conciliación, cuya certificación se acompaña a la demanda, había perdido sus efectos legales por haber transcurrido los dos años prevenidos en la Ley de E. C.

Tramitado el juicio de desahucio con arreglo a la Ley, se dictó sentencia en 16 de noviembre de 1946, no dando lugar a la demanda.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Infracción por interpretación errónea de los apartados a) y c), respectivamente del artículo 5.º de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936 con la Orden ministerial de 8 de noviembre de 1944, toda vez que, aun en la tesis de que esta Orden no signifique una nueva causa de desahucio, no cabe negar que la ampliación del negocio a que alude debe merecer esta consideración.

Segundo. Causa cuarta del artículo 169: Error en la apreciación de la prueba, basado en que en el acta de reconocimiento judicial se dice es insuficiente la habitación destinada a exposición, así como hay otros cuartos llenos, en su mayor parte, de mosaicos fabricados.

El recurrido impugnó el recurso por tener que proceder al recurso por injusticia notoria el de apelación.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en la sentencia recurrida no se ha cometido ninguna de las supuestas infracciones de los preceptos que se citan en el primer motivo del recurso, porque lejos de estimar probada la necesidad alegada, deduce de la realidad demostrada que D. Juan del Alamo y Reyter no desea la ocupación del local arrendado a D. Aquilino Ruiz López por necesidad de su negocio, sino para comodidad y conveniencia, por lo que es improcedente el recurso por esa primera causa.

Segundo. Que el funcionamiento anterior de la fábrica del demandante con mayor número de obreros que actualmente, en el mismo local, sin

haber demostrado ni la supuesta disminución de la venta de los productos fabricados ni que ésta, caso de ser cierta, fuese debida a la falta de local para exposición, se opone a la convicción de que esa falta, que no lo fué antes, sea la causa de que sólo pueda trabajar actualmente un solo obrero.

Tercero. Que ni el reconocimiento judicial de la fábrica del demandante, ni una sentencia anterior revocada, y como tal sin efecto, pueden acreditar el supuesto error en la apreciación de la prueba para dar lugar al recurso por la causa cuarta del artículo 169 de la Ley citada, que exige la manifestación del error por la documental o pericial que obra en autos, y, siendo aquéllos los únicos elementos en que se funda el segundo motivo, es también por éste improcedente el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

#### SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 1947

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—resolución: inaplicación de los preceptos del Código civil.

*No es de apreciar infracción de los artículos 1.555 y 1.559 del Código civil cuando la causa en que se apoya la acción resolutoria de contrato de arrendamiento está expresamente regulada en la legislación especial y no se trata de un arrendamiento de industria, sino de locales para negocio y vivienda.*

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—resolución: aplicación de la legislación especial.

*Para ejercitar la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento urbano, con petición expresa de que sean devueltos al arrendador los locales arrendados, es legislación aplicable la especial de alquileres*

Procesal—arrendamientos urbanos—recursos—injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba.

*Debe ser desestimado el recurso cuando se fundamenta en hipotéticos hechos que contradicen los afirmados en la sentencia recurrida y no se señala concretamente prueba alguna documental o pericial que, de acuerdo con la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, acredite de modo manifiesto el error en que haya podido incurrir el juzgador de instancia al apreciar la prueba obrante en autos.*

ANTECEDENTES.—El 14 de agosto de 1946 se promovió demanda por los trámites de juicio de menor cuantía, en la que se solicitaba que se declarara rescindido y resuelto el contrato de arrendamiento celebrado con don Sebastián Roig Vicens, condenándosele a la entrega al actor; que se declarara que D. Ramón Manresa Andrés y D. Juan Company Colom carecen de título que les permita ocupar y detentar los locales en la que cada uno ocupa y tiene, condenándolos a ponerlos a disposición del demandante, y que se condenara al Sr. Roig y al Sr. Manresa a que derruyan las habitaciones que habían construido, realizando las obras pertinentes para que el edificio recupere el ser y estado que tenía cuando fué dado en arren-

damiento. En la demanda se exponía que por contrato de 1 de enero de 1941 se había dado en arrendamiento al Sr. Roig un local que destinaria el inquilino a vivienda y café y otro local que habría de ser destinado a almacén, sin que ninguno de ellos se pudiera destinar a comercio ni industria alguna y con prohibición de subarriendo total y parcial y de realizar obras sin permiso por escrito del arrendador. Contrariando estas estipulaciones, el arrendatario no habitaba la finca dedicada a vivienda; había subarrendado a D. Ramón Manresa, quien a su vez las había cedido, habitaciones mediante pago, realizándose para ello obras de construcción de habitaciones de reducidas dimensiones. Los demandados contestaron a la demanda negando los hechos, con la súplica que se declarase nulo lo actuado, por ser el procedimiento adecuado para dirimir esta cuestión el regulado en el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, o, en otro caso, se les absolviera de la demanda.

El 16 de noviembre de 1946 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, desestimatoria de la demanda tramitada por las reglas del juicio de menor cuantía, fundándose el fallo sustancialmente en que no se habían justificado los hechos de la demanda que, con arreglo a los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, podrían determinar la conclusión del contrato.

Contra ella se formalizó recurso de injusticia notoria par la parte demandante, basada en los siguientes

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Injusticia notoria por inaplicación de los números 2.º y 3.º del artículo 149 de dicha Ley, por haber subarrendado la vivienda y el local de negocio sin cumplir los requisitos de su capítulo IV, sin que tuviera aplicación a este caso la disposición transitoria 2.ª, porque la demanda se entabló antes de octubre de 1946. Para el supuesto de que no estimara de aplicación la Ley de Arrendamientos por no ser de efecto retroactivo, según la disposición transitoria 13, el artículo 149 considera el recurrente como infringidos diversos preceptos de la legislación común que debe coexistir con la especial, citando las sentencias de 31 de diciembre de 1946, 5 de diciembre de 1941, 4 de noviembre de 1943 y 12 de junio de 1944.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Injusticia notoria por inaplicación del artículo 1.555 del Código civil y desconocimiento de las sentencias expresadas en el motivo anterior y del apartado b) del artículo 5 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en cuanto no se halle previsto en el Decreto de 21 de enero de 1936 al dedicar el local a hospedaje sin que sea de aplicación el párrafo último de este apartado.

Tercero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: Injusticia notoria por infracción del apartado b) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en cuanto no se halle previsto en el Decreto de 21 de enero de 1936, al realizar los inquilinos obras sin el permiso del arrendador.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que ejercitada en estos autos por la vía del juicio declarativo de menor cuantía la acción resolutoria de un contrato de arrendamiento urbano, con petición expresa de que sean devueltos al arrendador los locales arrendados, procede ante todo declarar que la legislación, en primer término, aplicable no es la de derecho común, en que sustancialmente se funda la demanda, sino la legislación especial de alquileres, porque las causas en que se apoya la acción resolutoria—subarriendo, destino distinto del pactado y realización de obras sin autorización—están expresamente reguladas en ella y son de aplicación pre-

ferente en los casos previstos en la misma, por lo que no es de apreciar la infracción de los artículos 1.555 y 1.559 del Código civil, alegada en este recurso, ni tampoco la de la doctrina legal que se cita en los motivos primero y segundo, porque no se trata en este pleito de un arrendamiento de industria, al margen de la legislación especial, sino de locales para negocio y vivienda, que están de lleno comprendidos en el ámbito de dicha legislación.

Segundo. Que por versar la contienda sobre acción resolutoria de un arrendamiento urbano, ejercitada con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley de 21 de marzo último, no son vitales tampoco las infracciones que se alegan del artículo 149, causas segunda y tercera de dicha Ley, porque a tenor de lo ordenado en su disposición transitoria 13 no tiene efecto retroactivo el capítulo XI, en el que está comprendido dicho artículo 149.

Tercero. Que eliminados los motivos de este recurso en cuanto se apoyan en supuestas infracciones de normas de derecho común y del derecho especial, que entró en vigor el 3 de abril último, habrán de ser desestimadas también las infracciones que se alegan del artículo 5.º, apartados b) y d) del Decreto de 31 de diciembre de 1931, en relación con el de 21 de enero de 1936, en particular con su artículo 9.º, porque todas estas infracciones las funda el recurrente en hipotéticos hechos que contradicen los afirmados en la sentencia recurrida, y no se señala concretamente en el recurso prueba alguna documental o pericial que de acuerdo con la causa cuarta del artículo 169 del texto articulado de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, normativa del nuevo derecho formal sobre recurso extraordinario por injusticia notoria, acredite de modo manifiesto el error en que haya podido incurrir el juzgador de instancia al apreciar la prueba obrante en autos; razones por las que procede la desestimación de los tres motivos del recurso.

**FALLO.**—No ha lugar.

#### SENTENCIA 27 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal: justicia municipal.**

*Con arreglo a la doctrina establecida en las sentencias de 17 mayo, 19 junio y 13 julio de 1946 y a lo dispuesto en el Decreto de 24 de enero de 1947, las reglas de competencia establecidas en la Ley de 21 de mayo de 1936 son aplicables a todo procedimiento civil ordinario sometido a la jurisdicción de los Jueces municipales, comarcales y de paz, salvo precepto especial que disponga otra cosa.*

#### SENTENCIA 27 NOVIEMBRE 1947

**Civil—contratos—arrendamientos urbanos: interpretación de las normas de la legislación especial.**

*Dada la tendencia social y en muchos aspectos proteccionista del inquilino, que el legislador ha imprimido al arrendamiento urbano, es im-*

*pone una aplicación extensiva de aquellas normas que, cual la reguladora del retracto, se encaminan a favorecer la situación del arrendatario.*

**Civil—contratos—arrendamientos urbanos—retracto: en caso de transmisión de participación indivisa.**

*Aun en régimen de aplicación estricta de las normas reguladoras del retracto del arrendatario no hay razón para restringir esta acción al caso de transmisión integral del dominio con exclusión del de venta de participaciones indivisas, por lo fundamental es que exista venta o dación en pago con posibilidad de subrogación.*

**Civil—contratos—arrendamientos urbanos—retracto: aplicación analógica de la legislación especial sobre arrendamientos rústicos.**

*El artículo 16 de la Ley de 15 de mayo de 1935 autoriza el retracto de fincas, de porciones determinadas o de participaciones indivisas, y no tiene explicación razonable la restricción del retracto urbano al primero de estos supuestos, porque donde hay la misma razón se debe aplicar la misma norma de derecho<sup>1</sup>.*

**Civil—contratos—compraventa: perfección y consumación en las celebradas por subasta.**

*La celebración de una subasta para una venta sólo implica la perfección del contrato y la entrega de parte del precio, comienzo del periodo de consumación, que no se entiende cerrado mientras no tengan realidad la prestación y contraprestación que constituyen la causa de la venta.*

**ANTECEDENTES.**—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Briviesca se tramitó juicio de retracto por D. Víctor Ruiz Capillas Cormezana contra D. Julio Ruiz Capillas Cormezana, que se fundó en que el actor es inquilino de una casa sita en Busto de Bureba, propiedad en sus tres cuartas partes de los hermanos Dolores, Andrés, Josefa y Catalina, y por cuyo alquiler pagaba 15<sup>^</sup> pesetas anuales. Con fecha 31 de marzo de 1947 el

1. La solución dada por la sentencia a la cuestión planteada del ejercicio del derecho de retracto en caso de venta de participación indivisa de la finca arrendada la estimamos acertada, y la argumentación contenida al final del tercer considerando tiene un valor definitivo. En cambio, la justificación—completamente innecesaria—que hace utilizándose la argumentación analógica resulta resbaladiza en un punto que ha de afrontarse en la Ley de Arrendamientos Urbanos con la nueva y poco feliz expresión de su artículo 13. La fórmula de Alcázar tiene su aplicación en nuestro Código civil como un principio general del Derecho, por lo que dispone su artículo 6.º, y al dar por supuesta la aplicación de este principio se elude la de un precepto legal—el del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos—cuyo alcance es muy conveniente se determine.

Por otro lado, la sentencia no induce lo que la Ley de Arrendamientos Urbanos hubiera podido decir en este supuesto, sino que aplica la Ley especial de 15 de marzo de 1935 a un caso de arrendamiento, no rústico, sino urbano y de muy dudoso alcance, pues de los antecedentes de la propia sentencia parece desprenderse la imposibilidad de que al supuesto de hecho a que se refiere el recurso se le pudiera considerar incluido en la legislación de arrendamientos rústicos por tratarse de un arrendamiento entre colaterales de segundo grado que queda exceptuado por lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, y reconocido así en las sentencias de la Sala de Social de 11 de octubre de 1940 y 29 de octubre de 1945.

Notario de Briviesca comunicó al demandante la decisión de los propietarios de vender dichas tres cuartas partes en 18.750 pesetas a D. Julio Ruiz Capillas. Asimismo, y por el administrador de la referida casa, D. Antonio Ruiz Capillas, le fué entregado al actor un recibo de fecha 19 de abril de 1947, por el que se hacía constar, entre otros extremos, que las repetidas partes de la casa "habían sido vendidas, o mejor dicho, se había hecho escritura pública de ellas". Simultánea a la presentación de la demanda, se hizo la consignación por el actor de 18.750 pesetas y 1.000 pesetas más en concepto de gastos de legítimo abono, sin perjuicio de ampliar estas cantidades si necesario fuera, así como la promesa de acatar todas las obligaciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos previene, suplicando se dictare sentencia declarando haber lugar al retracto de las tres cuartas partes que han sido vendidas de la casa ya descrita.

En el escrito de contestación a la demanda se reconocieron los hechos y se alegó que no existía desconocimiento por parte del actor de la venta de la ya referida casa, pues se había celebrado en 29 de octubre de 1946 en pública subasta, a la que el demandante había acudido pujando incluso por la casa en cuestión<sup>1</sup>.

Seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia, con fecha 3 de julio de 1947, dictó sentencia desestimando la demanda.

**MOTIVOS DEL RECURSO.**—Por injusticia notoria, basada en los siguientes motivos: Primero. Infracción del artículo 63 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto este precepto estableció el derecho de retracto a favor del inquilino de vivienda o local de negocio, en los casos de venta por pisos, realizados con posterioridad al 1.º de enero de 1947, cuyo precepto se hace extensivo al caso de tratarse de una vivienda o local de negocio cuando en la finca sólo existiese un arrendatario.

Segundo. Infracción del artículo 66 de la citada Ley, en cuanto que éste determina que el tanteo y retracto tendrán preferencia sobre cualquier derecho similar con excepción del de condeño.

Tercero. Infracción del artículo 13 de la misma Ley, porque por este precepto se determina que en los casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prevista en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía; por lo que cabe aplicar en el presente caso el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1945, que dispone que en el caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, de porción determinada o de participación indivisa de la misma, podrá el arrendamiento ejercitar el derecho de retracto.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que sobre la base cierta y aceptada en la sentencia recurrida, como resultado probatorio de que la casa en litigio consta de dos plantas integrantes de una sola vivienda ocupada por el demandante, el tema único decidido en el fallo de instancia e impugnado en este recurso se concreta a dilucidar si la acción de retracto que el artículo 64 del texto articulado de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos concede al inquilino de piso o de finca con una sola vivienda que sea vendido, únicamente procede si la venta recae sobre el dominio integral del piso o finca—tesis del Juez de instancia—o si se extiende también al supuesto—que es el de autos—en que lo vendido fué una participación de tres cuartas partes de la casa arrendada al demandante—tesis del presente recurso.

1. V. el Considerando sexto, que aclara la exposición de hecho.

Segundo. Que dada la tendencia social y en muchos aspectos proteccionista del inquilino, que el legislador ha imprimido al arrendamiento urbano, se impone una aplicación extensiva de aquellas normas que, cual la reguladora del retracto, se encamina a favorecer la situación del arrendatario, pero aun en régimen de aplicación estricta, no hay razón para restringir la acción de retracto al caso de transmisión integral del dominio con exclusión del de venta de participaciones indivisas, porque, tanto en uno como en otro caso se puede conseguir la finalidad de facilitar al arrendatario el acceso a la propiedad de su vivienda o local de negocio, con mayor o menor amplitud del derecho de dominio que por la acción de retracto se adquiere, sin que se aprecie dificultad alguna en la subrogación del retractor en el lugar del comprador de porciones indivisas, pues en este último supuesto también aquél deviene propietario, con la posibilidad de llegar a ser dueño único del piso o finca mediante la adquisición de las restantes participaciones en futuras ventas, no tan sólo por su condición de arrendatario, sino también y preferentemente por la del condueño.

Tercero. Que frente a esta interpretación finalista de la norma no debe darse cabida a una interpretación restrictiva a pretexto de que los términos de los artículos 63 y 64 de la Ley aluden a venta de pisos o fincas, porque lo fundamental es que exista venta o dación en pago con posibilidad de subrogación, que es el requisito en materia de retracto, y que no resulta estéril la voluntad del legislador, como fácilmente podría resultar si comprador y vendedor, actuando en fraude de la Ley, se confabulasen para burlar el derecho del arrendatario refiriendo primèramente la venta a una cuota parte del piso o finca, seguido más tarde por la de las restantes cuotas.

Cuarto. A mayor abundamiento, que en materia de arrendamientos rústicos, de igual tendencia social que la de los urbanos, el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 autorizaba el retracto de *fincas*, de porciones determinadas o de *participaciones indivisas*, no tendría explicación razonable la restricción del retracto urbano al primero de estos supuestos, porque donde hay la misma razón se debe aplicar la misma norma de derecho.

Quinto. Que por lo expuesto, procede estimar la infracción en la sentencia recurrida de los artículos 63 y 64 de la nueva Ley, según se denuncia en el motivo primero del recurso, y ya en trance de resolver las restantes alegaciones del demandado en su oposición a la demanda de retracto—no examinadas en la sentencia recurrida—, conviene ante todo fijar los siguientes hechos procesales, tal como resultan de las pruebas de confesión y testifical practicadas en estos autos: Primero, en octubre de 1946 y ante Notario, se celebró la subasta de la casa a que se refiere este pleito, la cual pertenecía por cuartas partes a cuatro hermanos, resultando mejor postor el demandado, quien en el acto entregó a cuenta del precio ofrecido por la *totalidad de la finca* el 10 por 100 del mismo. Segundo, transcurrió el año 1946 sin que se otorgase la escritura pública de venta, se completase el precio, ni se hiciera entrega de la finca al comprador. Ter-

cero, el 31 de marzo de 1947 se hizo saber al inquilino demandante la decisión de vender una participación de *tres cuartas partes* de la casa al demandado por precio inferior al ofrecido en la subasta referida. Cuarto, el 19 de abril de 1947 tuvo conocimiento el arrendatario de que se había otorgado escritura pública de venta de las tres cuartas partes de la finca, y el 25 del mismo mes se formuló la demanda de retracto, sin que conste que el título de compraventa haya sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

Sexto. Que con estos antecedentes de hecho procede desestimar al restante motivo fundamental de oposición al retracto, mediante el que, partiendo de la apreciación jurídica de que la venta se perfeccionó y consumó por entrega de parte del precio en octubre de 1946, se mantiene la tesis de que es improcedente el retracto que por primera vez estableció la base sexta de la Ley de 31 de diciembre de 1946 en favor del arrendatario de piso o finca con una sola vivienda o local de negocio, puesto que dicha base sólo ampara el retracto en caso de venta realizada a partir de 1.º de enero de 1947; pero la tesis descansa en el supuesto equivocado de que la consumación de la venta, base o punto de partida para el cómputo del plazo de la acción de retracto, se efectúa en octubre de 1946, cuando lo cierto es que no se realizó hasta bien entrado el año 1947, ya que la subasta implica sólo perfección del contrato y la entrega de parte del precio, comienzo del período de consumación que no se entiende cerrado mientras no tengan realidad la prestación y contraprestación que constituyen la causa de la venta y no hay constancia alguna de que por lo menos la entrega de la cosa por tradición real o *ficta*, haya tenido efecto hasta después del 31 de marzo de 1947; aparte la consideración de que la subasta recayó sobre la *totalidad* de la casa y lo que en definitiva se consumó por *precio distinto*, mediante escritura pública que se otorgó con posterioridad a dicho 31 de marzo fué la venta de *tres cuartas partes* de participación en la casa, no de sus *cuatro cuartas partes subastadas*, y como quiera que no hubo inscripción en el Registro, y la demanda de retracto ha sido entablada dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que el arrendatario tuvo conocimiento de la transmisión, es visto que cumplidos todos los requisitos que exige el artículo 64 de la nueva Ley, en relación con el 1.518 del Código civil, debe ser estimada la demanda de retracto.

Séptimo. En cuanto a costas, que son de aplicación los párrafos finales de los artículos 171 y 175 de la nueva Ley.

FALLO.—Ha lugar.

#### SENTENCIA 28 NOVIEMBRE 1947

Procesal—competencia—sumisión expresa.

*La "tarjeta roja" expedida por el Sindicato del Espectáculo no puede servir como complemento para justificar una sumisión, no sólo porque en ella no aparece nombre del demandado, sino porque falta todo dato relativo tanto al crédito, cuyo pago se pretende, como a la cantidad reclamada.*

## SENTENCIA 28 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: contrato de mandato o de arrendamiento de servicios.**

*Es regla, mantenida por constante jurisprudencia, que en los casos de gestiones o servicios por agentes o mandatarios en cumplimiento de órdenes recibidas, la competencia se atribuye al Juez del lugar donde los servicios se prestaron.*

## SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal—contra varios demandados: cuando existe solidaridad a estos efectos.**

*El párrafo 2.º, regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de E. C. no exige, según doctrina de esta Sala, que la solidaridad tenga su origen en vínculos contractuales preexistentes, bastando que nazca lógicamente del ejercicio de la acción, atendido el principio de la indivisibilidad de las normas reguladoras de la competencia y a la acumulación cuando ésta no sea arbitraria.*

## SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1947

**Civil—dominio—acción reivindicatoria: requisitos.**

*Son requisitos indispensables para el ejercicio de la acción reivindicatoria la existencia de título de dominio, la identidad de la cosa reclamada y su detentación por el demandado.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error en la apreciación de la prueba: en la acción reivindicatoria.**

*La prueba de los hechos integrantes de los requisitos indispensables para el ejercicio de la acción reivindicatoria es de la competencia del Tribunal sentenciador, sólo impugnabile por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C., según tiene declarado esta Sala.*

**Procesal—casación—infracción de ley: normas infringidas que no dan lugar al recurso.**

*La infracción del artículo 504 de la Ley de E. C. no puede dar lugar a un recurso de casación por infracción de Ley.*

**Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de derecho en la apreciación de la prueba: necesidad de citar la norma infringida.**

*Para que un recurso fundado en error de derecho al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C. pueda prosperar, es necesario citar concretamente el artículo relativo al valor de las pruebas que haya resultado infringido.*

**Civil—dominio—acción reivindicatoria—requisitos: necesidad de impugnar el título del demandado.**

*Si bien es cierto que para que la acción reivindicatoria prospere cuando el demandado tiene un título más o menos firme, es preciso obtener previa-*

*mnte la declaración de nulidad del mismo, no lo es menos cierto que no es necesario cuando ambas partes derivan sus derechos de documentos y hechos diversos sin relación ni dependencia.*

**ANTECEDENTES.**—Don Agustín Taléns Abalda y otros demandaron a don Joaquín Llobet Martí, exponiendo que siendo dueños de un motor de aceite pesado, marca "Modaag", de las características que señalan, por haberlo adquirido a la casa "Vita, S. A.", de Valencia, habían disfrutado quieta y pacíficamente de su posesión hasta que les fué expoliado durante la dominación roja. Conociendo actualmente que dicho motor se encontraba en poder del demandado, e instalado en una finca de la que éste era copropietario, en Palma de Gandía, partida de "Els Valls", ejercitaba acción reivindicatoria basándola en los fundamentos de derecho que creía pertinentes y solicitaba sentencia declaratoria de su derecho, con condena a los demandados de acuerdo con la acción ejercitada y con la indemnización correspondiente.

Contestaron los demandados negando el carácter de propietarios que se atribuían los demandantes sobre el motor instalado en "Els Valls", afirmando que el certificado de la casa "Vita, S. A.", que adjuntaban a la demanda era falso e insuficiente, ya que para la identificación era preciso consignar el número de fabricación; que no coincidían la potencia del reclamado y la del de su propiedad, y que éste había sido adquirido por compra a los señores que cita, según acreditaba el documento privado que acompañaba y que firmaban como testigos el Notario de Gandía y un Corredor de fincas colegiado; pero que, aunque fuera el motor a que los demandantes se refieren, no podía prosperar la acción reivindicatoria por haber disfrutado de su posesión durante más de tres años en concepto de dueño, quieta, pacífica, pública e ininterrumpidamente y haberlo adquirido a virtud de contrato válidamente celebrado.

El Juzgado dictó sentencia desestimatoria por no haberse demostrado la concurrencia de los requisitos inherentes a la acción reivindicatoria, con expresa condena en costas.

Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia dictó sentencia desestimando la existencia de prescripción, declarando la propiedad a favor de la parte actora y condenando, en consecuencia, a los demandados a entregar en el plazo de tres días el motor objeto del litigio y al abono de la indemnización que se regularía en el período de ejecución de sentencia.

Don Joaquín Llobet formalizó recurso de casación por infracción de la Ley, basándose en los siguientes

**MOTIVOS.**—Primero. Números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; infracción de los artículos 384 y siguientes del Código civil, y de las sentencias de 21 de febrero de 1941, 1.º de mayo y 20 de junio de 1942; artículos 5.º 4 de la Ley de E. C. en relación con el 1.227 del Código civil.

Segundo. Números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.; infracción del artículo 474 del Código Civil, en relación con el 1.955 del mismo texto, y las sentencias de 6 de marzo de 1914, 6 de julio de 1920, 11 de noviembre de 1929, 6 abril y 9 de diciembre de 1899, 7 de diciembre de 1904 y 2 de marzo de 1912, al no estimar la prescripción reuniendo todos los requisitos necesarios para apreciarla.

**CONSIDERANDOS.**—Primero. Que el primer motivo del recurso se funda en la infracción del artículo 348 del Código civil y de la doctrina de este Tribunal, que establece como requisitos indispensables para la acción reivindicatoria la existencia de título de dominio, la identidad de la cosa reclamada y su detentación por el demandado, y aunque es cierto que tales re-

quisitos son indispensables para el éxito de una acción de tal naturaleza, también lo es, y así viene declarado por la jurisprudencia de esta Sala, que la prueba de los hechos integrantes de los requisitos expresados es de la competencia del Tribunal sentenciador, sólo impugnabile por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y como en el caso presente dicho Tribunal ha declarado probado que los actores adquirieron el motor cuya propiedad reclaman mediante compraventa realizada a la Sociedad Anónima "Vita", y asimismo que se hallaban en la posesión efectiva de aquél, posesión que sería por sí misma suficiente en defecto de título, ya que la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe equivale al título, por virtud de lo dispuesto en el artículo 464 del Código, y como también se han declarado probados por el Tribunal *a quo* la identidad de la cosa reclamada y su detentación por el demandado recurrente, es visto que concurren todos los requisitos necesarios para que la acción reivindicatoria prospere sin que la Sala haya cometido la infracción del texto legal citado ni la jurisprudencia a que el recurrente alude, así como tampoco se demuestra que haya cometido ningún error de derecho en la apreciación de las pruebas, como dicho recurrente afirma, sin citar concretamente el artículo relativo al valor de las pruebas que haya resultado infringido, como hubiera sido necesario hacerlo, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, para que un recurso fundado en el error de derecho a que se refiere el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil pudiera prosperar.

Segundo. Que el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se cita como infringido en el mismo motivo, se refiere al requisito procesal de acompañarse a toda demanda o contestación al documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho, y la infracción de un precepto de esta clase no podría dar lugar a un recurso de casación por infracción de Ley, aun en el supuesto de que se hubiera producido; lo que no ha tenido lugar en el presente, en que los actores acompañaron a su demanda la certificación acreditativa de la compraventa del motor y cuyo documento utilizaban como documento de su derecho.

Tercero. Que el artículo 1.227 del Código civil establece que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros, sino cuando hubiere quedado autenticada por los medios que dicho precepto determina y que responden a la necesidad de evitar que la anticipación intencionada de la fecha de un documento de tal clase perjudique a quien no hubiese intervenido en él, pero la sentencia recurrida no otorga eficacia en perjuicio de tercero a la fecha no autenticada de ningún documento privado, ya que lo único que declara es que la certificación acompañada por los actores a su demanda, si se tiene en cuenta la desaparición de los archivos de la Sociedad Anónima "Vita", vendedora del motor, y las circunstancias que concurren en el firmante de tal certificación, ingeniero y gerente que fué de dicha extinguida Sociedad, es prueba suficiente para justificar la adquisición del motor por los actores, por el año 1937, que es lo que la certificación afirma, y esto establecido, es visto que la fecha de dicha certi-

ficación, librada años después de la fecha de la adquisición del motor y cuya autenticidad ha sido reconocida por su firmante, no puede afectar a la veracidad de su contenido, que ha sido declarada por la Sala, no dándose por tanto la infracción, señalada por el recurrente, del artículo antes citado, procediendo por todo lo expuesto en este Considerando y en los anteriores la desestimación del primer motivo del recurso.

Cuarto. Que uno de los argumentos en que el segundo motivo del recurso se funda en que la sentencia infringe el artículo 464, en relación con el 1.955 del Código civil, por entender el recurrente que habiendo estado durante más de tres años poseyendo el motor, en concepto de dueño, ha adquirido por prescripción su dominio, conforme a dichos artículos, pero este argumento no puede ser aceptado porque en contra de la manifestación del recurrente está la afirmación de la sentencia de que la posesión que aquél invoca fué interrumpida por la reclamación de que el motor fué objeto, antes de que transcurrieran los tres años, necesarios para que la adquisición de su dominio por prescripción llegara a producirse, y como aquella afirmación de hecho que la sentencia contiene no ha sido impugnada en forma por no citarse por el recurrente el acto o documento auténtico que pudiera contradecirla y demostrar el error de hecho de la Sala, ni tampoco se cita el precepto legal relativo a la prueba que la misma haya infringido, como sería necesario hacer conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para combatir la declaración de la Sala sentenciadora, la infracción de los artículos citados por el recurrente no puede ser admitida.

Quinto. Que otro de los fundamentos en que el segundo motivo del recurso se apoya es la infracción de la doctrina de esta Sala, según la que, cuando el poseedor contra quien se dirige la acción reivindicatoria tiene un título más o menos firme, es preciso obtener previamente la declaración de nulidad del mismo para que dicha acción prospere, pero si bien es cierto que este Tribunal ha proclamado tal doctrina, no lo es menos que también ha establecido que no es aplicable cuando ambas partes derivan sus derechos de documentos y hechos diversos, sin relación ni dependencia, porque en este caso el litigio se reduce a discutir sobre el valor, eficacia y preferencia de los documentos o de los datos que, respectivamente, aporten el demandado y el actor, de tal modo que la ineficacia del título del demandado sea afecto natural del derecho de propiedad del actor, y como éstas son las circunstancias del caso actual, en que la Sala, después de analizar los títulos presentados por ambas partes derivados de hechos diversos e independientes llega a la conclusión de que patentizadas las graves y esenciales deficiencias de la titulación aducida por el demandado no puede prevalecer frente a la de los actores, no resulta infringida la doctrina invocada por el recurrente en este segundo motivo, que por todo lo expuesto debe ser también desestimada.

FALLO.—No ha lugar.

## SENTENCIA 2 DICIEMBRE 1947

**Procesal—competencia—acción personal: dirigida contra un albacea contador partididor después de aprobada la testamentaria.**

*Terminada y aprobada la testamentaria extrajudicial, para la acción contra el Albacea Contador Partididor, el Juzgado competente es el de su domicilio.*

2. Sentencias de la Sala Quinta<sup>1</sup>

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut,  
con la colaboración de José Lois Estévez,  
Doctor en Derecho.

## SENTENCIA 6 OCTUBRE 1947

**Desahucio de finca rústica—recurso de revisión: reglas supletorias.**

*Son de aplicación a este recurso las normas procesales reguladoras del recurso de casación por su evidente similitud.*

**Renta—cantidades asimilables a las mismas: contribuciones.**

*Cuando se pacta como parte integrante del precio de la renta, el pago de contribuciones, es requisito tan esencial como lo es la fijación del precio o renta en el contrato de arrendamiento.*

## SENTENCIA 10 OCTUBRE 1947

**Forma de computar la renta: sentido de la expresión “total de la renta de la finca”.**

*La expresión “total de la renta de la finca” ha de entenderse para no conculcar las disposiciones especiales que regulan esta materia referida a la renta anual y no al total de las rentas de todo el plazo arrendaticio, pues de aceptar este criterio aquélla casi siempre excederá de los 40 quintales métricos fijados por la Ley.*

## SENTENCIA 10 OCTUBRE 1947

**Desahucio—revisión: alcance de la disposición adicional primera de la Ley de 1942.**

*Ejercitada por el arrendador la acción derivada de la disposición adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942, tal ejercicio lleva consi-*

1. Se publican las sentencias dictadas por esta Sala desde la apertura del año judicial. En este número, por exceso de original, sólo publicamos extracto de la doctrina; en los sucesivos las publicaremos con toda la extensión que merece tan importante materia.

*go necesariamente la aceptación del compromiso condicionador legal del derecho reclamado, si expresamente el reclamante no se opone a él.*

*La petición de cultivo directo lleva implícito el compromiso del que depende el derecho a extinguir el arrendamiento.*

*No puede entenderse el condicionado de la citada disposición adicional tomándolo de supuesto diferente de aquel para el que tal norma se dictó, y por ello no se puede exigir que el arrendatario preavisara con antelación, preaviso, en muchos casos, incompatible con el tiempo que faltaba para extinguirse el contrato de arrendamiento en la fecha en que comenzó a regir la adicional.*

#### SENTENCIA 20 OCTUBRE 1947

**Desahucio: compatibilidad del ejercicio de la acción de desahucio con la encaminada a obtener la indemnización de daños y perjuicios.**

*El ejercicio de la acción de desahucio, que regula la causa 5.ª del artículo 28 de la Ley de 15 de marzo de 1935, por los daños causados en la finca arrendada no excluye la posibilidad de exigir los daños y perjuicios amparado en el artículo 26 de la misma.*

**Posibilidad de determinar la cuantía de daños y perjuicios en ejecución de sentencia.**

*No se infringen los artículos 360 y 928 de la Ley de E. C. si la Sala sentenciadora afirma de modo concluyente la existencia probada de daños y perjuicios y la imposibilidad de fijar en el momento del fallo de modo líquido la cuantía de unos y otros.*

#### SENTENCIA 23 OCTUBRE 1947

**Naturaleza y carácter del recurso de revisión.**

*La revisión como la casación son recursos de carácter extraordinario, y no pueden utilizarse con éxito si previamente no se han agotado los ordinarios.*

**Requisitos del recurso de revisión: aplicación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil a esta jurisdicción especial.**

*No puede prosperar el recurso de revisión que incumple lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1.720 de la Ley de E. C. al fundamentarlo en dos causas, precepto aplicable a esta jurisdicción, privando a los temas de revisión de la precisión y claridad que exige el párrafo primero de dicho texto legal.*

#### SENTENCIA 24 OCTUBRE 1947

**Apelación de las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia—necesidad de que los escritos de apelación (ante las Audiencias)**

**estén autorizados con firma de Letrado: la subsanación de tal defecto ha de hacerse dentro del plazo para apelar.**

*Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala, sentada en sentencias de 27 de mayo de 1940 y 17 de febrero de 1943, al exigir que los escritos de apelación en los pleitos de arrendamientos rústicos, tramitados ante los Juzgados de Primera Instancia, han de estar autorizados con firma de Letrado por no ser escritos de mera tramitación (exceptuados éstos por el artículo 10 de la Ley de E. C.).*

*No obstante, es subsanable el defecto de la omisión de la firma de Letrado en el escrito de apelación; la subsanación ha de efectuarse dentro del plazo improrrogable que la Ley concede para apelar.*

#### SENTENCIA 24 OCTUBRE 1947

**Apreciación de la prueba: ineficacia de un documento privado contra terceros no intervinientes en él.**

*El error en la apreciación de la prueba intentado acreditar por un documento privado y un plano no tienen capacidad para que se suponga equivocado el criterio de la sentencia de instancia, pues ni en su condición documental valen nada contra los terceros no intervinientes en ellos, ni por sus particularidades de época y realización presentan indicios de reflejo de acto cierto, ni enuncian la efectividad de un cultivo que va contraindicado por prueba pericial de una roturación muy reciente.*

**Revisión: planteamiento de cuestiones nuevas.**

*No es posible en revisión plantear cuestiones nuevas.*

#### SENTENCIA 4 NOVIEMBRE 1947

**Competencia territorial: necesidad de indicar el Juez competente cuando se excepciona la incompetencia territorial del que tramita el pleito.**

*Cuando el demandado excepciona, respecto al Juez que lo convoca, incompetencia territorial, lo hace en razón a entender que es otro aquel a quien por los hechos y derecho aplicable corresponde el conocimiento del negocio, y por entenderlo así pide al reputado incompetente que decline su intervención en favor de aquel a quien, según su parecer corresponde. Siguese de aquí: 1.º, que quien tal se comporta necesariamente debe oponer Tribunal cierto y determinado, pues desconociéndolo no es posible el parangón que decida preferencia; 2.º, que por ello el párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de E. C. impone fórmula expresa y precisa para la súplica de declinatoria en términos que excluyen los dubitativos y los indeterminados, cual es la "de separarse del conocimiento del negocio, remitiendo los autos al tenido por competente". Si así ha de pedirse y así ha de resolverse, es indiscutible que no hay legal propuesta ni resolución legalmente adecuada (propiamente ni aun solución, pues el problema subsiste con igual incógnita) cuando se omite término tan esencial, cual sea aquel a quien el demandado y, en su caso, la sentencia reputan verdadero*

*titular directivo del procedimiento, y si tal propuesta es legalmente ineficaz, por no ajustarse a la forma predeterminada obligatoriamente, entra en función el segundo de los modos definidos en el número 2.º del artículo 58 de la citada Ley ritualaria, como caso de sumisión tácita; así razonaron, entre otras, las sentencias de este Supremo Tribunal de 13 de abril y 1.º de mayo de 1918.*

#### SENTENCIA 6 NOVIEMBRE 1947

**Cuantía de la renta—efectos de la consignación de la misma: impugnación de rentas.**

*La consignación de la renta no produce otro efecto que el de poner fin a un juicio de desahucio, con la obligación de seguir satisfaciendo la renta en igual medida, de no impugnar la misma dentro de los plazos establecidos en las disposiciones vigentes.*

#### SENTENCIA 10 NOVIEMBRE 1947

**Renta—fijación en trigo—carácter de orden público: nulidad de pacto en contrario.**

*La prescripción que fija la renta en trigo, establecida en el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942, como de orden público, es superior a la voluntad de las partes, las que al contravenirlas incurren en vicio de nulidad, que por ser sustancial y no formal no les es permitido subsanar.*

#### SENTENCIA 11 NOVIEMBRE 1947

**Retracto arrendaticio: amplitud.**

*Abarca todos los casos de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, de porción determinada de ella o de participación indivisa de la misma.*

**Retracto arrendaticio: condiciones para su ejercicio.**

*El arrendatario que lo utiliza es necesario que tenga la consideración de tal en el momento de la transmisión, lo ejercite dentro del plazo señalado y cumpla oportunamente los requisitos determinados en el artículo 1518 del Código civil.*

**Retracto arrendaticio: finalidad.**

*Esta nueva forma de retracto está encaminada a facilitar el acceso a la propiedad de la tierra del modesto arrendatario, al que se excluye de tal beneficio si resulta ser, a la vez, propietario de más de dos hectáreas de secano o de treinta de regadío.*

**Recurso de revisión: amplitud.**

*La anulación de un fallo recurrido no afecta a los demandantes y recurrentes que no se personaron ante la Sala del Tribunal Supremo dentro del término del emplazamiento, ni a su nombre se formalizó el recurso.*

**Concurrencia de retracto de comuneros y de arrendatarios: preferencia.**

*Esta está fundada en el hecho esencial de llevar más de tres años en el condominio, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.*

**Retracto arrendaticio—precio: consignación.**

*La consignación es obligatoria de acuerdo con lo preceptuado en el número 2.º del artículo 1.618 de la Ley de E. C., y la fianza supletoria es sólo admisible en el supuesto de que se ignore el precio.*

**SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1947**

**Procesal: competencia del Juez de primera instancia que conoce del asunto principal para entender en los incidentes.**

*No cabe alegar la incompetencia del Juez que conociendo del asunto principal se pronuncie sobre sus incidentes y en especial los que surjan de la reclamación de cosas inseparables del fondo sobre el que versó aquél.*

**Derechos del arrendatario desahuciado al cesar en la posesión arrendaticia.**

*El cese de la posesión arrendaticia no autoriza a quedarse, quien recobra esta tenencia, con lo que indesprendible de la finca pertenece a otro.*

**SENTENCIA 14 NOVIEMBRE 1947**

**Recurso de revisión: pago de lo indebido.**

*En la asignación a una finca de una extensión superficial superior a la real, en virtud de la que se ha pagado un exceso equivocado de renta, concurren los requisitos erigidos en el artículo 1.855 para el nacimiento del cuasi-contrato de cobro de lo indebido.*

**SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 1947**

**Revisión: requisitos del recurso.**

*La falta de imputación concreta y clara de infracción de precepto legal determinado que se refiera a las causas citadas, y la no alegación que haga referencia a injusticia notoria por evidente error en la apreciación de la prueba, es causa de desestimación del recurso.*

**SENTENCIA 2 DICIEMBRE 1947**

**Retracto: interpretación restrictiva e intensidad de la prueba.**

*El retracto, en cuanto implica modo que cohibe la facultad de libre disposición del dueño, merece limitarse para que no abarque más que sus estrictos supuestos; pero sin que esta limitación llegue a exigencias probatorias superlativas de las normales o posibles, pues ello enervaría la vitalidad del avance social que implica, contrariando su propósito.*

**Retracto: presunción de legitimidad.**

— *Los actos de cultivar siempre y personalísimamente la tierra o finca transmitida y satisfacer con igual constancia las rentas son indicios en favor de la calidad de arrendatario y, por tanto, del retractor, y lo mismo el entregar como tal los cupos obligatorios de productos a una entidad oficial.*

**Retracto: sentido de la legitimación.**

*El derecho de preferente adquisición del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos de 15 de marzo de 1935 se refiere al arrendatario que lo fuere al tiempo de la transmisión.*

**Hechos: "ficta confessio".**

*Los hechos no discutidos figuran como verdaderos..*

**SENTENCIA 9 DICIEMBRE 1947****Hechos no controvertidos: principio de adquisición procesal.**

*Señalada en la demanda como cuantía litigiosa una cifra menor que la preceptuada para la procedencia del recurso y no impugnada esa determinación por el demandado recurrente, no puede ya ser admitido éste.*

**SENTENCIA 10 DICIEMBRE 1947****Mutabilidad de la clasificación de las fincas.**

*El hecho de tener carácter de rústica una finca al tiempo del arriendo no impide que por el desarrollo urbanístico del barrio en que está enclavada cambie su clasificación.*

**Revisión: motivos del recurso.**

*La causa de revisión señalada en la norma séptima, disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, se refiere exclusivamente a la incompetencia por razón de la materia y no al procedimiento.*

**Alcance de la jurisdicción especial en materia de arrendamiento rústico.**

*Si el pedimento fundamental de la demanda cae dentro del ámbito jurisdiccional a que se refiere la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, los restantes, que sean consecuencia y derivación de aquél, hacen que esta jurisdicción, por su carácter atrayente, sea extensiva a ello.*

*No se opone a la competencia de la jurisdicción especial de arrendamientos rústicos el hecho de que para la resolución de algunos pedimentos de la demanda sea menester aplicar la legislación civil.*

**Principios procesales: economía procesal.**

*El principio de economía procesal (es) de obligada observancia cuando con él no se produce ninguna indefensión para las partes.*

## SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1947

**Competencia: preferencia del pacto sumisorio.**

*Entre las reglas establecidas por la Ley de E. C. para determinar la competencia figura como preferente a todas las demás la referente a su-misión expresa o tácita, y sólo en su defecto pueden aplicarse las otras.*

**Competencia: alcance de una cláusula sumisoria frente a la alegación de invalidez.**

*La competencia basada en cláusula sumisoria, como principio de prueba por escrito de la existencia de un contrato, debe prevalecer sobre la mera dejación de la sustitución del mismo por otro verbal posterior.*

**Acumulación: remisión de auto en período de acumulación.**

*La remisión de los autos a esta Sala sin apurar el trámite establecido en la sección segunda, título IV, de la Ley de E. C., constituye un acuerdo no autorizado por precepto legal alguno y que, por consiguiente, debe dejarse sin efecto.*

## SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1947

**Revisión en desahucio: elementos probatorios de su motivación.**

*Los términos de la causa cuarta, norma séptima, disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, hacen inútil cualquier observación referente a otros elementos de prueba que los documentos o informes periciales.*

**Jurisdicción: inexistencia de cláusula compromisoria.**

*La mera alusión de la cláusula de un contrato a peritaje que decida determinado modo de cultivo de un predio es extraña a cuestiones jurídico-contenciosas y no impide el conocimiento de los Tribunales ordinarios.*

## SENTENCIA 18 DICIEMBRE 1947

**Relación arrendaticia rústica: valor de exigencias formales.**

*Ni la forma ni el plazo tienen capacidad anulatoria del pacto arrendaticio. Los arrendamientos posteriores a la Ley de 23 de julio de 1942 incurren en invalidez cuando con infracción de su artículo 3.º no señalan en trigo la renta.*

**Nulidad del arrendamiento: efectos de su declaración.**

*La ocupación de la finca en arriendo por virtud de un título declarado nulo después (putativo) por causa imputable a ambas partes impide el reintegro de la posesión arrendaticia; pero también que el propietario haga suyo el producto, como modo de restitución enunciado en el artículo 1.303 del Código civil.*

**Casación: cuestiones nuevas.**

*Los temas que no han sido propuestos para discusión en instancia no es posible traerlos con virtualidad al recurso, porque constituyen cuestiones nuevas y, por lo mismo, inoperantes al efecto.*

**Casación: nulidad radical y subsanación "ex officio".**

*Los arrendamientos posteriores a la vigencia de la Ley de 23 de julio de 1942 incurrir en nulidad radical si no señalan en trigo la renta, y esta nulidad obliga a tratar el punto ex officio, o sin la voluntad oportunamente manifestada de la parte.*

**SENTENCIA 23 DICIEMBRE 1947****Desahucio: plazo para ejercitarlo.**

*No obsta para el ejercicio de la acción de desahucio el que el arrendador se abstuviera de recabar el cultivo directo durante tres años, sin que quepa considerar esta abstención como consentimiento de permanencia del arrendatario, autorizándole a prorrogar el arrendamiento durante seis años más.*

# SUMARIO

## 1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *La potestad marital.*

FUENMAYOR CHAMPIN, Amadeo de: *Intangibilidad de la legítima.*

VALDECASAS, Guillermo G.: *La acción publiciana en nuestro derecho vigente.*

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Remuneración del representante legítimo del ausente.*

PRIETO CASTRO, Leonardo: *Para el estudio de los derechos irrenunciables.*

## 2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Los problemas de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

## 3. VIDA JURÍDICA

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946.*

## 4. BIBLIOGRAFÍA

## 5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

## 6. JURISPRUDENCIA.

PRIETO CASTRO, Leonardo: *Para el estudio de los derechos irrenunciables.*