

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

VOLUMEN I
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMXLVIII

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La misión y la función del juez⁽¹⁾

RAFAEL RUBIO

Presidente de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Al dirigirme a vosotros, ya queridos compañeros, no voy a pronunciar un discurso, ni una conferencia, en los cuales, con empaque más o menos modernista y mucho menos con tufillo extranjero, presente títulos jurídicos de seca exposición y análisis, sino que voy simplemente a haceros unas sencillas indicaciones, aquí en la confraternidad en que nos encontramos y con la posible amabilidad, en las que, expresando unas veces ideas que demuestre y otras que sólo lance para vuestra meditación y estudio, os sirva de orientación en la carrera que habéis escogido y de lo que en la misma, principalmente, debéis tener muy presente para desempeñarla como es debido. Por ello no serán sólo cuatro palabras, sino unas cuantas más, aunque no tantas como el asunto requiere, porque entonces resultaría excesivamente extenso, pero sí las más imprescindibles, expuestas mirando alto y con la consideración debida, mas con la santa libertad del que si no va a descubrir ningún Mediterráneo, ni deciros cosas nuevas, si están ratificadas por la práctica de muchos años, que me concede la triste primacía de la antigüedad que ostento sobre toda la Carrera y el haber desempeñado, asimismo, todos los cargos de la misma en sus más variados matices, amén de la sinceridad a que, además, me obliga la propia estimación y la que os debo, evitando inducirlos a error, que sólo daños ocasiona si ostentara un convencionalismo tan torcido como engañoso.

El que se encuentra en la cumbre de una montaña y ve subir, más o menos penosamente, a otros viandantes, tiene que mostrarles leal-

(1) Se reproduce este discurso en la forma en que fuera pronunciado ante la promoción de aspirantes a la Judicatura, conservando así su vibrante espontaneidad y su honda y cordial emoción.

mente el camino y los escollos de arribada y no ocultar el precipicio u obstáculos que, no advertidos, pueden reclundar en su propio daño, sólo porque parezca más urbano o menos molesto silenciarlos.

* * *

Y vamos a hablar de la Carrera en la que acabáis de entrar.

Habéis escogido la mejor Carrera: la más grande entre las grandes, que consiste, como rezan nuestras leyes, en administrar recta, cumplida e imparcial justicia.

Y yo, al exponer ciertos particulares respecto a cómo se administra esa justicia, he de empezar por decir algo que sería innecesario si no estuviéramos en los tiempos de puro materialismo en que nos encontramos.

Antes, la carrera judicial era considerada, cuando presidían ideas espiritualistas, como de gran prestancia y elevación, porque se miraba sólo su función incomparable y no que fuera mayor o menor el tintineo que en su bolsa se pudiera escuchar; pero al presente, como el positivismo materialista lo invade y lo preside todo, al extremo de que podría copiarse, aplicando al tal materialismo la frase antigua de que el "mundo se admiró de verse arriano", no hay más normas de valor que el de la pecuniaria ostentación. Ayer una marquesa, grande de España, contestaba a las protestas que hacía un funcionario judicial para que no se levantase a despedirle, que ella había aprendido de sus padres que las señoras se levantaban ante los sacerdotes y los magistrados; esto es, ante los dos sacerdicios.

Hoy se pregunta por un director de empresa que tiene ésta en litigio, no las cualidades del juez ni su función, sino lo que cobra; y cuando advierte que queda por bajo del contable de la Sociedad, el desvío, cuando no el menosprecio, es el resultado de su investigación, y duda de las condiciones del juzgador que forma parte de una, para él, tan modesta Carrera.

Hoy, para el público en general, se la considera como de segunda fila, dedicándose los avisados a otros menesteres más lucrativos.

Contra esto hay que reaccionar enérgicamente, denodadamente, como jueces españoles, haciendo saber a todos lo que nadie debe ignorar.

¿Os habéis hecho cargo de la importancia de vuestra misión?

No sólo la justicia es una virtud, sino que, en cierto modo, como dicen los teólogos, las envuelve todas: las teologales y las cardinales, y aun me atrevería a decir que, para nuestro dolor y temor y como lección que no debe olvidar un católico y más en estos tiempos que no son precisamente de hierro, sino de blandura, y tanto se abusa de la palabra clemencia, entre los dos atributos no quiescentes de Dios: la infinita misericordia y la infinita justicia, parece, según nuestro modo de apreciar las cosas, que los efectos se traducen más impre-

sionados por el número de precitos que tan gráficamente nos muestra la incomparable Doctora de Ávila.

Y descendiendo ya a la vida social, ha de advertirse que sin justicia es evidente, como dice San Agustín, que el mayor reino es el mayor latrocínio, y de ahí el principio de que *Justitia est fundamentum Regnum*; y tan arrraigada es esta idea y tan evidente su enunciación que de la misma manera que la hipocresía es un homenaje que el vicio presta a la virtud, así, en los tiempos actuales, vemos cómo, con el nombre de justicia, quieren defenderse las mayores monstruosidades que todos hemos visto en la España roja y estamos viendo por esos mundos con la vestidura de Tribunales, que son todo lo contrario de lo que tan excelso ejercicio supone.

S'n justicia, pero sin justicia verdadera, no viven las naciones, *Justitia elevat gentes*, esto es incontrovertible. Ahora bien, la Historia demuestra que Dios escogió un pueblo antes de la Era Cristiana para que fuera el depositario de su fe y de sus destinos; pero que habiendo perecido, como nación, por el deicidio cometido, otro pueblo ha sido elegido para que, dentro del Cristianismo, sea el portastandarte y nuevo depositario de sus principios, y este pueblo, tanto si agrada a los de dentro como si desagrada a los de fuera, es España.

No voy ahora a demostrarlo; es, para cualquiera que haya estudiado algo de Historia, clara conclusión; pero si indicaré sólo un detalle. Visítese esa incomparable pinacoteca que existe en el Prado y se verá un cuadro, magnífico, como todos los de Ticiano, en el que España está con el escudo de tal nación y con lanza, defendiendo a la Religión, o sea nuestro enlace y vida con Dios. Eso se pintaba en el siglo XVI y por un extranjero de primera magnitud, que es todo un poema, pues ahora se está viendo igualmente: el mundo se debate y se deshace materialmente entre el bien y el mal; estamos en una de las crisis más grandes del Universo y España es la que representa ante el orbe entero, sin dudas ni vacilaciones, los principios del Bien, del Orden y de la Justicia, sosteniendo la mano que lleva espada de un hombre providencial los derechos inmutables y eternos de Dios.

Si los pueblos no pueden vivir sin justicia y si España es la nación que la sostiene y vosotros venís a administrarla, ¿hay algo tan grande que con ello pueda compararse?

No es una Carrera de segunda fila, es de primerísima fila, no sólo abstractamente considerada, sino en la práctica y más en las actuales circunstancias; como jueces, y jueces españoles, ostentáis la máxima función y la máxima responsabilidad si no sabéis ejercerla.

Sentado el principio incombusto de su grandeza, voy a exponeros la forma práctica de su aplicación, porque las altas ideas no se dan sólo para ser admiradas en su elevación, sino que necesitan un desenvolvimiento adecuado para que no quede sólo en el terreno de los principios, no sin antes manifestaros que toda esta grandeza de fin os debe colocar en un pedestal de prestancia y dignidad que nunca debéis apear: pero en modo alguno os produzca engreimiento torcido.

y vano, porque a jóvenes hablo, aunque confío en vuestra sensatez, y estos desequilibrios son efectos de juventud que deben ser curados de raíz por el daño que producen tanto a la función como al funcionario.

Nuestras leyes antiguas, que tienen preceptos magníficos, recomiendan se atienda y oiga a todos los que piden audiencia con la máxima atención y cortesía.

* * *

Para entrar ya en ese desarrollo práctico recurro al dicho corriente que todo hombre que pasa por el mundo es preciso para que no sea uno de tantos inútiles o, aun peor, fracasados rebeldes en su profesión u oficio, que deje:

Un hijo, o un libro, o un árbol.

Vosotros habéis escogido una profesión que envuelve los tres resultados: un hijo, porque creáis, engendráis una obra con vuestra actuación, que os causa ilusión porque la amáis como tal, porque es cosa vuestra y como continuación de vuestro ser.

Es un libro, ¡y qué libro!, de múltiples hojas en cuanto llevéis unos años en vuestro cargo. Unas veces es de mera divulgación, para que los más ignoraros conozcan lo corriente y sencillo del Derecho.

Otras, es de verdadera investigación y profundo análisis, desentrañando y aquilatando el espíritu de la ley a aplicar, con más esmero y acuciosidad que una monografía o tratado de Instituciones, porque tenéis presente el daño o beneficio que seguidamente de tal estudio se va a producir en la práctica, y siempre, no para entretener a eruditos y no eruditos, tras los resplandecientes escaparates donde suele verse en bellos formatos amasado el sudor del autor con el beneficio del editor, sino sirviendo a la vez para imponer el derecho que le distingue por ello de los demás estudios. Porque todos los libros que tratan de estas disciplinas, altamente necesarias en muchos aspectos, son medios para el fin del que vosotros vais a construir, conviene no olvidarlo en estos tiempos de crisis en que las ideas fluctúan y los medios se convierten en fines y éstos en aquéllos; y como en Derecho no se da el arte por el arte, todo va enfocado a que la vieja de Castilla perciba los cien reales que heredó de sus mayores, y necesita para sostenerse el resto de su vida, o en separar de la sociedad por más o menos tiempo o definitivamente al mal hombre que les perturba. Todo lo demás son fuegos artificiales para predicarse a sí mismo.

Pero no voy a detenerme en el símil del hijo, ni del libro, sino en el del árbol, porque, aparte de servir de guía sus campos, raíces y productos para exponer con un poco de orden los varios aspectos de mis palabras, éstas, como glosa de lo que es vida y orden del Derecho, deben salir, como el árbol del arranque, de la baja y prosaica tierra para ir ascendiendo hasta lo más alto, donde produzcan un fruto de acuerdo con las elevadas aspiraciones del Derecho que las alienta,

conforme a la bella idea del famoso Pi de Formentor, de ilustre vate mallorquín y a la sombra de cuyo pino tantos años tuve de vida judicial.

Y aunque es innecesario decirlo, remarco especialmente cuanto expongo en base tradicional y cristiana, única cierta, ya que, como advierte un jurisconsulto de nuestros tiempos, notoriamente destacado en defensa de la justicia y de sus funcionarios, la influencia peligrosa de ciertos autores extranjeros se apoya en principios de Derecho completamente opuestos a lo que yo quiero siempre mostráros.

I

Lo primero que se necesita para plantar un árbol es conocer el terreno en que éste va a tener su debida colocación para que dé los frutos correspondientes. Así como hay climas físicos, así existen climas psicológicos y morales, que ha de tener muy en cuenta el juzgador para el resultado correspondiente, y en un país como España, integrado por tan dispares regiones y donde la verdadera igualdad al fin que se busca ha de ser tratando desigualmente a los seres desiguales. No es lo mismo aplicar el Derecho en un Galicia, donde el espíritu reservado y cauteloso de los moradores obliga a una mayor pesquisición a los instructores y donde el espíritu combativo de aficionados al litigio les hace moverse con verdadera soltura y tenacidad en los recovecos judiciales y donde el intrusismo profesional tan desarrollado tiene carta de naturaleza, con sus inveterados daños y corruptelas, que en la meseta castellana, donde, por regla general, la sencillez y franqueza tienen su asiento.

No es lo mismo ser juez en países donde se le considera forastero que va a inmiscuirse en sus cosas, que estiman privativas, como, por ejemplo, Vasconia, y donde la odiosa idea separatista existe, al igual que en Cataluña, hoy felizmente retraída, pero que, agazapada, espera como siniestro reptil el momento de mostrar sus fauces, que ejercer el cargo en Aragón o en Andalucía, donde las ideas de la patria española son consubstanciales al mismo ser de sus habitantes. Y téngase presente que esas especiales legislaciones llamadas forales, en sí mismo muy respetables, en unas regiones son el escabel y apoyo de sus insanas pasiones, y en otras, como en Navarra, no son más que el mantenimiento de sus queridas tradiciones, que en modo alguno perjudican la integridad de la Patria. Y se demuestra, evidentemente, con sólo apuntar a nuestra guerra. El Fuero, tan querido, no les impidió ser el más bello florón de la Cruzada.

Por último, no es lo mismo desempeñar dicho cargo en las Islas Canarias o en Marruecos, que en Valencia o Extremadura.

Porque en aquellas llamadas afortunadas, pero también olvidadas Islas, declaradas por el laconismo de Felipe II de especial importancia, a pesar de aparecer como unos peñascos de su colosal Imperio,

al enviar el primer Capitán General, que precisamente con la Audiencia había de gobernarlas y cuyo archipiélago es el escaparate de tres continentes, el juez en las islas pequeñas, que son el mayor número, más que simple juzgador, ya de por sí de notoria importancia para quien está tan separado de la Península, es el representante más calificado de España y ejerce un especial mandato de españolismo, conteniendo o encauzando torcidas tendencias, toda vez que, aun siendo completamente falsa la leyenda negra, el descuido y falta de atención en que por mucho tiempo se ha tenido a tales provincias españolas, hacía mirar no con todo desagrado, como ocurrió con las posesiones de Ultramar, la rapacidad de naciones avizorantes a su propia ventaja.

Y en Marruecos, porque ser juez de alguna de las plazas de Soberanía de esas dos anclas que España tiene enganchadas en el continente africano, a fin de que no se le escape lo que de siempre le corresponde, o en la Zona de Protectorado, donde hay que ejercer una misión especialísima de protección y de esmero, exige una conducta especial de tacto y acierto, porque las mismas faltas en Melilla o Tetuán no son las mismas que en Burgos o Guadalajara.

Y nada se diga en las Colonias, donde hasta la función tiene aspecto esencialmente distinto.

Así, pues, lo primero que necesita todo juzgador es examinar el sitio donde va a ir, debiendo conocer no sólo esas condiciones objetivas de su sede, sino las subjetivas que a él le afectan y calibre como es debido las incompatibilidades que puede presentar, porque aquellas disposiciones que dieron los legisladores del 70 serán más o menos cómodas para quienes afecta, pero están arraigadas en bases substanciales de lo que debe ser una sana y limpia administración de Justicia, librándoles de atracciones y compromisos, porque aquellos hombres conocían a fondo la psicología de los jueces, que también son hombres, y si bien es cierto que se supeditaba el funcionario a la función un tanto duramente y de fácil mejora sin daño público, hoy, por la ley del péndulo, se pretende todo lo contrario; la función sometida al funcionario, usándose del *primum vivere*, que si en ocasiones es cierto el principio, sobre todo en la carrera judicial sin más desenvolvimiento que la congrua del Estado, también es notorio que se abusa del mismo principio para no ya vivir, sino alcanzar toda clase de ventajas y comodidades, como si la idea del sacrificio o de la austeridad se presentara hoy por vez primera en el transcurso de los siglos y el hombre no tuviera una misión más alta que la de existir.

II

Y dicho ya lo que afecta al clima y tierra donde vais a colocaros, pasemos a las raíces del árbol que se va a plantar. Esto es, a las cualidades que debe ostentar el juez y la importancia que las mismas tienen.

La primera es absolutamente imprescindible y sobre la cual no cabe la menor discusión, por ser el fundamento y base de todo el funcionamiento judicial: la honradez, la honorabilidad en el desempeño del cargo. Esto no sólo es absolutamente imprescindible, sino que, además, para dicha de toda la Carrera, está unánimemente reconocido por tirios y por troyanos. Todos proclaman que la carrera judicial, en el desempeño de sus funciones, es una carrera a la cual no cabe ponerla tara alguna sobre este particular. Se discutirán otras cualidades, pero no la que afecta a la probidad y dignidad, y el propio Estado la considera como una cantera, a la cual acude no pocas veces en busca de funcionarios en los cuales ha de depositar toda su confianza como Gobernadores, Tasas, Abastos, etc.

Decía tan eminente jurisconsulto y hombre de gobierno como don Manuel Alonso Martínez, siendo Ministro de Gracia y Justicia, que la magistratura española no era inferior, bajo ningún aspecto, a la de otros países; pero yo agrego que en este de la honradez es superior a la de todos.

El cohecho y la prevaricación no son climas de la carrera a que vais a pertenecer, y yo os felicito sinceramente por el valor que supone el que entréis en la casa grande, donde esas cualidades, por todos reconocidas, son hasta hoy inseparables de innegables austeridades.

Cierto es que nunca falta algún garbanzo negro: es la excepción que precisa para que se confirme la regla general, y si en el Colegio Apostólico, de doce hombres, hubo un prevaricador, nada supone que, entre tantos como integran la Carrera, exista alguna que otra vez quien trate de mancharla.

III

Y vamos con la segunda raíz, que consiste en la competencia. Aquí ya no existe la misma unanimidad de pareceres; aquí se habla y se discute, se escriben folletos y hasta libros, sobre si la Carrera está o no a la altura de lo que su elevada función exige.

¿Pero es ciertamente que la Carrera es incompetente para desempeñar el cargo? Vamos por partes a discriminar, primero, quiénes son los censores.

En primer lugar, lo ocupan todos aquellos a quienes afectan las resoluciones judiciales, que no les han complacido. Estos, como es del más elemental sentido, no cuentan. Los que pierden los pleitos no favorecen la competencia del juzgador; los que se sienten procesados y condenados, menos; y obsérvese que no hay contrapartida, porque parece que debieran sacar como consecuencia que el que gana el pleito pudiera verse no solamente satisfecho, sino romper una lanza en obsequio del juzgador. Nada de eso. Dada la psicología de las multitudes, así como vereís ahora cuando entréis en el Juzgado muchas atenciones y zalemas mientras el asunto está *sub judice*, después que se ha resuelto el asunto en su favor y concluida toda relación con los

autos, apenas queda un cortés saludo. "El juez no ha hecho más que cumplir con su deber, y como tenía razón, pues se la ha dado." Esta es la forma natural de reaccionar en tales casos.

Vamos con otros grupos de los que critican: el de los sabios y el de los ignorantes. Estos son toda la turbamulta de los ciudadanos que se enteran de una resolución cualquiera que se dicta por los Tribunales, y como el hablar del arquitrabe es el eje fundamental de muchos españoles, por cuatro antecedentes truncados o fraccionados que han cogido, más o menos remotos, del asunto que se discute por los periódicos, amigos o parientes, con toda soltura enjuician el asunto y critican al juez, que no ha hecho lo que a ellos les parecía que debía haberse hecho en aquellos casos. Si se les preguntara si habían leído la sentencia y los autos y si habían estudiado la materia, contestarán rotundamente que de ninguna manera, y es por esto que dice el extranjero (estos extranjeros alguna vez aciertan cuando hablan de los españoles): "¡Oh, español, hombre notable, primero opina y después se entera!" Claro que, siendo esto cierto, no lo es menos que a esos extranjeros les es aplicable el que ellos no se enteran ni antes ni después, como bien claramente lo demuestran sus opiniones sobre nuestra guerra, de la que opinan, sin haberse enterado todavía, a pesar de los años transcurridos, lo que tué.

Por consiguiente, este numeroso grupo de los también criticantes, tampoco cuenta.

Y vamos con la opinión de los sabios, o de los que se creen sabios para la crítica, que no es precisamente lo mismo, aunque yo no niego que algunos verdaderamente lo sean.

Estos, sobre mirar el aspecto judicial bajo un solo prisma, de los varies que presenta la función judicial, no tienen en cuenta, por regla general, las condiciones en que el trabajo se desarrolla. El Estado, que tiene muy bien cuidado de establecer en sus leyes que el juez que no dñe sentencia dentro de término legal o no realice tales actos en los plazos que taxativamente le marca, imponiéndole a sus superiores la obligación de corregirlos, no les facilita medio alguno de ciencia para que éstos puedan desenvolverse debidamente, y allá, metidos en un pueblo inhóspito, a muchos kilómetros de la capital donde puedan encontrar una biblioteca, y si se hallan en buenas poblaciones, los muchos asuntos y la materia criminal que, tanto en uno como en otros lugares, llevan la premura de absoluta preferencia, tienen que dictar resoluciones que han de satisfacer al que, colocado en la silla magister y con las disciplinas de Donato, y sin recordar de dónde procede el bagaje que se estima tan deleznable, examina por qué no se tuvo en cuenta la opinión que sostiene el sabio A entre las brumas del norte o el modernista B del Lacio, en el retrato de colindantes.

Aparte de esto, no pocos censores se colocan cómodamente en una magnífica biblioteca con todos los elementos necesarios a su investigación y ejercen una función de laboratorio. Entienden que la función judicial es coger un tubo de ensayo o una pizarra, donde las ope-

raciones aritméticas dan el resultado exacto y matemático, o el precipitado que el análisis exige. Y esto no es la función del juzgador, que, como el Príncipe, no todo lo puede aprender de los libros. Juzgar es otra cosa. Es tener en cuenta los principios de las leyes, sí, conociéndolas bien; pero es aplicar el Derecho, y el Derecho es vida. Y esta vida que tanto enseña y estas leyes en las que funcionan la equidad y los principios de moralidad, son las que el juzgador tiene que saber entremezclar y apreciar en cada caso concreto para aplicar no la ley general fría y seca, sino con la flexibilidad que las mismas normas bien entendidas llevan en su entraña—la lógica del intelecto y lógica del corazón—para alcanzar la justicia que debe prevalecer; y de ahí la frase de Cicerón de que la justicia no depende tanto de las leyes como de los jueces que las aplican y que, antes que jueces sabios, lo que se pide son jueces justos.

Pero nótese una particularidad muy notable: Que la carrera judicial es la única en España que se le pide que sus componentes, por su desenvolvimiento prohibido en otras disciplinas, deben llevar la vida de austerioridad y sacrificio que otras de análogo origen no tienen y ejercida del modo más inmaculado que su sacrificio exige; esto es, que sea santo y, a la vez, que no presente el minimum suficiente que se exige en todas las profesiones, sino que conozca profundamente su Carrera, sin olvidar lo que pueda ocurrírseles a los de aquende y allende de las fronteras en el tupido bosque de estudios jurídicos; esto es, que sea sabio, y si no lo ostenta, de ahí la crítica a que vengo refiriéndome, y con todo se desprende una vez más la excelsitud de una función que requiere lo más grande que el hombre puede ostentar.

Dicho esto, yo no puedo negar que existe, desde luego, un porcentaje, que no he de marcar, y que dejo a vuestro buen criterio, de asuntos que, por unas u otras causas, no están debidamente estudiados y resueltos. Y esto es lo que se precisa, que ese porcentaje, que vosotros que entráis con el mayor espíritu y que habéis cumplidamente acreditado, en fuerte oposición, vuestros conocimientos, por lo menos teóricos, con el mayor interés en ejercer vuestra incomparable misión, desaparezca de un modo completo, para lo cual quizás puedan serviros las indicaciones que siguen.

* * *

No voy a daros un trabajo de Pedagogía, ni deciros en la forma que tenéis que trabajar, porque sería notoriamente impertinente en estos momentos; pero si no puedo menos de recordar que los antiguos, que no en balde han sabido estudiar y trabajar con tanta eficiencia, por lo menos de los que hoy pretenden llegar a las cumbres, han tenido procedimientos y axiomas que no debéis olvidar.

“Nom multa sed multum”, esto es, no muchas pero mucho, y tened presente que no quiero decir con esto que hayáis de ser hombres especializados en una sola materia. Ese es un error fundamental por lo-

que afecta a los hombres de Derecho. Si un notable Decano de la Facultad de Medicina de Madrid dijo en cierta ocasión que el médico que no sabía más que Medicina no sabía ni Medicina, con igual razón puedo yo deciros que el Juez que no sabe nada más que Derecho no sabe ni Derecho. El Juez tiene que saber de todo, tiene que tener conocimientos fundamentales de todas las materias en la medida que esta universalidad es posible, porque, conforme queda expuesto, el Derecho es vida, y en todos los órdenes tiene que saber apreciarla y desenvolverla. Pero esto no obstaculiza, en ninguna manera, a la materia jurídica, que hay que conocer a fondo y cuidando de no caer en alguno de los dos escollos en que suele tropezarse: Uno, los que se apoyan sólo en principios de Derecho natural y a estilo del buen Juez francés tratan de resolver los asuntos "ex equo ex bono", y que tanta equidad es muchas veces signo de arbitrariedad, y el otro, el enamorarse del fetiche ciencia y andar a la caza de la última moda, que casi siempre es penúltima, porque, por la d'stancia o por los motivos que sean, cuando aquí, en lo que no es indígena, que suele desconocerse, se levanta el telón, en Europa ya la función ha terminado, lo que sobre el peligro de la variabilidad, y de ahí el principio: "Time hominem unius libri", que no es, como por algunos se ha entendido equivocadamente, que ha de saberse un solo libro, sino que viiniendo a ratificar el primer aforismo citado tiene que saber un libro fundamentalmente sabido y otros muchos, pero todos acoplados y dirigidos a la idea general, que es la base para el desarrollo de las Instituciones, aparte de esto, digo, no puede olvidar el Juez que tiene mando, esto es, autoridad, gobierno, y que éste se compadece mal con el seco saber de la ciencia abstracta.

IV

No se crea que una vez expuestas la honorabilidad y la ciencia del juzgador está ya todo el camino andado. Nada más lejos de la realidad. Faltan otras dos raíces que son fundamentales también para que la función de juzgar tenga la eficiencia y el resultado debidos. Una es la actividad, la diligencia. La Justicia que no es pronta, que no es rápida, que deja pasar largo tiempo, ha perdido inmensa parte de su valor. No hay que ser remisos, pero tampoco precipitados; al extremo de que yo puedo deciros que he conocido algunos funcionarios excelentes que, erróneamente, entendían no debía quedar un papel en su casa para pasar la noche, no. Los autos en las casas tienen que estar el tiempo preciso para meditarlos, para madurarlos, no para echarse fuera el trabajo, de prisa y corriendo, como si estorbaran. Es una forma de pereza esa que parece una actividad plausible, debiendo huirse de la precipitación, que nunca ha sido virtud, dejando a cada día su afán. Pero estos son raros casos, y lo que hay que evitar son las corrientes de pasividad y la negligencia, o sea, lo contrario de lo anterior; el dejarlo todo para mañana lo que debe ser de hoy.

Una resolución tardía desmerece mucho de su virtud, aparte de los daños que ocasiona, en lo civil, en lo penal, perder los primeros momentos es perderlo todo.

Se dice que nuestras leyes son lentas y es cierto; pero por el cúmulo de trabajo o por rutina o simple pereza, no sólo no se acorta esa lentitud, como en ocasiones puede hacerse, sino que incluso se extiende a veces a la misma ejecución que las leyes disponen sea inmediata.

Primero madurar, pero dentro de lo normal y racional, e inmediatamente, ejecutar.

V

Hay otra raíz que también es de notoria importancia, y muy especialmente en los tiempos actuales, consistente en evitar esa blandura, esa tolerancia, esa falta de carácter—que no es mal carácter—, hoy tan en baja en todas partes y que todo lo resquebraja. Hay que ser energéticos; no se trata de ser duros, se trata de ser justos, y para ello, porque el ambiente lo exige, energético para cumplir con los deberes del cargo, sobre todo encauzando a los demás en el cumplimiento del deber con toda la entereza que el caso requiera.

Porque conviene advertir, y es uno de los puntos en que más debe llamarse la atención, que esa energía tiene dos aspectos: Uno, el subjetivo u obrar propio del mismo Juez. Otro, el de ordenar y constreñir a los demás a quienes alcanza su autoridad el que cumplan sus deberes empleando en su caso la coacción debida; y si bien el primero es muy corriente y hay excelentes Jueces que al pie del cañón ejecutan lo que las leyes les encomiendan con verdadero interés y acierto, no lo es tanto, ni mucho menos, el que obligue a los demás, a lo que por su parte les corresponde, sin comprender que sobre incumplir parte de su misión, cual es la de mando, y por ello sólo ya son defectuosos en la función que se les encomienda, se frustran, o por lo menos se menoscaban, sus individuales esfuerzos.

Sería meter la cabeza debajo del ala, como las grandes aves del desierto, si se ocultara el aflojamiento de los vínculos de disciplina y autoridad que de continuo se advierte en los actuales tiempos y esa indiferencia con que se miran las cosas anómalas y vituperables como si se conviviera con la filoxera, convirtiendo a veces al juzgador, que debe ser todo autoridad y gobierno, precisamente, tan bien encauzado por el saber y fuerza que le mueve, en una especie de "vir bonus" que una vez aplicada su ciencia a la resolución final de lo que conoce, ya cree cumplida su misión.

Tened presente que el mundo se desquicia y que a España, que no está en otro planeta, le alcanzan, como es natural, las salpicaduras de tanta convulsión—Inteligente pauca—, y que por ello hay que enfrentarse fuertemente, virilmente y constantemente contra tal estado de cosas, si habéis de sostener los incomparables sillares que se os han en-

comendado y no contribuir con abulia suicida al general desmoronamiento.

Por ello, podía aquí recordarse aquellos versos de Manrique que ostenta en su escalera el Ayuntamiento de Toledo, dirigidos a sus regidores de entonces :

...
Pues os hizo Dios pilares
de tan riquísimos techos,
estad firmes y derechos.

VI

Y sentadas estas cuatro raíces fundamentales, que habéis de tener muy en cuenta en vuestro cargo, parece que ya no hay más que indicar como base para que los Jueces cumplan bien con sus deberes. Mas no es así; todavía falta la más fundamental de todas, y es como la savia que ha de subir por medio del tronco para dar vida al fruto que se ha de producir, en el ejemplo que me sirve de guía. Esta savia no es cosa de libros, ni puede explicarse con palabras. Los libros poco dicen sobre ello; mejor dicho, sí, existe un libro, del cual Menéndez y Pelayo habla con el elogio y acierto que sólo él sabe hacerlo: *El Criterio*, de Balmes, y que parece debe tenerse muy presente.

Mas ya estoy oyendo decir que esto es natural y de sentido común. Pues bien, sí; porque precisamente, porque es natural y de sentido común, es por lo que es difícil decir en qué consiste en cada caso concreto. Yo he oído a compañeros decir que ellos, efectivamente, no habían estudiado aquel punto debidamente; a otros, confesar que son blandos y que no tienen carácter para desenvolverse y, en alguna ocasión, que no habían sido todo lo diligentes que era menester; pero no he oido a nadie que dijera que no tenía criterio, que obraba sin sentido en el desenvolvimiento de su vida judicial.

Por ello, me encuentro en estos momentos en una situación difícil. Yo no quisiera dejar de hablaros algo sobre esto que considero vital para vuestro desenvolvimiento, a fin de que os sirva de lección—las más de las veces los errores de los otros son mejores enseñanzas que largos discursos y buenos ejemplos—; pero, por otro lado, rechazo el que parezca aprovecho el venir a contaros de sobremesa empequeñeciendo la seriedad y nobleza de cuanto os digo con liviana crítica desdenable. Ante el conflicto y como sobre ascuas, y solamente como medida de ejemplo, os diré dos o tres casos que os sirvan de tipo y como botones de muestra para evitar la falta de criterio que por algunos funcionarios, y muy dignos algunos de ellos y con el mejor propósito por cierto, han incurrido. Me refiero, desde luego, a cosas públicamente conocidas y muy remotas, que en otro caso no las aludiría.

Desde un dignísimo y competente funcionario que dificultaba la captura de un asesino que, refugiado en una casamata y en despoblado, hacía frente a la fuerza pública, alegando que ésta no lle-

vaba mandamiento judicial para entrar donde el criminal se hallaba, hasta aquel otro que horas y horas interminables dedicaba a recibir sin número de testigos para averiguar un hurto de bellotas, que obligaron a la Audiencia a llamarle la atención para que fuera más concreto en sus sumarios, porque sustraía un tiempo precioso para mayores menesteres, pasando por el instructor que en un robo sacrilego dispuso que la Hostia consagrada que se había recuperado se uniera al sumario de su razón, existe una gama que no debéis perder de vista, a fin de que las leyes que aplicáis, la autoridad, la diligencia, todo cuanto queda expuesto anteriormente, vaya siempre precedido por la luz de la inteligencia con el más racional criterio, porque, en otro caso, de nada servirían las bases fundamentales que tanto trabajo cuesta conseguir.

* * *

Y con todos estos antecedentes, que son indispensables para llegar al fin, veamos cuál sea el fruto que debe recogerse.

Vuestra misión comprende dos clases de fruto, en esta imagen del árbol en que nos encontramos: lo Civil y lo Criminal, que voy a concretar a lo más sustancial.

En éste, máxima actividad y rapidez, energía y despliegue de toda autoridad, de pie, con el bastón en la mano, dispuesto a montar a caballo si es preciso, gobernando y dirigiendo al pequeño destacamento de auxiliares, subalternos, médicos forenses y demás peritos, policía, fuerza pública, toda ella a vuestras órdenes, para acudir inmediatamente a los fines sustanciales de proteger al desvalido y de asegurar al delincuente, sin disquisiciones ni elucubraciones de ciencia, que no hacen falta, porque estáis en la violación de los derechos ciertos y allí no se trata más que de restaurarlos, no de declararlos; dirigir, pero dirigir con cabeza jurídica, porque para ello no ha encargado la misión a un órgano administrativo, a un órgano policial cualquiera. Ha encargado al que encarna la función máxima del Derecho para que todos esos actos vayan siempre acompañados de la máxima garantía de justicia; para decretar las más altas funciones, que no tiene ninguna autoridad española en ningún sentido, acordando prisiones, incomunicaciones, entradas y registros de las moradas, detención de la correspondencia: toda la vida social supeditada a tan exelso funcionario, que tiene que hacerlo todo por sí mismo sin requerimientos ni peticiones.

Sumario bien instruido, teniendo muy presente que su iniciación y desenvolvimiento es la base de todo cuanto viene después y que en los primeros momentos es cuando se descubre la verdad que trata de ocultarse, dando a cada cosa la importancia que tiene y no olvidando que aquí, por el contrario de lo que aparece en lo civil, no hay lucha de dos intereses análogos y que se contrapesan y equilibran en el proceso, sino una víctima que por punto general no tiene amparo o defensa (los Fiscales no pueden estar en todo, y menos en los pueblos), y si dos enemigos: el de los autores, que buscan todos los medios de des-

aparecer o exculparse, y el ambiente de lenidad, que si en los primeros momentos, llevado de un sentimiento intuitivo, se conduce, pronto reacciona a favor del que ve sumariado, y el Juez no suele tropezar más que con dificultades.

El otro fruto es lo Civil. Ahí está, sentado, una mesa delante, con libros, los que sean pertinentes; meditación, reposo para resolver el litigio; se está en la colisión de los derechos dudosos que hay que declarar de quien son. El bastón sobre la mesa, bastón siempre: porque no es un funcionario que opina o emite dictamen, sino que siempre resuelve y dispone, ejercitando el Imperium. (De ahí la clara equivocación de redacción, en la que espero no incurráis vosotros, de consignar en las resoluciones frases como "a juicio de este Juzgado", "a juicio del que provee", como si hubiera otra mejor opinión; cuando el Juez resuelve, haya o no recurso, habla la Ley, todo autoridad, sin cortapisas alguna, y no es un modesto informe para que otro resuelva.)

Y si bien en la tramitación no tiene el auto movimiento que en lo criminal, y su iniciativa es muy limitada, no sois tampoco un Buda, sólo móvil a impulsos externos, sin regulación o autoridad a evitar desmanes y dilaciones hasta el oportuno fallo, con tanto más motivo cuanto que, como se ha dicho, la Ley procesal es el arca de Noé, donde caben todos los seres y en la que se debaten partes que con frecuencia no van a utilizar un derecho, sino a estorbar el del que lo tiene legítimo, debiendo estar el Juez muy alerta en los de aquellos que piden siempre prórrogas, formulan incidentes, interponen toda clase de recursos, porque los que tales emplean, en su inmensa mayoría, carecen de razón.

Estas dos son las principales funciones que incumben a los Jueces.

Mas para llegar al buen resultado de las mismas hay que profundizar en un aspecto que sólo conocen los que se adentran mucho en el funcionamiento judicial, y que en modo alguno, a pesar de lo áspero del asunto, he de silenciar, porque entonces haría traición a lo que al comienzo de estas palabras os dije de la sinceridad debida: es el obstáculo más serio del camino que emprendéis y al que no suele dársele la debida importancia por los propios encargados de la administración de Justicia, y de ahí precisamente su gravedad. Me refiero a la inspección y vigilancia de los auxiliares del Juez, a la intervención directa y constante de éste en las actuaciones de aquéllos.

El Juez se ve en muchos casos con sumarios al parecer perfectos, con sus adecuadas resoluciones y con sentencias en lo civil muy acertadas, que guardan el silogismo perfecto que establecen nuestras leyes procesales y cualquier perito la estima perfecta: "justa alegata et probata", y con ello se siente satisfecho, creyendo haber cumplido con todo su deber; pero hay que desentrañar cómo se han desenvuelto tales actuaciones, especialmente las pruebas, y ver si llevan tan bello resultado la base precisa que la Justicia exige en todo momento.

Es materia que dejo a vuestra meditación y estudio para inducirlos a resoluciones eficaces, y para ello me limito a sentaros tres jalones:

El primero, que es frecuente considerar a la Secretaría como una especie de cantón independiente—no como meros auxiliares del Juez, a sus inmediatas órdenes, y de cuyos actos, con la sola excepción de los que son inherentes a la propia función de fedatario, responde aquél—, tanto por no obligar a todos y cada uno de sus componentes a que presten el rendimiento necesario y las leyes exigen, como porque las pruebas que ellos extienden en lo civil y en lo criminal se verifican no pocas veces ante un oficial o mero escribiente, en habitación donde a la vez tienen lugar las más variadas diligencias, entrando y saliendo quien lo desea y careciendo, no ya de la solemnidad y seriedad en lo que es base fundamental de los procesos, como del indispensable recato o secreto, muchas veces indispensable; y si en las grandes poblaciones tiene como natural dísculpa, lo que no debe suceder en vuestros Juzgados, el que todo ello no se verifique ante el Juez y Secretario por el excesivo trabajo, no se alcanza la insuperable dificultad de conseguir locales y desenvolvimiento para que todo se efectúe con la garantía, el decoro y aislamiento preciso, y que debéis vosotros tener especial empeño en adquirir.

Es el segundo jalón la forma de llevarse los libros tan acuciosamente designados por las disposiciones legales, bien penetradas de su importancia, la que ciertamente no se les presta en muchos sitios, estimándolos como una mera función burocrática y no la base de la más elemental inspección para conocer en todo momento la marcha de los asuntos, a tal extremo, que a veces, en la materia criminal especialmente, después de todo un sumario, con sus preocupaciones y vigilias, con todo el aparato del juicio oral y debida sentencia, extraviada la causa en el cúmulo de las existentes, la ejecutoria resulta baldía por carecer de antecedentes, que libros bien llevados muestran claramente.

Y el tercero, que, como es público y notorio, las graves quejas que a la administración de Justicia se dirigen en España afectan a esa intervención auxiliar no debidamente sujeta al cumplimiento estricto de su trabajo. Que no se os puede aplicar a vosotros que empezáis, el dicho de que el que está en el bosque no ve el bosque.

“Qui potest capere capiat.”

* * *

Creo haberlos hecho indicación de lo más fundamental de la carrera de un modo somero, porque, como veis por lo reseñado, la materia da base para numerosos días y largas reflexiones, y he de terminar este encuadramiento esquemático con la advertencia de que la labor de vuestro cargo ha de llevar un sello de naturalidad y sencillez que no se contrapone, antes entona, con la grandeza de la función, no creyendo por cuanto va expuesto sobre su elevación y dignidad que estáis llamados a hacer todos los días cosas brillantes y extraordinarias. Vuestro trabajo ha de fundarse no sólo en lo que por circunstancias espe-

ciales os corresponda en forma excepcional, sino más principalmente en la labor cotidiana: en el *agi quod agis*, que decía el Sabio de Grecia y después ha sido base de trabajo en el transcurso de los siglos; esto es, en que no se os revoquen los sumarios, todos ellos instruidos con vuestra intervención directa y personal; en la confirmación de vuestras sentencias, bien fundadas de doctrina y acierto, muy claras, hu-yendo del barroquismo, que en el arte se podrá estimar, mas no en las resoluciones judiciales, que deben ser de pristina diafanidad, sin citas de autores y si tan sólo apoyadas en la ley y en la jurisprudencia y tomándoos el tiempo debido para que sean breves, esto es, bien sabidas y bien expresadas; en llevar el Juzgado al día, con toda la actividad y celo que cada cosa requiera; en una palabra, en no hacer nada extraordinario y brillante al exterior—ya es bastante lo que lleva en sí mismo cada hoja de ese libro que hacéis cada día y a que aludi al principio—, pero si que, como en las virtudes sencillas del vivir cotidiano, envuelve el hacerlo todo bien el mayor y más extraordinario mérito.

Pero siempre mirando alto, siendo más telescopio que microscopio, y, sobre todo, cuando surge uno de esos momentos rarísimos y extraordinarios en la vida, obrar, no como la vida normal pide, sino de la manera extraordinaria que las circunstancias exigen por la ecuación que siempre debe existir entre el hecho y el derecho.

* * *

Quiero terminar estas indicaciones, que deseo os sirvan de algo, pero que necesitan el debido remate que todo lo vivifique y le dé las fuerzas necesarias para su máximo resultado y no quede en meras elucubraciones bien acogidas, mas sin la debida aplicación práctica en toda su intensidad, y que consiste en amar a esa Justicia, en que os entusiasméis con ella, no tomando el cargo como un empleo más de subsistencia, un nuevo modo de vivir como otro cualquiera o una función más o menos honorífica, pero, al fin, como carga penosa que se desea aliviar de cualquier modo con esos actos de frialdad y alejamiento, de los que es prueba bien destacada la falta de residencia del juez de la localidad donde presta o debe prestar sus servicios, con irregularidad continuada realmente inconcebible, y que confío no ejecutaréis vosotros.

Sólo la laxitud antes expresada puede concebir que el juez de Primera Instancia e Instrucción, con sus funciones permanentes durante las veinticuatro horas del día, se permita, bajo pretextos más o menos especiosos, vivir fuera de su residencia oficial y vaya a despachar, como un servicio cualquiera burocrático de fácil aplazamiento, cuando bien le parezca, si por añadidura no se le envía valija para la firma donde se encuentre, con todo lo cual la egregia figura de cuanto os he hecho resaltar en anteriores reflexiones, sobre resultar anulada, no demuestra gran afección a la misma.

Con ello guarda relación, aunque parezca cosa material y externa y no dependa de modo directo del juez, lo referente al ornato y los locales de vuestros Juzgados.

La queja es general y motivada contra esas instalaciones miserables e insuficientes, que no pueden ser, ni con buena voluntad, aceptadas, y la gestión del juez es, desde luego, tan influyente que muchas se van modificando gracias al interés y celo de no pocos, y esto es lo que especialmente os llamo la atención; pero claro es que para conseguirlo ha de empezarse por vivir de asiento, porque en otro se carece de toda la fuerza inicial.

Y esto de la majestad y decoro que debe acompañar a la función tiene mucha más importancia de lo que a simple vista aparece y deseo os fijéis en que lo primero a destacar es que cuando las épocas de la Historia marcan grandeza y poderío, la función de juzgar ostenta la vitola y prestancia debida, apareciendo como ejemplo la magnífica inscripción de la espléndida Real Chancillería de Granada, que dice:

Para que la majestad del Tribunal no fuere del todo desigual a la grandeza de las cosas que aquí se tratan, la prudencia del rey católico Felipe II quiso hermosear este palacio donde se deciden las contiendas y adornarlo con esta conveniente decoración en el año 1587

Por todo ello quisiera terminar estas palabras con algo que os hiciera conocer la entraña misma de la Justicia; hasta ahora sólo se ha hablado de su excelencia y necesidad, mas no en qué consiste, para que, conociéndola, la queráis y adhiráis a ella de modo entusiasta, por aquello de que *Nihil volitum quin precognitum*, y para ello no he de citaros definiciones de libros ni autores.

Vosotros conocéis perfectamente desde el *Suum quique* de los romanos hasta la "raigada virtud" que decía Alfonso el Sabio. Sabéis las definiciones que se han dado desde los tiempos remotos hasta los modernos. Con esto no tenéis más que un mero conocimiento como por medio de una fotografía, una simple imagen de lo que es la Justicia.

Decidle yo a un operador que me preguntaba acerca de lo que era Justicia, que qué era Cirugía, esperando la contestación que me dió: "He leído las definiciones de la operación que dan los libros. He visto operar; pero yo he sabido lo que era Cirugía cuando con el bisturí abría las entrañas palpitantes del paciente, y entonces con las pinzas, con los dedos, en la forma que podía, trataba de salvar la vida en aquellos momentos de apuro y de angustia. Esa es la Cirugía." Y yo os digo: todas esas definiciones que sabéis no son más que un pálido reflejo de lo que vais a ver cuando actuéis con el bisturí en la mano.

Por ello, para que conozcáis y sepáis lo que deseo, os citaré, como final, tres casos que no creo impertinente contaros en estos momen-

tos, que sirven como remate a todo cuanto os vengo diciendo. Entonces sabréis lo que es la esencia de la Justicia. En uno de ellos os daré una definición; pero ¡qué definición! ¡De facto!

* * *

Estamos en las altas montañas en que Castilla se asoma al mar.

Acaba de cometerse un crimen, en que un buen hombre, dueño de un caserío, es víctima de la traición de uno de sus criados. Volvía aquél de la capital y vió que el criado y criada que tenía a su servicio, y que no dormían en la casa, estaban todavía trabajando a la caída de la tarde. Les manifestó que ya habían trabajado bastante y que podían retirarse a descansar, y, como al siguiente día había toros en la capital, les dió unos dineros para que se divirtieran. El criado vió sacar una cartera en la que había un billete de veinte duros, y en lugar de marcharse a su casa a dormir, donde vivía con sus padres, se escondió en el establo, y esperando la media noche, en que el dueño bajaba con un candil en la mano para dar de comer al ganado, por la espalda y con un hacha le pegó el primer golpe en la cabeza, y una vez en el suelo, lo remató de otro hachazo. Seguidamente le sacó la cartera y le quitó el billete de veinte duros.

Cuando al día siguiente se dió cuenta al Juzgado del hecho y se estuvo durante veinticuatro horas trabajando intensamente para ver de descubrir el delito, lográndose al fin dirigir las pesquisas hacia aquel criado, que no aducía motivo ni pretexto alguno para hacer lo que realizó, fué detenido y llevado a la cárcel del Partido. Y al recibir declaración al padre del interesado e interrogado sobre el parentesco con el detenido y negara ser su padre, se insistió, tratando de aclarar lo que parecía un error, contestando con las siguientes palabras, que nunca podré olvidar, dichas con una seriedad difícil de expresión: "Señor Juez, el hombre que no recibe más que atenciones de su amo, atenciones y consideraciones, que llegan al extremo de que la tarde de autos, después de decirle que fuera a descansar, porque ya había trabajado bastante, y de darle dinero para la fiesta, a traición y sobre seguro le asesina para quitarle veinte duros, que guarda en una cartera, ese hombre no es mi hijo." Me levanté como un autómata, y ante aquella definición de hecho que incluso paralizaba los principios de derecho natural en la sangre que circulaba por las venas de ambos, comprendí mejor que ninguna definición leída lo que era la Justicia. Calderón hubiera tenido bastante con una contestación de ese calibre para uno de sus mejores dramas. Y ante aquella sublimidad, vislumbré entonces por primera vez lo que es la terrible Justicia, que en el Gólgota llegó a sacrificar a un Inocente para satisfacer el daño que Él no había cometido.

Segundo caso:

Tierras vascongadas. Una muchacha del campo se encuentra al lado de la vía férrea. Pasan seis hombres, mejor dicho seis sátiros.

Y uno tras otro, la violan, y esta mujer, enloquecida al ver lo que ha perdido, se lanza al tren que pasaba por aquellas inmediaciones, y la máquina, sin matarla, le causa graves heridas. Se instruyó sumario, creyendo que se trataba de un accidente o de un suicidio. Mas luego, llamada la atención del juez por quien oportunamente debía llamarla, ahondó y profundizó en forma tal, que por cierto mereció un elogio en la sentencia, y se descubrió el delito en la forma expuesta. Cuando a puerta cerrada se celebraba el juicio oral en un gran salón tétrico y lúgubre, en el que, por haberse apagado la luz, estaba iluminado de una manera deficientísima por unas velas que hacían más siniestro el momento, en aquella ocasión, cuando en aquel entonces la joven, arrastrando el vilipendio de su deshonra y las cicatrices de sus lesiones se le decía que mirara si aquellos individuos eran los autores del delito, aquella mujer no quería verlos, resistiéndose, y al cumplir con la obligación que se le reiteraba para que afirmara si eran o no los autores del hecho, aquella mujer dijo: "Sí, son; ésos son los criminales que tuvieron menos compasión conmigo que la máquina del tren, que no me mató". Cuando estas manifestaciones se realizaban y los guardias civiles apretaban convulsos las culatas de los fusiles y las lágrimas de aquella mujer venían a decir todo lo que no podía decir, y con todo ello se dictaba sentencia, se sabía lo que era Justicia.

Y vamos con el último:

En una isla riente y preciosa del Mediterráneo, en un pueblo apartadísimo, un monstruo, que se decía padre y lo era de dos niñas, creyó que el único modo en que podía contraer nuevas nupcias, porque era viudo, era asesinar a aquellas hijas, que él había engendrado. Y estas niñas, de ocho y diez años, fueron ahorcadas por su propio padre, en circunstancias que sólo el recuerdo hace conmover las entrañas más duras. Cuando el juez practicaba las diligencias, cuando el juicio se celebraba, cuando el fiscal hacia presente al Jurado y le decía: "No es un homicidio, o sea la muerte de un hombre por otro hombre; no es la muerte de un fratricida en el que mandan los vínculos de la sangre; no es un uxoricidio, con el rompimiento, además, de lo que Dios unió de por vida; ni aun esa monstruosidad de un hijo que mate a sus padres; es más, es la muerte ocasionada por un padre asesinando a sus hijas, cuando están, además, para hacer mayor la abominación, precisamente en la edad más encantadora, que no pueden haber hecho daño alguno y habían crecido lo suficiente para hacerse querer y amar incluso por un desalmado. Y cuando con sus vestidos blancos, de vuelta de la procesión del Corpus a que acababan de asistir, viendo bajo los velos eucarísticos al Dios que, como mártires, directamente, verían momentos después, este aborto del infierno ahorca a una en la escalera de la casa, y a la otra, a pesar de las lágrimas con que clamaba misericordia, igualmente la cuelga de un árbol inmediato."

Cuando en esos momentos el Tribunal actuaba y los jurados no podían disimular su emoción incontenible, y el público, anhelante, se

estrujaba en espera de un fallo condenatorio que el sólo ser hombre exigía, entonces se sabía bien lo que era Justicia.

Porque en esos momentos se siente la adecuación perfecta que en lo humano cabe entre el acto que viola el derecho y su restauración, y se halla el descanso exigido porque de las mismas manos de Dios viene la potencia que Él tiene de juzgar a los hombres. Sois delegados del propio Dios, ejerciendo, como se decía en las escuelas, el oficio de Dios, y eso es lo que en estos momentos e instantes debéis considerar. Y brindo esto a los juristas de bajo vuelo que se entretienen en alambicar si el Decálogo permite estas o las otras penas.

¡Ah; pero no olvidéis tampoco, y tenerlo muy presente, que llegará un instante en el que Dios, que juzga las mismas justicias, os juzgará a vosotros, y entonces no los hombres, sino el mismo Dios os pedirá estrecha cuenta de si, como lo jurásteis, habéis administrado recta, cumplida e imparcial Justicia!

Los límites temporales de la cosa juzgada

J A I M E G U A S P

Catedrático de Derecho procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO: I. Ideas generales en torno a la cosa juzgada: 1. Concepto de la cosa juzgada; 2. Naturaleza de la cosa juzgada; 3. Fundamento de la cosa juzgada; 4. Biología de la cosa juzgada; 5. Significación procesal de la cosa juzgada.—II. Límites de la cosa juzgada: 1. Nociónes previas; 2. Límites subjetivos de la cosa juzgada; 3. Límites objetivos de la cosa juzgada; 4. Límites de la cosa juzgada en cuanto actividad.—III. El límite temporal de la decisión judicial: 1. Planteamiento; 2. Eficacia del fallo sobre el tiempo anterior a su producción: la llamada retroactividad de la sentencia; 3. Eficacia del fallo sobre el tiempo posterior a su producción: indicación general; 4. La sentencia sometida a condición; 5. La sentencia sometida a término o plazo.—IV. El cambio de las circunstancias que produjeron el fallo como límite temporal de la decisión judicial: 1. Preliminar; 2. El cambio de las circunstancias que dieron origen al fallo; 3. Qué se entiende por cambio temporal; concepto de cambio, sus clases y repercusiones de cada una; necesaria índole cronológica de los cambios relevantes para la limitación de la cosa juzgada; 4. Qué se entiende por circunstancias que dieron origen al fallo; la distinción entre fundamentos y argumentos; el problema de las cuestiones; 5. Principales supuestos de aplicación de la teoría de los límites temporales de la cosa juzgada; 6. El límite temporal de la cosa juzgada en las sentencias constitutivas; 7. El límite temporal de la cosa juzgada en las sentencias declarativas; 8. El límite temporal de la cosa juzgada en las sentencias de condena.—V. Régimen de actuación de los límites temporales de la cosa juzgada: 1. Necesidad de determinar el régimen de actuación de los límites temporales de la cosa juzgada; 2. Limitación de la sentencia ex officio: la revisión temporal de los fallos judiciales; 3. Limitación de la sentencia a instancia de parte; 4. Actuación del límite temporal por vía de recurso; 5. Actuación del límite temporal por vía de acción impugnativa autónoma; 6. Actuación del límite temporal por vía de apertura de un nuevo litigio.

sobre el fondo.—VI. El problema en el derecho positivo español: 1. Deficiencias en la concepción general del instituto de la cosa juzgada; 2. Necesario reconocimiento de la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada; soluciones posibles: identificación del límite temporal y el límite causal, negación de la cosa juzgada en caso de limitación temporal; 3. Aplicaciones positivas de la teoría general.

I. Ideas generales en torno a la cosa juzgada

I. Concepto de la cosa juzgada.

La decisión de un proceso, como acto normal de conclusión del mismo, engendra importantes efectos de significación tan trascendente, que son muchas veces considerados como *efectos del proceso* en conjunto más que de uno de sus actos particulares. Entre estos efectos, deteniéndose tan sólo en aquellos que revisten *índole estrictamente jurídica* y apartando los que asumen un carácter predominantemente económico, se hallan consecuencias que corresponden a dos distintos sectores del mundo del derecho: consecuencias de *orden jurídico material* y consecuencias de *orden jurídico procesal*, perteneciendo las primeras por su esencia al ámbito del derecho llamado substantivo y las segundas al ámbito del derecho del proceso, erróneamente configurado a veces, por oposición al anterior, como derecho adjetivo o formal.

No es frecuente, pero sí posible, que una decisión judicial produzca *efectos de orden jurídico material* estricto. La eficacia jurídico-material de una decisión judicial, cuando existe, puede ser *directa* o *indirecta*. Hay *eficacia jurídico-material directa* de un fallo cuando éste, de modo inmediato, provoca en el mundo del derecho substantivo una consecuencia que antes no existía, creando, modificando o extinguiendo alguna o algunas situaciones jurídicas extraprocesales; supuesto en el que se hallan únicamente las denominadas, precisamente en atención a esta eficacia, decisiones constitutivas, en las que el Juez crea, modifica o extingue situaciones de derecho material, v. gr., incapacitando a un demente, dividiendo la cosa común o anulando (no declarando la nulidad) de un contrato. Hay *eficacia jurídico-material indirecta* de una decisión cuando ésta, sin proponerse inmediatamente una consecuencia de tal naturaleza o al margen de ella, origina efectos substantivos por vía secundaria o refleja, en los que la sentencia opera más que como acto (accedimiento ligado intencionalmente a una voluntad) como hecho (accedimiento que produce efectos independientemente de la voluntad), v. gr., cuando cierto fallo es considerado fuera del proceso como condición de un negocio jurídico material.

Pero más importante, a los efectos actuales, que la determinación de la posible eficacia jurídico-material de una decisión judicial es el análisis de sus *efectos procesales*. La eficacia jurídico-procesal de un cierto fallo se descompone a su vez en dos grandes series de consecuencias:

una de carácter *declarativo o influencia del fallo en ulteriores actividades de declaración* del orden jurisdiccional, otra de carácter *ejecutivo o influencia del fallo en ulteriores actividades de ejecución* del propio orden. Nos interesa aquí tan sólo la primera de estas consecuencias, en que consiste precisamente la *res iudicata*, dejando fuera la segunda o *actio iudicati*, que se contrapone plenamente a la anterior.

La cosa juzgada es, en efecto, *esta influencia* que ejerce un cierto fallo sobre posibles *declaraciones ulteriores* de cualquier otro órgano jurisdiccional y puede ser más plenamente definida como la *indiscutibilidad o inatacabilidad de un fallo judicial, una vez que éste ha sido emitido*. No se trata, sin embargo, en el moderno derecho procesal civil, de una mera *repercusión negativa* del fallo (imposibilidad de abrir un nuevo proceso sobre la misma materia), sino de una verdadera función *positiva* del mismo (imposibilidad de que en ningún nuevo proceso se decida de modo contrario a como antes fué fallado). Existiendo cosa juzgada, el *órgano jurisdiccional* (si el progreso del correspondiente ordenamiento jurídico abandona en este punto el principio dispositivo) o las *partes* (posiblemente el *actor*; más frecuentemente el *demandado*, por vía de oposición: la llamada *excepción de cosa juzgada, prescindiendo de que uno u otro hayan vencido o hayan sido vencidos en el proceso anterior*), impiden cualquier discusión que tienda a contradecir o atacar el pronunciamiento judicial anterior, rechazando de este modo (según el criterio de cada derecho positivo) la *admisibilidad o la fundamentación de la alegación correspondiente*.

Es frecuente distinguir, dentro del concepto general de la cosa juzgada, entre *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada material*, definiendo la primera como la inatacabilidad del fallo *dentro del mismo proceso* en que se produce, por vía de recurso, y la segunda como la inatacabilidad del fallo *dentro de proceso distinto*, por vía de acción independiente. Pero si se considera que el proceso a que da lugar un recurso es distinto de aquel en que se emite el fallo recurrido, la distinción tiene que ser *enmendada*, diferenciando los *ataques inmediatos* de la decisión judicial (se pide su reforma y para ello se abre un nuevo proceso) de los *ataques mediados* (se abre un nuevo proceso en el que se pide resolución contraria a la anterior). Tanto en uno como en otro caso se trata de dos *ideas separables* desde el punto de vista terminológico, según hace el derecho español, conviniendo designar a la primera *firmeza del fallo* y reservar sólo para la segunda la expresión de (*autoridad de la*) *cosa juzgada*.

2. Naturaleza de la cosa juzgada.

Por su naturaleza, la cosa juzgada *no es una noción de orden lógico* que el ordenamiento jurídico recoja en cuanto tal del modo de ser esencial de un fallo. Nada hay, en efecto, en un pronunciamiento judicial que exija, por imperativo lógico, atribuirle a éste la incontrovertibilidad en que la cosa juzgada consiste. La cosa juzgada no supone

un puro *reconocimiento de la verdad* por parte de quienes la acatan: ni la sentencia es inmodificable por encerrar una verdad auténtica que deba ser forzosamente respetada. Pero si la cosa juzgada no se explica por la verdad intrínseca de la decisión, tampoco se explica porque sea *una ficción o una presunción de verdad*, ya que tales construcciones no hacen más que proporcionar un soporte artificioso e innecesario al instituto de la cosa juzgada.

La cosa juzgada tiene una *naturaleza neta* y estrictamente *jurídica*. Es una *creación del ordenamiento jurídico*, que, como tal, tiene sólo validez y vigencia dentro del ámbito de éste. Ahora bien, es una figura jurídica, no de *derecho material*, sino de *derecho procesal*. En otras palabras, opera, no porque transforme la situación jurídica material existente antes de la decisión del proceso, sino porque, al margen de tal transformación, surge una especial eficacia procesal que antes no existía. Es fundamental, pues, rechazar la llamada *teoría material de la cosa juzgada*, tanto en su *forma pura* como en su *forma moderada*, según la cual lo modificado a consecuencia del fallo es la relación o conjunto de relaciones que existen entre las partes. Por el contrario, una vez reconocida la *estricta naturaleza procesal* de la cosa juzgada, hay que estimar de orden secundario la determinación ulterior de tal naturaleza y el decidir si se trata preferentemente de un *vínculo para el órgano jurisdiccional* o para las partes (agotamiento del derecho del actor, reforzamiento del derecho del demandado), ya que, probablemente, todos estos aspectos concurren en la institución, y su unión recíproca es la que le da precisamente la fisonomía que le es propia.

3. Fundamento de la cosa juzgada.

Tiene interés averiguar el *fundamento de la cosa juzgada*, es decir, el porqué de su existencia y de su inclusión dentro de los dogmas fundamentales del derecho procesal.

Es frecuente sostener que *no es ésta una noción impuesta por imperativos de carácter superior* a aquellos que integran el propio derecho positivo; que *no se trata*, verdaderamente, de una concepción tan *indispensable* que su apartamiento de un cierto sistema procesal arruine a la institución, por lo menos en teoría, y que *no es cierto que el derecho natural, v. gr., exija la inmutabilidad de los fallos judiciales* en que consiste esencialmente la cosa juzgada.

Se ve claro, entre los *dos criterios valorativos* que inspiran a las normas procesales (como a cualesquiera otras normas jurídicas), cuál es aquél a que obedece primordialmente la institución de la cosa juzgada. El *valor justicia* permanece indiferente a esta figura; incluso muchas veces le es hostil, porque al *valor justicia* puro repugna, sin duda, que una decisión judicial permanezca inmutable aunque se patentice su discrepancia con el orden jurídico substancial. En cambio, el *valor seguridad* postula la existencia de la cosa juzgada, por cuanto sin ella las situaciones jurídicas materiales nunca quedarían aclaradas y

sí en trance de perpetua revisión. Así, pues, es lógico afirmar que la cosa juzgada es una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad para la mejor obtención del bien común.

La tesis resulta tan elemental y sólida, que no puede razonablemente ser rechazada. Sin hacerlo, desde luego, cabe afirmar, no obstante, que la cosa juzgada *no es una mera derivación contingente del proceso*, sino (supuesta la contingencia inicial del proceso en su totalidad) un efecto necesario del proceso mismo. Esta necesidad de la cosa juzgada respecto de la decisión judicial se obtiene a base de una construcción correcta del fenómeno procesal en su conjunto.

El proceso no es, como muchas veces se sostiene, una institución de función secundaria o instrumental, de tutela de otras realidades primarias, sean éstas los derechos subjetivos de los particulares o el ordenamiento jurídico objetivamente considerado. La función procesal auténtica es de carácter principal, directo e inmediato. Pero tal función no consiste tampoco en la resolución de conflictos de opiniones (proceso = juicio), o de voluntades (proceso = contienda, controversia o contestación) o de intereses (proceso = litigio). La realidad objetiva primaria sobre que el proceso recae es la pretensión de una parte y la verdadera función procesal es satisfacerla. Se satisface una pretensión de parte (se entiende que aquí se habla de satisfacción jurídica y no de satisfacción psicológica, la cual puede obtenerse o no y es, en concreto, irrelevante para el derecho procesal) cuando es recogida, examinada y resuelta por un órgano del Poder público dotado de imparcialidad (o lo que es lo mismo, de especificidad, dentro de la estructura general administrativa). La resolución de una pretensión puede llevar a una de dos conclusiones distintas: o a actuarla, si es fundada (esto es, normalmente, conforme con el derecho objetivo) o a desestimarla, si es infundada (esto es, normalmente también, no conforme con tal derecho). En uno y otro caso, la pretensión queda objetivamente satisfecha, pues se la tiene en cuenta y se la pone en práctica o no, según objetivamente lo merezca. La decisión de fondo de un proceso lo que hace, pues, es proceder esencialmente a tal satisfacción.

Ahora bien, una vez que una pretensión ha sido satisfecha, en uno u otro sentido, no hay por qué ocuparse nuevamente de ella, pues la reproducción del litigio en tal hipótesis carecería en realidad de causa jurídica que la justificase. La pretensión que ha sido examinada en cuanto al fondo por el órgano jurisdiccional está ya, *eo ipso*, satisfecha y no hay razón para que interpuesta nuevamente tenga que ser recogida, examinada y resuelta otra vez. Esta sencilla verdad es la que late en el fondo de las antiguas construcciones sobre consunción procesal y de las más modernas sobre agotamiento del derecho de acción.

El ordenamiento procesal no puede renunciar a la institución de la cosa juzgada sin incurrir en una contradicción esencial de sus bases. Cuando el derecho del proceso otorga fuerza a una decisión judicial es porque entiende que con ella la finalidad peculiar del proceso, la satisfacción de pretensiones, ha quedado alcanzada. Si admitiera luego-

la renovación integral del litigio tendría que destruir este postulado: tendría, en efecto, que reconocer que *la pretensión no se halla satisfecha o que, una pretensión, aun satisfecha, puede originar un proceso* (sobre el fondo), con lo cual claro está que habría que buscar por otro camino la fijación de la función procesal auténtica. *El derecho procesal* puede, desde luego, dilatar indefinidamente el momento en que considera que una decisión judicial es inmediatamente atacable, prolongando a su arbitrio la cadena de los recursos; pero una vez que declara la existencia de una cierta sentencia firme, en un proceso ordinario, *se ve obligado a cerrar toda discusión ulterior* sobre la materia antes controvertida. La cosa juzgada no es, por ello, un mero refinamiento artificial del proceso, sino una *consecuencia imprescindible del sentido básico de la institución*.

4. Biología de la cosa juzgada.

Se puede hablar, metafóricamente, desde luego, de *biología de la cosa juzgada* como se habla de la biología de un contrato o de una relación jurídica, para designar, en lenguaje figurado, la evolución en el tiempo de tal figura, en sus tres momentos básicos de *nacimiento, desarrollo y extensión*.

a) La cosa juzgada *nace* tan pronto como en un proceso *no excluido de esta clase de efectos* se emite una *decisión sobre el fondo* que deviene *firme* que no poder ser inmediatamente impugnable (en vía de recurso). Ello quiere decir que el nacimiento de la cosa juzgada exige:

a') Un proceso que *no esté excluido expresamente de la producción de esta clase de efectos*. En ocasiones, ciertamente, el ordenamiento jurídico sustrae la eficacia de la cosa juzgada de ciertas decisiones en razón a la naturaleza de los procesos en que se dictan. Prescindiendo ahora del problema en lo que respecta a los procesos de ejecución, los casos más importantes de fallos privados de la autoridad de cosa juzgada son los que se dictan en los *procesos sumarios* por la brevedad de trámites y limitación de la *cognitio* judicial que en ellos predomina y que priva de garantías firmes a la correspondiente decisión judicial.

b') Un *fallo* que recaiga de modo efectivo *sobre el fondo* del litigio planteado, esto es, que examine la pretensión en todos sus fundamentos. Si la pretensión, aun recogida por el órgano jurisdiccional, no es discutida en cuanto al fondo por falta de algún requisito previo que lo impida (*id est*, por falta de un presupuesto procesal), la cosa juzgada verdaderamente no se produce. La *imposibilidad ulterior* de convertir la resolución (interlocutoria) que juzgue acerca de tal requisito se explica por la fuerza de la *preclusión*, no por la de la cosa juzgada.

c') Un *fallo* que *no sea susceptible de impugnación inmediata*, por vía de recurso, sino que esté cerrado a este tipo de discusiones, en razón a su *firmeza*, la cual puede deberse, tanto a no ser recurrible por naturaleza como a que los recursos, posibles en principio, no han sido interpuestos o han quedado a su vez desestimados. Se comprende que

mientras sea posible una revisión directa del fallo judicial, no ha lugar a pronunciar la prohibición de revisión indirecta (mediante la apertura de un nuevo litigio) en que la cosa juzgada consiste. El principio suele enunciarse diciendo que *la cosa juzgada formal es presupuesto de la cosa juzgada material*, lo que equivale a sostener, en el lenguaje del derecho español, que sólo las sentencias firmes gozan de la autoridad de cosa juzgada. Debe entenderse, empero, que *no se trata de una imposibilidad lógica, sino jurídica* y que, en realidad, antes de la firmeza de un fallo la apertura del nuevo litigio sería también rechazable en virtud de la excepción de litispendencia, precedente *in tempore*, en la mayor parte de los casos, de la excepción de cosa juzgada.

b) Una vez nacida *la cosa juzgada se desenvuelve indefinidamente* a través de todas las situaciones ulteriores a que pueda afectar la decisión judicial pronunciada. Ciento que no opera sin sujeción a límites, que precisamente serán estudiados en el apartado siguiente, pero estos límites, más que de la eficacia en sí, lo son de la inmutabilidad de las consecuencias que la integran. El desenvolvimiento de la cosa juzgada es, en principio, ilimitado, aunque su aplicación concreta a ciertos supuestos sea rechazable en virtud de razones de orden subjetivo, de orden objetivo o de orden de actividad.

c) La cosa juzgada, no obstante, es susceptible en muchas ocasiones de sufrir una verdadera terminación de sus efectos, mediante un *fenómeno de extinción*.

Se deduce del carácter de desenvolvimiento indefinido que tiene la cosa juzgada el que ésta no concluye nunca en virtud de un acaecimiento espontáneo. Para que la cosa juzgada desaparezca es preciso una *provocación de su extinción*, esto es, una actividad de algún sujeto dirigido a obtenerla. Teóricamente sería posible atribuir una misión de esta clase y los poderes correspondientes al *órgano jurisdiccional* para que éste, en determinados supuestos, procediera *ex officio* a la revisión de fallos judiciales y a la anulación de su autoridad de cosa juzgada. Pero resulta mucho más ajustado a las concepciones fundamentales del derecho del proceso el atribuir tales posibilidades a quienes tienen un *interés particular y directo* en conseguir la remoción de la fuerza de la sentencia, permitiendo que, en ciertos casos, ataquen la inmutabilidad del pronunciamiento judicial. La parte goza así de un poder de nueva discusión del fallo, que viene a constituir un *nuevo tipo de recurso*, siquiera este tipo ofrezca la anomalía de ir contra resoluciones que, por ser firmes, parece que ya *per definitionem* no están sometidas a impugnación directa alguna.

Prescindiendo de figuras que a veces, dudosamente, son consideradas como recursos contra la cosa juzgada (audiencia al rebelde, tercería), lo cierto es que la verdadera impugnación extintiva de la autoridad procesal de un fallo es el llamado, en el derecho español, *recurso de revisión*. Mediante tal recurso, las sentencias firmes, por motivos taxativamente determinados, son sometidas a una crítica de su contenido (*judicium rescindens*) que, en caso de llegar a su revocación, per-

miten la apertura de nuevo debate sobre la misma materia anteriormente decidida (*iudicium rescissorium*).

5. Significación procesal de la cosa juzgada.

La cosa juzgada tiene una extraordinaria *significación procesal*. No es que deba considerarse como una *noción metajurídica* ni siquiera *metajudicial* (si bien no se puede negar la posibilidad de la aplicación de un concepto análogo a otros sectores del ordenamiento jurídico), ni tampoco que pueda identificarse su producción con el verdadero *fin del proceso*, sino que la autoridad de la cosa juzgada, derivación necesaria de la verdadera función procesal, proporciona el indispensable remate a las actividades normales de un proceso en cuanto que mediante ella se *proclama* de modo definitivo el *sentido* verdadero de la *institución*: la satisfacción de pretensiones.

II. Límites de la cosa juzgada

1. Nociones previas.

El tipo especial de eficacia en que consiste la cosa juzgada, dentro de su desenvolvimiento indefinido, no actúa sin discriminación, de tal modo que queden sujetos a ella cualesquiera acaecimientos judiciales que más tarde puedan producirse. Por el contrario, hay *zonas acotadas a la fuerza expansiva del fallo*, el cual viene a operar siempre de un modo limitado, dentro de un ámbito marcado estrechamente. Para conocer con exactitud la consistencia de la figura examinada es preciso trazar este ámbito, esto es, analizar los *límites de la cosa juzgada*.

Generalmente se parte en este punto de una tesis muy extendida: la de las llamadas *tres identidades de la cosa juzgada*. Según esta doctrina de las tres identidades, para que un fallo goce de la autoridad de la cosa juzgada en un proceso ulterior es preciso que entre el primer pronunciamiento y el nuevo litigio se dé la perfecta concurrencia de tres *elementos comunes*: los *sujetos* (*eadem personae*), el *objeto* (*eadem res*) y la *causa o razón de pedir* (*eadem causa petendi*). existiendo, en consecuencia, *tres clases de límites* de la cosa juzgada: *límites subjetivos*, *límites objetivos* y *límites causales*. A esta dirección se afilia el derecho español cuando prescribe los requisitos de la "presunción" de cosa juzgada, si bien desdobra innecesariamente el límite subjetivo para distinguir, de un lado, las partes, y de otro, la calidad con que actúan en ambos procesos. La doctrina de las tres identidades, obvio resulta decirlo, no es sino una *manifestación del criterio* más general que establece la *identificación de las acciones* a base de los mismos *tres elementos*, aplicando luego esta conclusión a los tres problemas fundamentales en que está en juego tal identificación: el cambio de demanda, la litispendencia y la cosa juzgada.

La tesis de las tres identidades es *errónea* por incompleta. No sólo los sujetos, el objeto y la causa individualizan el verdadero contenido de un litigio y del fallo correspondiente, pues hay *otras varias circunstancias* que en uno y otro precisa tener en cuenta y que son dejadas arbitrariamente a un lado por la doctrina dominante. En consecuencia, no cabe decir que sólo hay tres límites de la cosa juzgada, ya que en función de aquellas circunstancias surgen *nuevos elementos* delimitadores de la característica inmutabilidad de una sentencia.

Con objeto de llegar a una determinación más satisfactoria de los límites auténticos de la cosa juzgada hay que distinguir, dentro del fallo a que se atribuye tal eficacia, *tres elementos fundamentales*: los *sujetos*, el *objeto* y la *actividad* en que el pronunciamiento consiste. En cada una de estas dimensiones básicas hay que indagar la extensión de la cosa juzgada, estudiando por ello separadamente sus *límites subjetivos*, sus *límites objetivos* y sus *límites en cuanto actividad*. Y esto no es reproducir la doctrina de la triple identidad con otra terminología, pues, como se verá a continuación, el reajuste de conceptos se hace de otra manera y el límite en cuanto actividad se desdobra en otras categorías menores, cada una de las cuales funciona a su vez como nueva barrera de la fuerza de la cosa juzgada.

2. *Límites subjetivos de la cosa juzgada.*

La cosa juzgada tiene, en primer término *límites subjetivos*. Esto quiere decir que para que opere exige la *identidad de sujetos*, es decir, que sean los mismos los que figuraron en el litigio en que el fallo se produce y en el nuevo y ulterior proceso. Si falta esta identidad, la cosa juzgada, en principio eficaz, puede ser rechazada por los terceros y discutir éstos, en consecuencia, el contenido del pronunciamiento anterior.

Dejando a un lado el problema de la identidad en lo que respecta al órgano jurisdiccional, hay que entender que el límite subjetivo de la cosa juzgada afecta exclusivamente a los *sujetos que son partes* en ambos procesos. Respecto a tales partes, la identidad subjetiva exige, teóricamente, una *identidad física* (la misma persona) y una *identidad jurídica* (la misma calidad jurídica) entre las partes de uno y otro proceso. Pero a veces este doble requisito se atenúa o elimina, no tanto en el sentido de que baste la *identidad física sin identidad jurídica*, sino en el sentido de que baste la *identidad jurídica sin identidad física*, lo que explica la extensión de la fuerza de la cosa juzgada a quienes, sin haber litigado materialmente en el proceso anterior, están vinculados a tales litigantes por una *participación* (solidaridad o indivisibilidad) o una *transmisión* (causahabientes a título universal o singular) de las correspondientes situaciones jurídicas.

De modo excepcional hay casos en que la cosa juzgada opera *sin límites subjetivos*, esto es, goza de eficacia inmutable *erga omnes*. Tales son, en el derecho español, los casos en que se litiga sobre cuestio-

nes relativas al *estado civil de las personas* y sobre la *validez o nulidad de las disposiciones testamentarias*. Esta ilimitación subjetiva de la cosa juzgada plantea graves problemas de construcción del correspondiente proceso, a base de perfilar la debida *legitimación* de las partes que actúan, lo que exigirá en muchos casos la exigencia de que medie entre ellos el vínculo del *litisconsorcio* necesario activo o pasivo.

3. *Límites objetivos de la cosa juzgada.*

La cosa juzgada no opera cuando el segundo proceso tiene un *objeto* distinto que el primero. El objeto procesal auténtico lo constituye la *pretensión de parte*, sobre la que recaen las actividades de los diversos sujetos del litigio. *Identidad objetiva* entre dos o más procesos la hay, pues, cuando es la misma la *pretensión procesal* que en cada una figura.

Alhora bien, la pretensión procesal comprende dos grandes elementos individualizadores: la *petición* y el *fundamento*. La *petición* recae de modo inmediato sobre un *quid* específico y determinado (objeto de la pretensión, pero no del proceso): un *bien de la vida*, que puede ser tanto una *cosa corporal* como *incorporal*, especialmente, en este último supuesto, la *prestación de otra persona*, incluyéndose ambas categorías en la noción de *cosa litigiosa* en sentido amplio. El *fundamento* consiste en la invocación de ciertos *acaecimientos que justifican la petición del actor*, acaecimientos puramente de hecho, pues los supuestos normativos que sirven para valorarlo (fundamentos de derecho) no contribuyen a la individualización de la pretensión.

La *identidad de pretensiones*, clave esencial de la identidad objetiva de los procesos, exige, por lo tanto, una *identidad del bien* sobre que se litiga y una *identidad de los fundamentos de hecho* en virtud de los cuales se reclama. El derecho español habla expresamente de identidad de *cosas* y de *causas* y esta terminología es perfectamente aceptable, entendiendo por cosa la *res litigiosa* estricta, el bien de la vida que se pretende, y por causa la verdadera *ratio* o *causa patendi* de la pretensión, los fundamentos de hecho que la legitiman. Ningún otro elemento (v. g., las *cuestiones*) juega papel relevante en esta determinación de la extensión objetiva de la cosa juzgada. Pero el *objeto auténtico*, la pretensión procesal, en su doble elemento analizado, si traza una *limitación* de tal figura, impidiendo que cuando se esté en presencia de distintas cosas litigiosas o de distintas causas de pedir siga operando la normal inmutabilidad del fallo.

4. *Límites de la cosa juzgada en cuanto actividad.*

El tercer elemento de la cosa juzgada, la modificación de realidad que determina en cuanto *actividad* estricta, tiene también importancia a los efectos de fijar su limitación. En tres dimensiones esenciales se mueve toda actividad: la del *lugar*, la del *tiempo* y la de la *forma*. En

cada una de estas tres dimensiones hay fronteras que trazar a la eficacia de la cosa juzgada.

Por *razón del lugar*, la cosa juzgada no opera de suyo si se trata de decisiones emitidas fuera del territorio nacional, y ello debido a la natural limitación espacial del ordenamiento jurídico a que la cosa juzgada pertenece, si bien mediante una específica actividad de reconocimiento, identificada a veces con el llamado juicio de *exequatur*, puede conseguirse esta restauración de la inmutabilidad del fallo dictado por Tribunales extranjeros.

Por *razón del tiempo*, la cosa juzgada encuentra un límite, aparte de ciertas demarcaciones temporales que eventualmente la acompañan desde el principio, cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la decisión judicial.

Por *razón de la forma*, la cosa juzgada no se extiende sino a los pronunciamientos que integran el fallo estricto, dentro de la sentencia, y no a sus motivaciones, y en el fallo tan sólo a las declaraciones que éste efectivamente contenga, no a las omitidas, si bien, en caso de conexión evidente, puede admitirse la equiparación de aquellos extremos implícitamente decididos (la llamada cosa juzgada implícita).

De estas tres dimensiones interesa especialmente aquí la que se refiere a la limitación temporal de la cosa juzgada.

III. El límite temporal de la decisión judicial

I. Planteamiento.

Como toda obra humana, la decisión judicial tiene un *momento o punto temporal* en que puede considerarse como existente dentro del complicado proceso formativo de la sentencia; dicho momento o punto puede fijarse en *distintos acaecimientos*: después de la génesis puramente interna del fallo, bien en el instante de la expresión definitiva de la voluntad (v. g., el cierre de la votación en los órganos colegiados), bien en el instante de su formulación por escrito (con la firma correspondiente), bien en el instante de llegar el pronunciamiento a sus destinatarios (mediante la consumación de la normal notificación ulterior). Mas cualquiera que sea el criterio sustentado a este respecto, es evidente que habrá siempre un momento de tiempo en que la *sentencia* deba estimarse como *puesta ya en el mundo de la realidad*.

Pero la *sentencia*, naturalmente, *no agota su eficacia en el instante temporal* en que jurídicamente nace. La sentencia está destinada a *prolongar* su eficacia en el tiempo, a *perdurar* durante un lapso más o menos prolongado y más o menos determinable. La sentencia no confunde, pues, su eficacia temporal con la del momento cronológico en que es dada a luz. Vive durante espacios de tiempo distintos, a veces breves, a veces dilatadísimos y hasta indefinidos. Estos *lápsoos de tiempo* constituyen, como es natural, el *ámbito temporal* de una *decisión judicial* cualquiera.

Cabe estudiarlos dividiéndolos en dos grandes categorías: ámbitos de tiempo correspondientes a *momentos anteriores* a la sentencia misma y ámbitos de tiempo correspondientes a los *momentos* que vienen con *posterioridad*.

2. Eficacia del fallo sobre el tiempo anterior a su producción: la llamada retroactividad de la sentencia.

La sentencia, en realidad, no puede pretender nunca operar de un modo material e inmediato sobre el tiempo anterior a su producción. El tiempo, intrínsecamente considerado, es irreversible: de aquí que en realidad la sentencia no afecta al pasado en cuanto tal. Es posible, no obstante, que *situaciones jurídicas del pasado* sean estimadas, a partir de un cierto momento, de modo distinto a como hasta entonces lo fueron, o bien es posible que, respetando la estimación anterior, se las considere como alteradas en lo sucesivo. Cuando un fallo judicial produce alguno de estos efectos, podemos hablar de *retroactividad de la sentencia*, distinguiendo en ella, como en la eficacia temporal de las normas jurídicas, una retroactividad *de grado intenso*, que afecta a las situaciones pasadas en cuanto tales, y una retroactividad *de grado débil*, que sólo afecta a las situaciones pasadas en cuanto productoras de nuevos efectos futuros.

Suele decirse que es un *efecto jurídico de las sentencias su normal y absoluta retroactividad*. En efecto, a base de la consideración del carácter generalmente *declarativo* de los fallos judiciales, es lógica la deducción de que éstos operan sobre las *situaciones jurídicas de existencia anterior*. Pues si el fallo, realmente, no crea, modifica ni extingue el *status jurídico* preexistente, sino que se limita a decir cómo es tal *status*, de ello se deriva (igual que ocurre con las leyes usualmente llamadas *interpretativas*) que debe haber una *retroacción* del mandato judicial *en virtud de su índole declarativa*, entendiendo que las situaciones anteriores no se alteran realmente, sino que se entienden como existentes, siempre y en todo momento, del modo en que vienen a ser declaradas por el fallo judicial.

La *teoría* del carácter retroactivo de las sentencias en fuerza de su índole declaratoria *no puede*, sin embargo, *ser mantenida*, por partir de una idea errónea acerca de la verdadera función del pronunciamiento judicial. Empieza ya porque semejante construcción no sería aplicable de manera estricta, según sus propias premisas, más que a las llamadas *sentencias declarativas*, esto es, a aquéllas que se limitan a constatar o hacer patente cuál sea una cierta situación jurídica. En las *sentencias constitutivas*, es decir, en las que crean, modifican o extinguieren situaciones jurídicas que antes no existían, la tesis *retroactividad = declaratoriedad* carece, evidentemente, de aplicación. Y en las *sentencias de condena*, donde la situación jurídica debatida en el litigio, preexistente o no, es impuesta al demandado, la función declarativa de la sentencia queda ampliamente rebasada, y no se sabría, por lo tan-

to, en qué basar la retroactividad del fallo. Pero, sobre todo, hay que hacer notar que no siendo la verdadera misión de las sentencias judiciales pronunciarse simplemente sobre cuáles o cómo sean ciertas situaciones jurídicas, de derecho objetivo o de derecho subjetivo, sino *actuar una pretensión de parte*, el carácter retroactivo o irretroactivo del fallo no puede obtenerse más que a base de un análisis de la *eficacia temporal* que pretenda asignarse a la correspondiente *pretensión*. Si la *pretensión de parte* quiere que una cierta situación jurídica pasada valga de una cierta manera (y el derecho objetivo lo justifica), el fallo en cuestión tendrá *eficacia retroactiva*; si por el contrario, la *pretensión* no trata de operar sino *pro futuro*, el fallo (supuesta la estimación de la pretensión) sólo podrá en consecuencia *mirar* también *hacia adelante* desde el punto de vista temporal. La *eficacia temporal del fallo* es, pura y simplemente, la *eficacia temporal de la pretensión* (fundada), e incluso para conseguir este efecto llega el derecho procesal a la ficción de considerar a la *sentencia como dictada en el mismo momento o en el momento inmediatamente siguiente a la interposición de la pretensión*. Así se explica que, independientemente del carácter declarativo o constitutivo de las sentencias, puedan operar éstas según los casos *ex tunc* o *ex nunc*, si bien no debe ocultarse que, de modo normal, la eficacia retroactiva, *ex tunc*, de las sentencias sea más propia de los fallos declarativos y la eficacia irretroactiva, *ex nunc*, sea más adecuada a los fallos constitutivos, pudiendo verse en las sentencias de condena, si se distingue entre efectos principales y secundarios, la combinación de ambas clases de eficacia.

Ateniéndose a las *posibles repercusiones retroactivas de un fallo*, podemos, pues, trazar varios supuestos teóricos de eficacia de la sentencia hacia el pasado:

a) La *sentencia opera hacia atrás indefinidamente*, esto es, afectando con su eficacia a todas las situaciones jurídicas incorporadas al fallo, sea cualquiera el momento temporal en que surgieron. Este es el supuesto característico de los fallos declarativos *stricto sensu*. Si una sentencia declara que una cierta persona no es propietaria de un determinado bien (sin más indicación), se entiende que tampoco lo era con anterioridad al pronunciamiento judicial, esto es, que dentro del estado de derecho a que el fallo se refiere dicha persona no ha sido nunca propietaria.

b) La *sentencia opera hacia atrás, pero no indefinidamente, sino limitadamente*, esto es, afectando a las situaciones jurídicas incorporadas al fallo que se hallen dentro de un espacio de tiempo previo delimitado, hipótesis en que cabe hablar, matizando la figura general de la retroactividad, de retroacción del mandato judicial. El caso es más raro que el anterior, pero posible, y comprende tanto sentencias de naturaleza declarativa como constitutiva. El ejemplo más importante en el derecho español es el de la llamada retroacción de la quiebra, según la cual ciertos actos realizados por el deudor común en un lapso de tiempo anterior a la declaración de quiebra determinadamente fijado

son ineficaces; el carácter declarativo o constitutivo del pronunciamiento correspondiente depende de que los actos en cuestión se tengan por nulos (por nulidad que se declara) o por anulados (por anulación que se constituye).

c) La *sentencia opera hacia atrás*, pero extendiéndose sólo al momento en que se interpuso la pretensión, lo cual, en virtud del principio que vincula jurídicamente el tiempo de la pretensión y el del fallo, no puede considerarse propiamente como una verdadera retroactividad. Este es el apartado propio de los fallos constitutivos. Si una sentencia declara la incapacidad del sujeto pasivo de la pretensión se le debe considerar como incapacitado desde el momento mismo de la interposición de la pretensión. A veces, no obstante (y en el mismo terreno de la incapacidad), el derecho positivo, apurando la significación constitutiva de la sentencia, conexiona su eficacia al momento de la sentencia misma y no al momento de la pretensión, con lo cual es evidente que la general retroactividad de la sentencia, aun de la aparente incluida en este grupo, se desvanece por completo.

Es posible, finalmente, que una misma sentencia combine varios de estos tipos de eficacia temporal. Así ocurre de modo normal en las *sentencias de condena*. El condenado viene sujeto a la obligación principal con carácter retroactivo (es obligado desde antes del fallo), pero sólo queda sujeto a las responsabilidades accesorias desde el momento de la interposición de la pretensión (v. g., al pago de intereses), e incluso cabe decir que sólo queda sometido a la ejecución (*actio iudicati*) ordinariamente desde el momento de la emisión del fallo mismo, supuesta además su ulterior inimpugnabilidad.

3. Eficacia del fallo sobre el tiempo posterior a su producción: indicación general.

A parte de la posible eficacia retroactiva de un *fallo judicial*, lo normal e inevitable es que éste opere *hacia adelante*, vinculando a las situaciones jurídicas a que afecte y que surjan en lo sucesivo.

En general, esta *eficacia* del fallo sobre los momentos posteriores a su producción no está temporalmente definida. Ello quiere decir que, a salvo indicación expresa o implícita en contrario, el contenido de un pronunciamiento judicial no desaparece por el transcurso de un espacio de tiempo cualquiera: tiene una tendencia de duración temporal ilimitada. En el caso, v. gr., de que se haya establecido judicialmente que el demandado debe pagar al actor una cierta cantidad de dinero, la obligación impuesta judicialmente, comprende, de modo indefinido, todos los instantes de tiempo posteriores a la sentencia misma. Lo que no significa, naturalmente, que la obligación no pueda desaparecer posteriormente mediante el juego de cualesquiera circunstancias extintivas: el pago, la condonación, la prescripción, sino que estas circunstancias son ajenas a la sentencia misma, ya que la sentencia normal, de suyo,

no encierra ninguna causa inmanente de extinción del fallo al transcurrir el tiempo ulterior.

Mas este principio que es la norma general *puede quedar modificado y se modifica de hecho* en ciertas circunstancias concretas. La sentencia normalmente no está sujeta a ninguna limitación temporal de futuro. A veces, no obstante, tal limitación se produce y surge un fenómeno de modificación en el tiempo del fallo, por causas que sólo a él cabe imputar.

La sentencia que sufre semejante limitación temporal puede experimentarla por su vinculación a una de dos circunstancias insertas en el tiempo futuro: o bien a la circunstancia que supone su vinculación con un acaecimiento futuro, desde luego, pero incierto, o bien a la circunstancia que supone su entronque con un acaecimiento futuro y cierto en cuanto al momento en que se ha de producir. Llamando condición al primero de estos acaecimientos y término al segundo, se observa que una sentencia con limitación temporal es tanto la sentencia que se halla sometida a una condición como la sentencia que se halla sometida a un término o plazo.

4. La sentencia sometida a condición.

Sentencia sometida a condición sería, pues, en principio aquella en que la eficacia del fallo se hiciera depender de la producción de un acaecimiento futuro o incierto con relación a la sentencia misma. Según que lo vinculado al acaecimiento futuro e incierto fuese el nacimiento o la extinción de la eficacia de la sentencia, cabría hablar, según la terminología general, de una sumisión de ésta a condición suspensiva o a condición resolutoria, respectivamente. En la sentencia bajo condición suspensiva la eficacia del fallo no se daría hasta que se produjera la circunstancia en que consiste la condición; a la inversa, en la sentencia bajo condición resolutoria, la sentencia engendraría efectos, desde luego, pero cesaría de producirlos tan pronto como viniera a cumplirse la condición.

Para saber hasta qué punto se encuentran en la práctica en casos determinados sentencias sujetas a condición hay que descartar, en primer término, todos aquellos fallos en que existe una vinculación implícita a posibles acaecimientos futuros, ya que esto es normal en toda obra humana y hablar aquí de condiciones de la sentencia resultaría evidentemente impropio. Si un pronunciamiento judicial establece que el demandado viene obligado a pagar una renta vitalicia al actor o que debe entregar la cosa específica reclamada, no cabe sostener que nos hallamos en presencia de fallos condicionados, porque el primero se extinga al morir el acreedor de la renta y el segundo desaparezca por la eventual pérdida de la cosa debida. Sólo hay condición verdadera del fallo si la circunstancia condicionante no se limita a ser la mera exigencia de que se den o de que subsistan los elementos esenciales que determinan la situación jurídica recogida en la sentencia.

Entendiéndolo así, hay que observar que una sentencia sometida a condición es un *fenómeno poco favorecido por el ordenamiento jurídico* y, en consecuencia, relativamente raro. La sentencia, como los restantes actos procesales, *huye*, en general, de condicionamientos que ponen en incertidumbre la decisión del litigio, comprometiendo por ello una de las finalidades básicas del proceso civil: la certeza de las relaciones que componen el sistema jurídico privado. La *posibilidad* de que el contenido de un fallo venga sujeto a condición es, por ello, frecuentemente *silenciada* en el derecho positivo: lo que no quiere decir que no se encuentren en muchas ocasiones pronunciamientos en que se hace depender la absolución o la condena del demandado de la existencia o inexistencia de un incierto acaecimiento ulterior: v. gr., se condena al demandado si con posterioridad a la emisión del fallo sigue negando la exhibición de los libros de contabilidad al actor.

Ahora bien, ¿son estos casos supuestos de una *sentencia verdaderamente sujeta a condición*? Cabe dudarlo si se piensa que en ellos el mandato judicial considerado como un todo no pende en la *incertidumbre*, cambiando únicamente sus efectos, *dentro de lo que el mismo fallo prescribe*, a tenor del cumplimiento de la deficiencia de la condición. Según esto, el campo auténtico de la verdadera sentencia condicionada quedaría extraordinariamente reducido, aplicándose tan sólo a aquellas hipótesis en que la sentencia *in complexu*, y no parte del contenido del fallo, estuviera sometida al evento condicional. Tal sería el caso de la *sentencia sujeta a recurso (gravamen)*, ya que de la estimación o desestimación del recurso depende el que la totalidad del fallo subsista o quede eliminada. Pudiéndose hablar en consecuencia, en las *sentencias recurribles*, de *sentencias sometidas a condición* que se configura, según los diversos criterios, ora como una condición de carácter *suspensivo*, ora como una condición de *efectos resolutorios*.

5. La sentencia sometida a término o plazo.

Cuando la *eficacia del fallo* se hace depender, no de la existencia o inexistencia de un acaecimiento futuro e incierto, sino de la *superveniente de circunstancias futuras de segura y fija producción*, cabe hablar de *sentencias sujetas a término o plazo*. En realidad, el término o plazo sólo puede comprender la limitación temporal que consiste en la sumisión de la eficacia a un *cierto día o conjunto de días*, es decir, a un elemento puro y netamente cronológico, pero, por comodidad de la sistematización, no hay inconveniente en agrupar aquí todas las circunstancias que aunque no sean de índole meramente temporal, por la certeza y precisión de su emplazamiento en el tiempo, son reductibles a términos o plazos auténticos; debiendo comprenderse los acaecimientos que no ofrecen esta naturaleza. v. gr., el *certus an incertus quando*, más bien en el apartado anterior que en el actual. Del mismo modo que en la condición, es posible hablar en el término de una *eficacia suspensiva* y de una *eficacia resolutoria: suspensiva* cuando el acaecimiento

delimitado (en este caso la sentencia) sólo vale a partir de un cierto momento (*terminus a quo*), resolutoria cuando sólo vale hasta cierto momento precisamente (*terminus ad quem*).

Con carácter general, y más acusadamente aún que en el caso de la sentencia sometida a condición, es preciso decir que resultan *extraordinariamente infrecuentes los supuestos de fallos judiciales sometidos a un verdadero plazo o término*. Valen aquí las mismas razones allí expuestas, acentuándose por el hecho de que la práctica presenta menos ejemplos en que una sentencia limitada de este modo pueda resolver con justicia más afinada, aun en mengua de la seguridad o certeza, ciertos problemas de la realidad.

Desde luego, es posible encontrar casos numerosos en que, *no el fallo mismo, sino su contenido*, depende de que sobrevenga una fecha de naturaleza suspensiva o resolutoria. Una hipótesis importante del primer grupo la tenemos en las hoy ya bien conocidas *condenas de futuro*: en ellas el demandado queda sujeto judicialmente a una obligación, pero no desde el momento en que la sentencia es emitida, sino desde una fecha posterior que el fallo mismo fija (v. gr., el arrendatario es condenado a desalojar la finca arrendada, a partir del término ulterior que establece la fecha en que el Juez estima concluso el contrato de arrendamiento). Los *supuestos del segundo grupo* son, acaso, más abundantes aún: la prestación que se impone al demandado queda extinguida, según el mandato judicial, en una cierta fecha (v. gr., la compañía demandada tiene obligación de suministrar anualmente una cierta mercancía hasta un año que es determinado por el órgano jurisdiccional).

Pero también aquí es posible *poner en duda* que éstas sean *sentencias temporalmente limitadas por un término o plazo desde el momento que el mandato judicial vale en cuanto tal en todo tiempo* y es sólo su *contenido*, o parte de su contenido, el que queda *afecto a la restricción* que supone el término suspensivo o resolutorio. Ello quiere decir que las sentencias sometidas a término o plazo no habría que buscarlas en este terreno, sino en aquel en que se den *limitaciones totales* de la decisión. No habrá que insistir entonces en la *rareza del fenómeno*: prescindiendo de la *suspensión temporal* que a veces se impone a una sentencia *in toto* (v. gr., por la expectativa de un recurso contra la misma y aun ello afecta sólo generalmente a su eficacia ejecutiva, siendo posible, además, como ya se ha visto, incluir el caso en la categoría de las sentencias sometidas a condición), tendríamos que acudir a los *momentos anormales de la vida del ordenamiento jurídico* (liquidación de guerras o revoluciones) para encontrar supuestos auténticos, dentro de la época de transición, de una limitación temporal, por término o plazo, de ciertos fallos judiciales.

IV. El cambio de las circunstancias que produjeron el fallo como límite temporal de la cosa juzgada

1. Preliminar.

En realidad, se ha examinado hasta aquí el *límite temporal de la sentencia* misma, pero no el *límite temporal de su inmutabilidad*, es la cual estriba, como ya se ha visto, su condición de cosa juzgada.

La *limitación temporal de la cosa juzgada* existe, no cuando el fallo queda sujeto, en su eficacia retroactiva o irretroactiva, a una fijación temporal, sino *cuando lo que depende del transcurso del tiempo es la posibilidad de que la sentencia, subsistente en su eficacia intrínseca, pueda ser modificada o alterada*. Para concebir un supuesto de limitación temporal de la sentencia hay que imaginar un caso en que el devenir del tiempo haga desaparecer, *no la fuerza total* de la misma, *sino el especial efecto de su inatacabilidad*. Esto es difícil que ocurra por el mero hecho del transcurso del tiempo, sin más, sea breve o prolongado, pero puede darse, y se da con mucha frecuencia, cuando en el tiempo ulterior al de la sentencia se alteran las circunstancias que dieron origen al fallo, y por ello el fundamento básico de la sentencia queda radicalmente modificado. Si se admite que una tal modificación lleva consigo, *no la ineficacia absoluta* del fallo, pero sí la posibilidad de que éste deje de ser inatacable y se pueda abrir un nuevo litigio sobre la misma materia, se estará en presencia de una inequívoca *limitación de la cosa juzgada*, que es posible considerar como límite de la misma de carácter temporal.

La terminología, desde luego, es susceptible de provocar *graves objeciones*. El *tiempo en sí* no es el límite que ahora se analiza de la cosa juzgada, supuesto que no basta con su mero transcurso para hacerla desaparecer: son las *nuevas circunstancias* las que determinan la demarcación de la cosa juzgada. Ahora bien, si se considera que estas *circunstancias* en tanto juegan aquí *en cuanto se modifican dentro del tiempo y, por ello, importan precisamente en su calidad de novedades cronológicas*, sigue habiendo motivos bastantes para sostener la denominación propuesta. En todo caso, hecha la aclaración correspondiente, el problema terminológico no afecta a la solidez de la construcción ulterior.

2. El cambio de las circunstancias que dieron origen al fallo.

Todas las sentencias deben el pronunciamiento que contienen a la *existencia o inexistencia de ciertos acaecimientos* que, al ser apreciados por el Juez, determinan la dirección del fallo en un sentido determinado. Si en un proceso de incapacidad, el órgano jurisdiccional se convence de la demencia del sujeto pasivo de la pretensión de incapacidad, se pronuncia en favor de la misma, fundándose en la anormalidad mental que estima existente. Si en un litigio sobre la propiedad de un cierto

bien, cree el Juez que el actor lo compró efectivamente de quien podía enajenarlo y obtuvo su entrega ulterior, declara la propiedad reclamada, fundándose en la adquisición regular y en la tradición de la cosa. Si en un juicio sobre devolución de un préstamo, llega el deudor a la conclusión de que se dió al demandado una cierta cantidad de dinero, a título de mutuo, y que ésta no ha sido pagada, condena a la devolución, fundándose en la existencia de la obligación exigible y en la inexistencia de causas extintivas. Los ejemplos podrían acumularse indefinidamente: en todos ellos se encuentra, en la base de la decisión judicial, una serie de circunstancias que son las que han dado esencialmente origen al fallo, en el sentido concreto que reviste en cada caso y no en ningún otro cualquiera.

En virtud de la fuerza de la cosa juzgada, el *fallo*, supuesta su ilimitación temporal, es *inmodificable* en el tiempo de modo indefinido, es decir, impide cualquier contradicción ulterior de lo mandado, sea cual sea el tiempo transcurrido desde que la sentencia se dictó. Pero la verdad es que el *transcurso del tiempo no deja de operar sobre aquellas circunstancias* que fundamentaban el pronunciamiento judicial, antes al contrario, *refuerza* en ellas muchas veces de una manera transcendental; v. gr., devuelve la salud mental a quien antes no la tenía, presencia la nueva enajenación del bien por quien adquirió su propiedad, determina que el deudor pague después de condenado, sin necesidad de ulterior ejecución judicial. En todos estos casos, si la sentencia en cuestión permanece rigidamente *inmutable*, el resultado a que se llega es *injusto y absurdo* a todas luces, pues hay una *realidad que choca* con la permanencia indefinida de las situaciones jurídicas primeramente constituidas, declaradas o impuestas. Así, ¿podrá sostenerse que el enfermo mental que recobra la lucidez no puede incoar un proceso de capacitación porque la sentencia dictada en otro anterior le incapacita con fuerza de cosa juzgada?; ¿o que el adquirente del bien nuevamente enajenado, por haber perdido el proceso anterior, contra el que fué declarado propietario, no puede ya reivindicar la cosa?; ¿o que el deudor que pagó, tras la condena, sigue siempre sujeto a la eficacia inmutable del fallo que le impuso la obligación? No; es evidente que en todos estos casos la *sentencia primeramente dictada deja de ser inatacable, cesando su fuerza de cosa juzgada en virtud precisamente de la transformación* que en el tiempo vienen a sufrir sus fundamentos determinantes.

Sería posible intentar una *construcción jurídico-material*, o afín a la que se da para los problemas jurídico-materiales, de semejante alteración de una de las características principales de la eficacia de la decisión judicial. Tal ocurriría si se hablase de sentencia sometida a la cláusula *rebus sic stantibus* o de la doctrina de la *presuposición* o de la *base del negocio* (aquí, de la *base de la declaración judicial*) aplicada al presente caso, por no elegir sino algunas de las principales concepciones que, en el derecho privado, explican fenómenos semejantes al que ahora se analiza. Pero en el supuesto actual no es necesario acudir

a tales remisiones: basta con señalar que la *inmutabilidad de la sentencia* o autoridad de cosa juzgada, establecida *ex lege*, queda también *ex lege* sometida a diversas *limitaciones*, entre las cuales figura o debe figurar la *temporal*, en el sentido antes explicado. Sólo es preciso advertir, en el terreno de la fundamentación del *límite temporal* de la sentencia, que éste no se confunde con el *límite objetivo causal*, ya que el *transcurso del tiempo* no exige que la causa primitivamente puesta en juego se modifique, sino que los *hechos* que dieron lugar a la estimación o desestimación de la causa *se hayan transformado*. Uno y otro problema son *distintos* (v. gr., la misma causa extintiva del pago, rechazada en un litigio anterior, puede hacerse valer en el nuevo, sin el obstáculo de la cosa juzgada, cuando los hechos en que apoya son diversos y posteriores a los que tuvo en cuenta la primitiva decisión judicial) y esto es lo que explica y recomienda el *tratamiento por separado* de ambas cuestiones.

La *regla básica* en materia de determinación del límite temporal de una sentencia puede, pues, enunciarse así: *la cosa juzgada no opera cuando han cambiado en el transcurso del tiempo las circunstancias fundamentales que originaron el fallo judicial*. Ahora bien, esta regla básica necesita un *desarrollo* en que se indique más detenidamente qué se entiende por cambio temporal y qué se entiende por circunstancias fundamentales que dieron origen al fallo. Tal desarrollo es, precisamente, el que intenta darse en los siguientes apartados de esta exposición.

3. *Qué se entiende por cambio temporal; concepto de cambio, sus clases y repercusiones de cada una; necesaria índole cronológica de los cambios relevantes para la limitación de la cosa juzgada.*

El *límite temporal de la cosa juzgada* supone, en primer término, como antes se dijo, un *cambio, por el transcurso del tiempo, de determinadas circunstancias*.

Por *cambio* se entiende aquí una *mutación, alteración o transformación* de las circunstancias de que se trata, tanto si las anteriores desaparecen íntegramente para dejar el paso a otras nuevas (*cambio total o sustitutivo*) como si se mantienen, pero con diferente estructura o función que no autoriza a hablar de sustitución total entre ellas (*cambio parcial o transformativo*). Cambio existe, v. gr., cuando la menor edad, subsistente durante el primer litigio, se convierte en mayor edad en el segundo, cuando el sobrante de aguas comprobado en un proceso desaparece con posterioridad, cuando la voluntad de condonar la deuda declarada inexistente por fallo judicial se emite realmente más tarde, y así sucesivamente. En muchos casos será difícil trazar la línea que separa los cambios estrictos o *sustituciones* de los cambios improprios o *transformaciones*, y en realidad no es necesario, a los efectos actuales, ahondar la distinción conceptual que existe entre ambos.

Los *cambios* que pueden producirse por el transcurso del tiempo, en las circunstancias que han dado origen a un cierto fallo judicial se dividen en *tres grandes categorías*. O bien son *cambios confirmatorios*, en los cuales el acaecimiento que sirvió de fundamentación a la sentencia queda corroborado por otro que surge con posterioridad (v. gr., la enajenación del bien común hecha por un condeño queda ratificada por declaración ulterior de los restantes); o bien son *cambios modificativos*, en los cuales no se afirma ni niega el acaecimiento anterior o aparte de tal afirmación o negativa se introducen elementos distintos del mismo (v. gr., la concesión de una garantía por persona distinta del deudor para el caso de que el crédito exista efectivamente); o bien son *cambios contradictorios*, en los cuales el acaecimiento nuevo es incompatible en su eficacia con la subsistencia del antiguo, ya porque el primero se refiere a una situación de inexistencia y el segundo provoca la existencia de la situación, ya a la inversa (v. gr., el pago posterior hecho por el deudor, la pérdida de la cosa debida que sobreviene con posterioridad al litigio).

Se comprende que cada una de estas clases de cambios tiene, en realidad, una *repercusión distinta* sobre la extensión de la cosa juzgada. El *cambio confirmatorio*, como es obvio, no la hace desaparecer: a lo sumo podría preguntarse si en tal supuesto el vencedor primitivo podría incoar un nuevo proceso para obtener la nueva declaración (*lato sensu*) de su derecho ahora robustecido; pero, aunque se responda afirmativamente (si existe el correspondiente interés jurídico de la parte), como se entiende que la cosa juzgada opera hoy ya a favor de ambas partes y con una función no negativa, sino positiva, esto no sería una limitación, sino una aplicación pura de la fuerza de la institución. El *cambio modificativo* tendrá que ser descompuesto en sus elementos esenciales para conocer su repercusión sobre la autoridad de la cosa juzgada: en lo que tenga de confirmatorio o contradictorio seguirá el régimen de estas dos distintas categorías; en lo que tenga de distinto integrará normalmente una causa diferente a la antes no alegada y escapará, por ello, a la fuerza de la cosa juzgada, pero no en virtud de la teoría de la limitación temporal, sino en virtud de la teoría de la limitación objetiva causal. El *cambio contradictorio* es, por ello, el que viene a determinar de modo exclusivo el límite temporal de la sentencia: una contradicción en las circunstancias que originaron el fallo respecto a las nuevamente producidas, una imposibilidad de que subsistan las primeras si se dan realmente las segundas, es lo que permite negar a la sentencia su normal inmutabilidad.

Pero debe tenerse en cuenta que el *cambio* ha de revestir *siempre* una *índole cronológica*, y de aquí la justificación del nombre de la actual limitación. La *contradicción entre circunstancias que existían ya en el momento de dictarse el fallo no prima* a éste de su *carácter indiscutible*; sólo se produce este efecto cuando sobreviene la *oposición de fundamentos después de la emisión de la sentencia*. Si el condenado pretende discurrir el fallo fundando una excepción de pago antes rechazada en cir-

cunstancias distintas a las alegadas, pero que existían al momento de cerrarse el juicio en que se pronunció la condena (v. gr., diciendo que pagó, no por una entrega *in manu*, sino por una cesión de crédito hecha por un tercero), su pretensión debe ser desestimada, y, a la inversa, cabrá que se acoja cuando invoque *circunstancias posteriores* (v. gr., la misma cesión de crédito si es de fecha posterior). El momento de extinguirse las posibilidades de alegación normales o extraordinarias, en un litigio cualquiera (momento que varía en cada tipo procesal según el orden de su tramitación), cierra la discusión en torno, no sólo a la circunstancia efectivamente invocada, sino también en torno a las que cada parte hubiera podido invocar: de aquí que el *cambio de circunstancias* que justifica la limitación de eficacia de una sentencia, en el sentido que ahora se estudia, sea sólo, en todo caso, un *cambio temporal*.

4. *Qué se entiende por circunstancias que dieron origen al fallo; la distinción entre fundamentos y argumentos; el problema de las cuestiones.*

En segundo lugar, el límite temporal de la cosa juzgada exige que el cambio cronológico, a que se hizo referencia en el apartado anterior, afecte a las *circunstancias que originaron el fallo*, cuya inmutabilidad queda limitada.

Se hace necesario, por lo tanto, extraer de entre la gran masa de *acontecimientos* cuya existencia o inexistencia provoca la puesta en la realidad del fallo en cuestión, aquellos que *verdaderamente originan* de una manera naturalmente adecuada, directa e inmediata el que la *decisión judicial* se pronuncie en uno o en otro sentido. En la sentencia, como en toda obra humana, se da la *combinación* de la eficacia de *una serie de factores* cuya respectiva relevancia no sería posible trazar aquí sin plantear cuestiones pertenecientes a una *teoría filosófica de la causalidad* que ahora se hallaría totalmente desplazada: causas esenciales en sus cuatro principales acepciones (eficiente, material, formal, final o teleológica), causas secundarias, concausas, meros supuestos condicionantes (v. gr., la remoción de posibles elementos impedidores u obstativos). Las *circunstancias* que interesan ahora son, de modo estricto, las que revisten *índole verdaderamente esencial*, a los efectos de la puesta en existencia del fallo. Son, por decirlo con expresión de matiz más definido, *todas aquellas circunstancias que provocan de un modo inmediato la génesis de cierto contenido de un pronunciamiento de fondo judicial*, fórmula con la que quedan suficientemente descartados los tres tipos de *factores* que son *irrelevantes* aquí; a saber: *los factores que sólo influyen en la producción de la sentencia de una manera secundaria o accidental, los factores que influyen esencialmente en la existencia del fallo, pero no en que éste venga integrado por uno u otro contenido, y, finalmente, los factores básicos de contenido de la decisión, pero que*

no pertenecen al fondo del litigio, sino a su *determinación puramente procesal*.

Estas circunstancias que provocan de modo inmediato la génesis de cierto contenido de un pronunciamiento de fondo judicial pueden llamarse *fundamentos de la sentencia*, incluyendo en esta denominación principalmente los *fundamentos de hecho* (*id est*, circunstancias de orden fáctico), pero también, en ocasiones, los *fundamentos de derecho* (mejor, circunstancias de orden normativo), pues es posible, aunque no frecuente, que la alteración de una norma jurídica en el tiempo, si el legislador le da un valor retroactivo absoluto, permita la creación de la inmutabilidad indefinida del fallo. Los fundamentos de la sentencia, entendidos con carácter estricto, son, en consecuencia, los que provocan con su eventual alteración en el tiempo la existencia de un límite temporal de la cosa juzgada.

Se oponen a los fundamentos de la sentencia, como antes se vió, todas aquellas *circunstancias que no reúnen los requisitos precisos para influir en ella del modo que aquí se exige*. En la medida en que este segundo orden de circunstancias ha sido recogido en el litigio debatido por la partes y valorado, incluso, en el fallo por el Juez, debe considerarse como la *argumentación del proceso*, a diferencia de su *fundamentación*. Los hechos de significación procesal pertenecen, pues, a una de dos distintas categorías: *fundamentos o argumentos*, y esta dualidad, que por serlo de todo el proceso lo es también de cada uno de sus actos básicos, reviste una gran importancia para la teoría y práctica procesales, siendo de la mayor importancia distinguir exactamente entre *los fundamentos y los argumentos de la pretensión* y *los fundamentos y los argumentos de la decisión*: los primeros son acaecimientos individualizadores del litigio, los segundos no pueden llenar nunca esta importante función. Y precisamente el análisis que ahora se hace de cuáles sean las circunstancias relevantes para la mutación del fallo no se traduce sino en una remisión a la teoría más amplia de cuáles sean las circunstancias relevantes para la individualización de un proceso, resolviéndose tal análisis en la afirmación de la relevancia de los fundamentos y la irrelevancia de los argumentos para el supuesto debatido.

El problema de hasta qué punto un *cambio en las cuestiones* suscitadas en un litigio influye sobre la subsistencia de la cosa juzgada puede solucionarse ya a estas alturas sin dificultad. Las *cuestiones*, como dudas que son suscitadas en torno a alguno de los fundamentos invocados en el proceso, *pertenecen al orden de la argumentación* y no al orden de la fundamentación del litigio. De aquí que un mero *cambio en dichas cuestiones*, ya venga o no provocado por el transcurso del tiempo, *no puede tenerse en cuenta* a los efectos de establecer la normal limitación de la cosa juzgada.

5. *Principales supuestos de aplicación de la teoría de los límites temporales de la cosa juzgada.*

Expuesta en sus líneas generales la teoría de los límites temporales de la cosa juzgada, se han de ver ahora los principales *supuestos de aplicación* de la misma a los diversos tipos de sentencias que conoce, explícita o implícitamente, el ordenamiento jurídico.

Estos tipos de sentencias son, fundamentalmente, tres, como se sabe: las *sentencias constitutivas*, las *sentencias declarativas* y las *sentencias de condena*. Nada hay, en principio, que obligue a *rehusar* para alguna de estas clases la aplicación de la doctrina sobre limitación temporal de la cosa juzgada. Pero como un primer examen superficial pudiera hacer pensar lo contrario y llevar a la afirmación de que el límite temporal es sólo propio de las sentencias constitutivas y de imposible existencia en las sentencias declarativas, participando de uno y otro efecto las sentencias de condena, en lo que tienen de condición de ambas, conviene detenerse brevemente en la aclaración de los puntos correspondientes.

Véamos, pues, *cómo se aplica la teoría* de los límites temporales de la cosa juzgada a las sentencias constitutivas, las sentencias declarativas y las sentencias de condena.

6. *El límite temporal de la cosa juzgada en las sentencias constitutivas.*

En realidad, la *limitación temporal de la cosa juzgada no plantea graves dificultades* en las *sentencias constitutivas*. Como en ellas, por definición, se establece un cambio en el *status jurídico* que antes existía, creando, modificando o extinguiendo las situaciones jurídicas primitivas, la idea de nuevas modificaciones ulteriores que alteren el pronunciamiento ya dictado no parece repugnar en absoluto, y se admite sin dificultades la tesis de que el cambio en las circunstancias que dieron origen al fallo modifica la constitución anterior, llegándose a veces, por quienes desconocen esta categoría científica, a *negar* a las sentencias constitutivas *la fuerza de cosa juzgada* para obtener análogos resultados.

Pero tal negación es equivocada. En realidad los *supuestos más convincentes* de limitación temporal de la cosa juzgada se extraerán precisamente de este sector de decisiones. Un cierto derecho positivo, como le ocurre, v. gr., al español, puede, en materia de incapacidad judicial ceñirse a la ordenación de un proceso o serie de procesos que tengan por objeto conseguirlo o lograrlo, sin pensar en la posibilidad de que un litigio de tal naturaleza sea también necesario para reintegrar o devolver la capacidad jurídicamente perdida, por haber cesado las condiciones físicas o sociales en que la incapacidad se basó. Pero como sería absurdo mantener la situación primitiva, en aras de una rígida ilimitación temporal de la cosa juzgada, también en tales hipótesis se ve aquí bien clara la necesidad de permitir, por una u otra vía, el nuevo examen judicial del asunto, cosa que sólo se logra satisfac-

terioramente mediante una construcción del instituto de la cosa juzgada sujeta a los límites temporales que ahora se analizan.

Las *sentencias constitutivas* no suscitan, pues, obstáculos importantes en cuanto a la afirmación de su limitación temporal.

7. *El límite temporal de la cosa juzgada en las sentencias declarativas.*

Por el contrario, en las *sentencias declarativas* el juego de los límites temporales se muestra *en apariencia más difícil* y puede incluso, en un examen superficial, llevar a creer en la *inadecuación* de tal concepto a este tipo de decisiones. En efecto, si un fallo judicial se reduce a constatar cuál es la situación jurídica existente entre las partes, sin hacer dentro de ella ninguna operación innovatoria, *no parece posible que cambios ulteriores afecten a tal declaración*, ya que estos cambios permitirán, si, que la situación se altere, pero no modifican la certeza de la declaración precedente.

Sin embargo, esta opinión, que lleva a un resultado negativo de los límites temporales de la cosa juzgada en las sentencias declarativas, puede desvanecerse recordando cuál es la *esencia de la cosa juzgada* y cuál es la *función verdadera de los pronunciamientos de mera declaración*. La *limitación de la cosa juzgada no se propone nunca destruir la eficacia* total de la sentencia limitada, en cuanto fenómeno ya producido, ni discutir su validez o fundamentación: trata tan sólo de impedir que la natural fuerza expansiva del fallo se aplique a circunstancias que (por razones subjetivas, objetivas o de actividad) no deben quedar sometidas a ella. Por otra parte, la *sentencia declarativa no se limita a hacer una constatación de un estado jurídico que valga sólo hic et nunc*, agotándose su vinculatoriedad *en el momento de la emisión del fallo*, sino que pretende tener vigencia en el futuro de un modo indefinido, como los otros tipos de sentencias, y por ello tiene también interés respecto a las sentencias declarativas el sostener la posibilidad de una limitación temporal. Si en un litigio seguido entre dos partes, el actor es declarado propietario, pero la cosa se enajena de nuevo, esta vez válidamente, al demandado que intente ahora una acción declarativa de su propiedad no le podrá ser opuesta la cosa juzgada anterior, porque el cambio de las circunstancias que dieron origen al fallo limita, sin destruir la eficacia anterior, la inmutabilidad de la decisión, la cual, sin tal límite, no por ser declarativa hubiera dejado de seguir su operación.

8. *El límite temporal de la cosa juzgada en las sentencias de condena.*

Las *sentencias de condena* pueden concebirse, en cierto modo, como una *combinación* de sentencias declarativas y de sentencias constitutivas. La *declaración* se halla en la afirmación judicial de la *existencia* de una obligación precedente al juicio; la *constitución* se encuentra en la innovación jurídica que la sentencia de condena imprime a tal obli-

gación, no limitándose a constatarla, sino imponiéndola de modo expreso al sujeto pasivo de la pretensión procesal, imposición que, en su carácter judicial, es algo nuevo, inexistente en la situación primitiva. Cierto que esta construcción es excesivamente simplista y suscita objeciones de importancia; sin embargo, puede ser referida aquí, con relación al problema de la limitación temporal del fallo, con objeto de salir al paso de la distinción que de ella pudiera derivarse en cuanto al problema que ahora interesa.

Tal distinción consistiría en la defensa de un *doble criterio* sobre la posible limitación temporal de estos fallos, rechazándola en lo que tienen de declaración de obligaciones y admitiéndola en lo que tienen de constitución (imposición) de tales obligaciones declaradas. Pero la *tesis* resultaría, en definitiva, *doblemente errónea*: de un lado, por la *inescindibilidad del contenido del fallo judicial* en el supuesto de una condena, de la que se deduce la imposibilidad de atribuir distinta suerte jurídica a cada uno de sus elementos, mucho más si se tiene en cuenta que la declaración anterior a la imposición de la prestación correspondiente carece, en numerosas ocasiones, de verdadera substancialidad y es un mero antecedente, que no pasa en autoridad de cosa juzgada, de la decisión auténtica; de otro lado, porque no habiendo, como antes se indicó, obstáculo alguno que impida la aplicación de la teoría de los límites temporales de la cosa juzgada a las sentencias declarativas, *no hay tampoco dificultad*, cuando la *declaración previa a la condena* es también componente esencial del fallo, en sujetarla a la misma limitación. Resulta evidente que cuando el demandado condenado a la devolución de la cantidad que recibió del actor a título de préstamo la paga después, la posibilidad de mutación del fallo anterior se extiende tanto a la declaración de existencia (supervivencia) de la obligación constatada como a la imposición judicial de la prestación en que tal obligación consiste.

Las *sentencias de condena*, en cuanto a su fuerza de cosa juzgada, están, pues, sometidas de lleno a la demarcación temporal de su eficacia, e incluso en ciertos tipos de ella: condena a prestación de vencimiento futuro, bien único, bien sucesivo, llena un papel de insustituible justicia.

V. Régimen de actuación de los límites temporales de la cosa juzgada

I. Necesidad de determinar el régimen de actuación de los límites temporales de la cosa juzgada.

No basta con establecer, en general, la posibilidad de que una sentencia quede sujeta a límites temporales que extinguen su natural inmutabilidad cuando han cambiado, por el transcurso del tiempo, las circunstancias determinantes del fallo. Este es un *principio general*, su-

ficiente en sí para proporcionar el criterio de fondo que debe regir en la materia, pero incompleto si se tiene presente la necesidad de resolver también las cuestiones prácticas que su implantación encierra. De aquí que una vez fijada la fórmula general de la limitación temporal de la sentencia sea preciso determinar, por vía complementaria, el *régimen de actuación* de tales límites.

Cuando las circunstancias fundamentales que dieron origen al fallo cambian por el transcurso del tiempo, cesa la inmodificabilidad de la decisión, o lo que es lo mismo, su modificación se hace posible. Pero, ¿cómo puede obtenerse la alteración buscada? El *fallo en sí*, dejado a su evolución natural, no cambia intrínsecamente, pues en cuanto puro mandato ningún impedimento intrínseco físico, lógico o jurídico, le hace desaparecer: si nada se hace en contrario, el enfermo mental que recobra la salud continúa estando incapacitado; el propietario declarado como tal frente al nuevo adquirente sigue gozando de la constatación judicial del dominio; el deudor condenado que paga espontáneamente permanece vinculado a la sentencia de condena, y sujeto (aunque éste es un problema distinto al que ahora se estudia) a la acción ejecutiva del vencedor. Para que en todos estos supuestos tenga eficacia práctica el límite temporal de la cosa juzgada es preciso una *actividad dirigida a obtenerla*, una operación de limitación, supuesto que *ipso facto* el nuevo cambio de las circunstancias no basta para engendrarla.

La *actividad de limitación* de la modificación de un fallo en función de su demarcación temporal puede proceder, por lo menos teóricamente, de cualquiera de los *dos órdenes de sujetos* que intervienen en el proceso: el *órgano jurisdiccional y las partes*.

2. *Limitación de la sentencia ex officio: la revisión temporal de los fallos judiciales.*

Teóricamente, en efecto, nada habría que vedara el *confiar la modificación de un fallo por limitación temporal de su autoridad de cosa juzgada a la iniciativa espontánea del órgano jurisdiccional*, bien del mismo órgano que dictó la sentencia, bien de otro distinto, v. g., el superior o uno que, con carácter de supremo, extendiera su competencia a todo el territorio nacional. El *sistema se articularía así*: periódicamente, de una manera total, o en cada caso, según las noticias que de los diversos asuntos se tuvieran, sería abierta una información en que, con o sin la audiencia de las partes interesadas, examinara el Tribunal la existencia y relevancia de los cambios temporales producidos desde el momento en que el fallo fué dictado, llegándose, en la hipótesis de una calificación afirmativa, a la modificación del pronunciamiento anterior, o bien, si se quisiera extremar prácticamente la distinción entre *eficacia y autoridad* de la sentencia, a una declaración que dejara subsistente el fallo, pero concediera a los interesados el poder de obtener su modificación ulterior.

Pero tal sistema puramente imaginario iría, como fácilmente puede comprenderse, *contra los principios y la mecánica normales del derecho procesal*. Sean cualesquiera las variantes de concepción, el criterio de revisión espontánea por el órgano jurisdiccional atribuiría a éste una misión totalmente en desacuerdo con sus cometidos específicos, la cual, en realidad, vendría a introducir una considerable perturbación funcional en la actividad jurisdiccional y tendría, incluso (no hay inconveniente en decirlo) muy escasa garantía de que fuese cumplidamente llevada a cabo. Totalmente superior, por ende, al sistema de la revisión *ex officio*. aparece el de la *revisión a instancia de parte*, el cual no hace sino aplicar al problema la *típica dualidad procesal*: pretensión-decisión, y de aquí que su adopción aparezca más congruente para la solución de una cuestión procesal, especialmente *dentro del proceso civil*, aunque idéntica tesis puede también sostenerse respecto a las otras ramas de la institución.

3. Limitación de la sentencia a instancia de parte.

La actuación del *límite temporal* de una sentencia a *instancia de parte* supone que el órgano jurisdiccional, inactivo si nadie solicita su intervención, es puesto en movimiento por un interesado, el cual pide, más o menos directamente, como luego se verá, una declaración (*lato sensu*) judicial que elimine la inmodificabilidad de la sentencia antes dictada, fundándose en el cambio temporal acaecido.

Dentro de esta noción general, el régimen de la limitación temporal de los fallos a instancia de parte plantea una *serie* muy abundante y compleja de *problemas*. Su adopción exige, en efecto, determinar cuáles son los sujetos que asumen la actividad de limitación; qué órgano jurisdiccional (¿quién deberá tener competencia a este respecto?) y qué partes (¿quiénes deberán considerarse como interesados a tal fin?); cuál es el objeto verdadero sobre que deba recaer la actividad delimitadora (fijación de las peticiones admisibles y de los fundamentos que deban exigirse), y cuál, por último, es el régimen de la actividad misma que conduce a la limitación (v. g., estableciendo detalladamente el procedimiento a que se ha de ajustar).

El tratamiento específico de cada una de estas cuestiones rebasaría con mucho el marco general en que se desenvuelve el presente trabajo. No obstante, para proporcionar una primera orientación en la materia, conviene especificar, siquiera sea brevemente, los *tipos fundamentales* en que, a tenor de la solución que se dé a los anteriores problemas, cabe organizar el régimen de actuación de los límites temporales de la cosa juzgada. Tales tipos fundamentales son, en substancia, tres: actuación del límite temporal *por vía de recurso*, actuación del límite temporal *por vía de acción impugnativa autónoma* y actuación del límite temporal *por vía de apertura de un nuevo litigio sobre el fondo*.

4. Actuación del límite temporal por vía de recurso.

Según la doctrina dominante, el *recurso* es, a diferencia de la acción impugnativa autónoma, un *medio de pasar simplemente de uno a otro grado de la jurisdicción* o, si se quiere, de atacar una resolución dentro de un mismo grado jurisdiccional; pero siempre, y en todo caso, *sin romper la unidad del proceso* en que se desenvuelve la resolución impugnada. Tal concepción es muy discutible, por las dificultades que existen para concebir el procedimiento de impugnación como una mera continuación o fase del procedimiento anterior, y no como un proceso especial y distinto; pero debe ser utilizada ahora, una vez hecha la aclaración correspondiente, ante la imposibilidad de exponer en este lugar las razones en que se asienta la construcción antagónica.

Ahora bien, existe una *dificultad esencial* para concebir el régimen de actuación del límite temporal de la cosa juzgada por vía de un *recurso*, entendiendo en un sentido estricto tal término. Lo que trataría de reformarse en virtud de tal recurso sería la autoridad de la cosa juzgada (material) de una sentencia, por definición. Pero esta *cosa juzgada material* está basada en la *existencia previa de una cosa juzgada formal* o firmeza de la resolución, que consiste precisamente en la preclusión de las impugnaciones (recursos) que contra ellos hubieran podido dirigirse. Llegaríamos así a un *resultado netamente contradictorio*: por un lado, a considerar a la sentencia inmodificable, en virtud de su irrecorribilidad, y por otro, a hacerla recurrible para resolver este problema.

Claro que, eliminando la contradicción de orden teórico, siempre sería posible, frente a las exigencias del concepto, montar, para éste como para otros casos, un *recurso* que se diera *contra resoluciones firmes*, verdadera *contradiccio in terminis*, en la que incurre, v. gr., el derecho español respecto al recurso de revisión, y que podría ser doctrinalmente considerado, al lado de los recursos ordinarios y extraordinarios, como un verdadero *recurso excepcional*. Pero siempre quedaría la duda en este caso de si no se ha bautizado una institución con una *denominación* que realmente *no le corresponde* y si no se está aquí, como en el caso de la revisión, ante una auténtica acción impugnativa más que ante un recurso de cualquier clase que éste sea.

El concebir la limitación temporal de la sentencia a través del juego de un recurso entraña, pues, dificultades de *no escasa gravedad*. O se suspende de modo indefinido (por la constante eventualidad de un cambio temporal) la firmeza de la sentencia, con todos los inconvenientes que esto lleva consigo, o se tiene que *rechazar* la idea del recurso para la eliminación de la fuerza de cosa juzgada material.

5. *Actuación del límite temporal por vía de acción impugnativa autónoma.*

A diferencia del recurso propio, la *acción impugnativa* es, según la doctrina dominante, un *ataque de un resultado procesal anterior*, pero que no se produce en el mismo proceso en que fué dictada la resolución impugnada, sino en otro proceso distinto al que la interposición de la nueva acción da precisamente origen. La acción impugnativa tiene, pues, de común con el recurso el *perseguir la reforma de la resolución impugnada*, pero difiere de él en que el recurso no rompe la unidad del proceso y la *acción impugnativa* sí, originando un nuevo juicio distinto del anterior. El proceso que tiene por objeto la acción impugnativa es independiente (aunque siempre dentro de la natural relación) del proceso en que fué emitido el fallo que se ataca, y de aquí el calificativo de *autónomas* aplicado a esta serie especial de acciones.

Se ve bien claro que el *sistema* de la acción impugnativa autónoma es el más adecuado para resolver el problema de la limitación temporal de la sentencia a instancia de parte interesada, cuando el ordenamiento jurídico, previendo expresamente el problema, reconoce la existencia de una acción de esta clase fundada en la sobrevenida mutación. De tal modo, cuando surge un cambio temporal en las circunstancias que dieron origen al fallo, se otorga al interesado el *poder de impugnar directamente* la resolución anterior y de obtener su modificación. Así, al incapacitado que recobra la salud mental se le otorga acción para impugnar la sentencia de incapacidad, y al condenado que paga se le otorga acción para impugnar la subsistencia de la condena. Semejantes *acciones de modificación* (*Abänderungsklage*, según el Derecho alemán, que no les da, sin embargo, toda la amplitud que exige el juego de la limitación temporal de la sentencia, por reducirlas a casos limitados y concretos) constituyen la respuesta más precisa y adecuada al problema que plantea el cambio de las circunstancias fundamentales que dieron origen al fallo. Exige, desde luego, una plena determinación ulterior de su régimen jurídico, en cuanto a la fijación de los requisitos, procedimientos y efectos de la acción correspondiente, pero tal fijación no suscita dificultades insolubles una vez aceptado el criterio fundamental de reconocimiento de la especial acción de impugnación.

El sistema es, desde luego, impracticable allí donde el ordenamiento jurídico no ha tenido la previsión del problema, y ha omitido, por consiguiente, el reconocimiento expreso de la acción impugnativa. Pues ésta, como figura especial que es de orden constitutivo, que tiende a la producción de singularísimas consecuencias jurídicas, no puede ser imaginada por el intérprete y deducida por éste simplemente, de modo arbitrario, de otros preceptos del derecho positivo. Cuando un ordenamiento jurídico calla acerca de tal cuestión, la interposición por el interesado de una acción impugnativa autónoma para eliminar directamente la autoridad de la cosa juzgada tendría que rechazarse por inadmisible e infundada.

6. *Actuación del límite temporal por vía de apertura de un nuevo litigio sobre el fondo.*

Queda una *última y más amplia posibilidad* para llevar a la práctica la limitación temporal de la cosa juzgada, allí donde el sistema del recurso (improcedente en general) o donde el sistema de la acción impugnativa autónoma (inutilizable sin una declaración expresa del derecho positivo) no pueden ser empleados. Tal sistema es el de la *apertura de un nuevo litigio sobre el fondo*, en el que no se admite la fuerza obstaculizadora que al segundo litigio opondría normalmente la existencia de la cosa juzgada. En este caso, en efecto, el interesado, ante un cambio temporal en las circunstancias que dieron origen al fallo, iniciaría un *nuevo proceso*, pidiendo la *resolución que corresponda* a la nueva situación de hecho, y ante la posible alegación de adverso invocando la cosa juzgada replicaría que la *cosa juzgada no se extiende al segundo litigio* por impedirlo precisamente su limitación temporal. El fallo anterior no se atacaría, pues, *directa e inmediatamente*, sino sólo *de manera indirecta e inmediata*, a través de la posibilidad de dictar una nueva sentencia de contenido contradictorio con el de la precedente.

El sistema constituye con relación a los dos ya expuestos un método de más rodeo y dilación que el que éstos suponían. Pero, aparte tal inconveniente, es una *manera idónea de resolver el problema de la limitación temporal de la cosa juzgada*, en los casos en que la cuestión no es solucionada expresamente por el derecho positivo. Para aplicar tal criterio basta, en efecto, con el *reconocimiento expreso o tácito, legal o meramente jurisdiccional de la existencia de tales límites temporales*. Pues si la limitación se admite, efectivamente, la apertura del nuevo proceso, siempre posible en principio, no encontrará, para llegar a una decisión que se ajuste a la nueva realidad de las cosas, el único obstáculo que ante ella se alzaba. El *régimen de actuación se acerca de tal modo al que se establece en la práctica en el supuesto de que jueguen otros límites de la cosa juzgada*, v. g.: iniciación de un nuevo proceso por quien no fué parte en el anterior, o sobre objeto distinto, o en función de otra causa, y *elimina además los problemas de detalle* del nuevo proceso mediante una remisión en bloque (que a veces exigirá la adaptación correspondiente) a las reglas porque hubo de seguirse, dada su naturaleza, el litigio anterior.

VI. El problema en el derecho positivo español

1. *Deficiencias en la concepción general del instituto de la cosa juzgada.*

El *derecho positivo español no tiene una idea verdaderamente clara y completa acerca del instituto de la cosa juzgada*.

Comienza situándolo, por influencia evidente del *derecho franco-italiano*, en un *cuerpo de derecho material*: el *Código civil*, y, dentro

de él, en el libro IV referente a las *obligaciones* y *contratos*, título I sobre las *obligaciones*, capítulo V regulador de la *prueba de las mismas*, y sección sexta, que trata de las *presunciones*, dedicándole en ella el párrafo segundo del artículo 1.251 y los tres párrafos del artículo 1.252, el primero de los cuales establece la *naturaleza jurídico-legal* de la figura y los otros determinan sus *límites principales*. De tal *emplazamiento sistemático* se deduce, en consecuencia, que para el legislador español la cosa juzgada es un *fenómeno de derecho material* y no de derecho procesal, que su fuerza se explica en razón a una especial *virtualidad lógica* y no jurídica ("presunción de cosa juzgada": artículo 1.251, párrafo segundo, *in limine*), y que está fundamentalmente acoñada por la famosa *triple identidad* (artículo 1.252, párrafo primero).

El *desarrollo procesal* de la cosa juzgada incurre en *no menores deficiencias* acerca del régimen jurídico de tal figura. Aquí no es ya el Código civil, sino la Ley de Enjuiciamiento civil la que contiene una regulación totalmente insuficiente y errónea del problema. Se carece de declaración alguna sobre los *requisitos necesarios para el nacimiento* de la cosa juzgada, excepto algunas indicaciones fragmentarias de índole negativa acerca de la inexistencia de la cosa juzgada en la decisión de ciertos procesos especiales (v. gr., artículos 1.479, 1.617 y 1.658); se omite el tratamiento adecuado de las cuestiones básicas que puede originar el contenido del *juego procesal* de tal figura, sabiéndose únicamente que es normalmente una *excepción* y, por tanto, no relevable de oficio (arg., además *ex* artículo 1.692, n. 5), sin que se determine, salvo en un caso (artículo 544), la suerte procesal de tal excepción; y no se habla, finalmente, de las *posibilidades de extinción* de su fuerza, si bien aquí de nuevo el Código civil (artículo 1.251) recoge la hipótesis más importante, y según él exclusiva, al establecer que contra la "presunción" de que la cosa juzgada es verdad sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión.

Interesa ahora especialmente, de esta parca serie de preceptos, aquellos que se refieren a la *determinación de los límites* de la cosa juzgada. Como acaba de recordarse, el Código civil español, precisamente en su artículo 1.251, párrafo primero, se adhiere implícitamente a la *doctrina de la triple identidad*, al establecer que para que la "presunción" de cosa juzgada surta efecto en otro juicio es necesario que entre el "caso" resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron. Aparentemente no hay aquí tres órdenes de identidad, sino cuatro; pero, según fácilmente se observa, dos de ellos constituyen el *mero desdoblamiento del límite personal o subjetivo*, especificado al exigir la igualdad física ("personas de los litigantes") y la igualdad jurídica ("condición con que lo fueron"). Hay, pues, en realidad en la norma transcrita una simple aplicación de la doctrina dominante, exigiendo la concurrencia de las *eadem personac. eadem res y eadem causae*, que suelen servir para individualizar el objeto de un proceso.

Ciertos *problemas en torno a los límites subjetivos* son abordados expresamente por la ley. Según se recordará, en algunos supuestos, para la autoridad de la cosa juzgada basta la *identidad jurídica, sin identidad física* de los litigantes, vinculando asimismo la inmodificabilidad de la sentencia a quienes sin haber sido partes en el litigio anterior están unidos a ellas por una *participación o una transmisión* de las correspondientes situaciones jurídicas: de acuerdo con este criterio, el artículo 1.251, párrafo tercero, del Código civil, establece que hay o se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior, o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad, o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas. Todavía *más ampliamente*, existen hipótesis en que la cosa juzgada opera *erga omnes, sin discriminación de límites subjetivos*, respecto a algunas *matérias determinadas*, y consecuente con este criterio el artículo 1.251, párrafo segundo, del Código civil, prescribe que en las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias la "presunción" de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Más allá de este desarrollo de ciertos problemas que plantean los límites subjetivos, no encontramos en el derecho positivo *ninguna indicación expresa* que sirva para resolver los restantes problemas de la cosa juzgada. Aferrado a su doctrina de la triple identidad, el Código civil ignora no sólo la posibilidad de fundir en una sola categoría, de límites objetivos, la identidad de la cosa y de la causa (cuestión de mera índole sistemática menos trascendente), sino lo que es peor, la existencia de *límites distintos* de la cosa juzgada: el territorial, el temporal, el formal. A base del puro derecho positivo español, no se sabe si las sentencias dictadas fuera del territorio español (o mejor, si se quiere, por Tribunales extranjeros) tienen o no en España fuerza de cosa juzgada, problema distinto del de su ejecutabilidad, que si es contemplado por la Ley de Enjuiciamiento civil (artículos 951 a 958), y con el que hay que establecer una forzada analogía para colmar la laguna legal; se desconoce asimismo si el cambio de las circunstancias fundamentales que dieron origen al fallo permite o no atacar la inmutabilidad de la sentencia, cuestión que es la que interesa ahora precisamente dilucidar: se ignora, finalmente, si sólo las declaraciones contenidas en la parte dispositiva de la sentencia son las que gozan de la autoridad de cosa juzgada, o si también ésta se extiende a los antecedentes (motivaciones) y consecuencias más importantes de la misma, especialmente en lo que toca a las indicaciones implícitamente contenidas en el fallo.

Las deficiencias del derecho positivo español en la concepción general del instituto de la cosa juzgada son, pues, numerosas y graves. La teoría general de la limitación temporal de la cosa juzgada dentro de nuestra legislación viene precisamente dificultada por tal circunstan-

cia. Es preciso, en consecuencia, examinar las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico a este respecto.

2. Necesario reconocimiento de la doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada; soluciones posibles; identificación del límite temporal y el límite causal, negación de la cosa juzgada en caso de limitación temporal.

La doctrina de los límites temporales no se halla recogida expresamente por nuestro derecho positivo. Aparentemente, hay que extraer de aquí una *consecuencia negativa* en torno a su aplicación: si el Código civil no habla de límites de la cosa juzgada en el tiempo, quiere decirse que tales límites no existen y que sea cualquiera la influencia que el tiempo ejerza sobre la materia sometida a la decisión judicial, esta decisión permanece irrevocable y fija. El tiempo mudaría, más no la estabilidad de la sentencia pronunciada.

Pero esta solución resulta *totalmente impracticable*. En caso de verdadera alteración contradictoria de las circunstancias auténticamente originadoras del fallo, el contraste entre la realidad de los hechos y la decisión judicial, puede llegar a ser tal que haga *intolerable* la *tesis de la inmutabilidad* del fallo precedente. Recordemos los ejemplos propuestos en el presente trabajo con mayor reiteración para ilustrar la teoría de los límites temporales de la cosa juzgada: el caso del demente incapacitado que recobra la salud mental¹, el caso del declarado propietario que transmite la cosa al vencido en el litigio anterior, el caso del condenado que paga espontáneamente después de pronunciada la sentencia de condena. ¿Es que en cada uno de estos supuestos, y en el gran número de hipótesis afines que podrían presentarse, habría que decidirse por el mantenimiento de la situación judicial anterior, a falta de una declaración expresa del derecho positivo sobre la posibilidad de una modificación del resultado del proceso precedente?

Evidentemente, no; ningún respeto al *texto literal* de la ley justificaria una respuesta afirmativa al interrogante anterior. El ordenamiento jurídico no quiere ni ha querido nunca que se llegue a una *solución tan en flagrante desacuerdo con sus propias disposiciones*, ni puede aquí la actuación de la *seguridad jurídica* (que en nada peligra por el reconocimiento de la teoría de los límites temporales) llevar a un sacrificio tan escandaloso de la *justicia verdadera*. La doctrina de los límites temporales de la cosa juzgada (con ese u otro nombre, que ello es, desde luego, de menos importancia) exige un *necesario reconocimiento* por parte de cualquier ordenamiento jurídico, se hable o no expresamente de ella, y por esto tiene que ser aplicada también en el seno del vigente derecho positivo español.

Hay dos posibilidades fundamentales de insertar la solución básica de la teoría dentro del cuadro general de preceptos del derecho español: uno es el de *identificar el límite temporal con el límite causal* y actuar el primero en virtud del reconocimiento expreso que se da al segundo;

otro es *identificar el límite temporal con una declaración de inexistencia de la cosa juzgada in genere* y eliminar así la fuerza de esta figura. Veamos, pues, brevemente el desarrollo de cada una de estas posibilidades que constituyen otras tantas soluciones al problema que plantea en este punto el silencio de nuestra legislación:

a) La *identificación del límite temporal con el límite causal* es factible si se piensa que estando determinado el primero de ellos por la existencia de un cambio temporal en las circunstancias que dieron origen al fallo, y siendo tales circunstancias, normalmente, la causa de la correspondiente pretensión de parte, la *mutación crono'ógica puede ser enfocada como una mutación causal* y, de este modo restringirse la expansión de la cosa juzgada al segundo litigio por obra de los límites causales, expresamente reconocidos por el derecho positivo. Así, en el supuesto de que un determinado litigante pierda la acción reivindicatoria interpuesta, si después de que la sentencia gane su autoridad de cosa juzgada, adquiere efectivamente la propiedad del bien reclamado, podrá hacer valer su nuevo derecho sin el obstáculo de la cosa juzgada, oponiendo a ésta el límite temporal en forma de límite causal, es decir, considerando a la segunda adquisición, más que como causa nueva en el tiempo, como distinta en calidad de la anterior.

Surgen únicamente *dificultades* a la identificación del límite temporal con el límite causal allí donde el *título* de las pretensiones que constituyen el objeto de uno y otro litigio tienen *una misma esencia*, o sea, pertenecen a igual categoría del ordenamiento jurídico, con lo cual la diferencia de causas, por lo menos en cuanto a su calificación jurídica, desaparece. Tal ocurrirá si, v. gr., el demandado pierde el proceso anterior por ser rechazada la excepción de pago que alegó y tiene que iniciar el segundo con la invocación de la misma excepción, fundada esta vez en circunstancias distintas y posteriores. Aun así, si se hace integrar el título de la pretensión por las *circunstancias concretas que lo determinan en el tiempo*, la modificación temporal de tales circunstancias seguirá siendo utilizable en calidad de pura alteración causal. Todo estriba en que la causa venga fijada por acaecimientos delimitados en el tiempo y no por la adscripción a meras categorías generales jurídicas, debiendo recordarse que la *teoría de la sustanciación de la demanda* (pretensión), hoy dominante frente a la *teoría de la individualización*, constituye un apoyo nada despreciable en servicio de tal construcción.

Ahora bien, el que existan ciertas posibilidades de identificar prácticamente el límite temporal con el límite causal, no quiere decir que también dogmáticamente deba el primero perder su *autonomía* y ser considerado como una *simple manifestación o especie* del segundo. El *cambio temporal* de las circunstancias que dieron origen al fallo *no es*, en absoluto un *cambio intrínseco y total de las mismas circunstancias*, ya que muchas veces la modificación temporal deja subsistentes los rasgos fundamentales de la motivación anterior, imprimiendo en ella, no obstante, ciertas alteraciones que bastan para determinar su modifica-

bilidad, lo que se ve especialmente claro en ciertas sentencias de condena, donde, sin que la razón básica de la sentencia se altere en lo substantivo, la eficacia de la transformación temporal sigue siendo indiscutible (v. gr., sentencia que condena a un futuro suministro periódico, cuando se altera en el tiempo la situación del mercado con relación al momento en que el fallo se dictó). La *identificación* del límite temporal y el límite causal debe, pues, reducirse a constituir un *expediente práctico* para actuar el primero, *en caso de silencio legal*, sobre el segundo, como ocurre en el derecho español, y *en tanto se produce la deseable mejora en este punto del ordenamiento jurídico positivo*.

b) La segunda de las posibilidades antes mencionadas se halla en el criterio de estimar que *cuando la sentencia ha quedado sujeta a una limitación temporal desaparece totalmente su fuerza de cosa juzgada*, equiparando así el límite temporal y la inexistencia de la inmutabilidad.

El inconveniente máximo con que tropieza este sistema es el de la *arbitrariedad* con que tendría que proceder el intérprete para negar la fuerza de cosa juzgada total a una sentencia (no obstante el disfrutar normalmente de ella) por el hecho de que posteriormente venga a sufrir una limitación temporal. Si la sentencia que condena al pago fué dictada en un juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, ¿cómo podrá afirmarse luego que, una vez firme, no goza de la autoridad de la cosa juzgada, por el hecho de que el pago sobrevenga con posterioridad? La *inmodificabilidad* de las sentencias es una *condición genérica* que se atribuye a éstas, tan pronto como se dan ciertos requisitos y que no se puede suponer que nunca haya existido por el hecho de que luego deba soportar una limitación.

De aquí que la *posibilidad* de que ahora se trata sea *unicamente utilizable* cuando de modo efectivo el *ordenamiento legal*, ante cierta clase de fallos, declara la *inexistencia de la cosa juzgada*, en vista precisamente a la obtención de su limitación temporal. Ello suele ocurrir frecuentemente con *cierto tipo de sentencias constitutivas*, que, más expuestas, por naturaleza, a la modificación temporal, se consideran a veces como improductoras de la cosa juzgada, cuando la que quiere expresarse es realmente que quedan sujetas a los límites que ahora se analizan. Hay aquí un *error en la concepción de la eficacia de la cosa juzgada*, error que, no obstante, puede ser aprovechado por el intérprete para obtener una aplicación positiva de la doctrina de la limitación temporal.

Existe en el vigente derecho español un *ejemplo muy claro* de esta confusión legal entre límites temporales e inexistencia de la cosa juzgada, ejemplo que se encuentra dentro de los preceptos que dedica la Ley de Enjuiciamiento civil a la regulación del llamado *beneficio de pobreza*. En efecto, según el artículo 33 del citado texto, la sentencia concediendo o negando la defensa por pobre no produce los efectos de cosa juzgada, ya que en cualquier estado del pleito podrá la parte a quien interese promover nuevo incidente para su revisión y revocación. Pero si se tiene en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el ar-

título 34, el litigante que solicite de nuevo la pobreza tiene que justificar que ha venido cumplidamente a ese estado por causas posteriores a la sentencia que le negó anteriormente aquel beneficio, de donde hay que deducir que para que se prive de una pobreza ya concedida debe asimismo el solicitante apoyar su petición en causas posteriores a la sentencia que la otorgó, se observa con toda evidencia que no es que la sentencia concediendo o negando el beneficio de pobreza no pase en autoridad de cosa juzgada (¿cómo se explicaría, si no, la imposibilidad de modificar el fallo anterior si no se alegan circunstancias posteriores?), sino que esta cosa juzgada, indiscutible en cuanto a su existencia, se halla sujeta a una verdadera limitación temporal.

El criterio de identificar erróneamente el límite temporal y la inexistencia de la cosa juzgada sirve, pues, cuando se utiliza por el legislador, para conseguir que, aun guardando silencio un cierto derecho positivo sobre la doctrina de los límites temporales, ésta pueda ser llevada a la práctica de un modo efectivo.

3. *Aplicaciones positivas de la teoría general.*

Una vez sostenido el necesario reconocimiento, dentro del derecho español, de la teoría de los límites temporales de la cosa juzgada, la determinación de sus *aplicaciones positivas* más importantes no suscita graves problemas de carácter general.

Debe observarse que, descartado en el derecho procesal civil el sistema de la revisión oficial de los fallos, la *limitación a instancia de parte* no puede venir sino por uno de los tres medios que fueron anteriormente examinados. La *vía del recurso* es, dentro de la legislación española, inutilizable, pues aunque existe en ella un recurso contra sentencias firmes, que va dirigido en realidad a destruir la eficacia de una posible cosa juzgada: el recurso de revisión regulado en los artículos 1.796 a 1.810 de la ley de Enjuiciamiento civil, este recurso tiene que fundarse en causas taxativamente determinadas, y ninguna de las que a tal efecto enumera el artículo 1.796 de la mencionada ley permite, ni por aproximación, englobar *in genere* los supuestos de modificación temporal de las circunstancias que dieron origen al fallo. La *vía de la acción impugnativa autónoma*, aconsejable en principio, resulta igualmente impracticable, pues, como se recordará, este tipo de acciones tiene que hallarse expresamente reconocido por el derecho positivo, y en ninguno de los pasajes del español cabe hallar figura alguna que sea aplicable al presente supuesto, ya que, aunque no falten en él ejemplos diversos de las que con variada terminología suelen llamarse acciones revocatorias, resolutorias o rescisorias, v. gr., en los artículos 1.111, 1.124 y 1.290 a 1.299 del Código civil, todas ellas se establecen, igual que el instituto de la revisión procesal; para hipótesis determinadas y concretas que no pueden extenderse por analogía al problema de la limitación temporal de la cosa juzgada. Queda, pues, sólo la *vía de la impugnación indirecta o mediata*, que consiste en la aper-

tura de un nuevo juicio sobre el fondo: al amparo del principio, inexpresado en nuestro derecho, pero no por ello menos vigente, de que todo el que tenga un verdadero interés jurídico puede válidamente (con la concurrencia de los naturales requisitos que aquí no hay que detallar) formular sus pretensiones ante los Tribunales de Justicia, será lícito que el interesado en obtener la modificación del fallo con respecto al cual se ha producido la limitación temporal, inicie un segundo proceso para obtener nueva decisión, en el que no sea posible oponer la existencia de la autoridad de la cosa juzgada que, en otro caso, permitirían los artículos 1.251 y 1.252 del Código civil y los eventualmente aplicables, v. gr., el artículo 544 de la ley procesal civil.

El régimen jurídico a que ha de acomodarse el nuevo proceso tiene que seguir en sus *líneas generales* al que dominó en el *proceso anterior*, pues se trata de una *reproducción del juicio*, principio que tiene gran importancia teórica y práctica a los efectos de resolver los numerosos e importantes problemas que el segundo proceso puede plantear: v. gr., en cuanto a competencia del Juez y legitimación de las partes, ámbito objetivo de las nuevas peticiones, lugar, forma y tiempo de los actos. El proceso unitariamente considerado, ha de adecuarse, pues, precisamente, al *mismo tipo de proceso* que sirvió o pudo servir para dictar la sentencia que trata de modificarse. Si ello únicamente fué factible en un *proceso ordinario*, la tesis no ofrecerá dificultades; si se produjo o pudo producirse en un *proceso especial*, la especialidad obligatoria o facultativa debe conservarse también a los fines actuales. Por ello una incapacitación por enfermedad mental, en caso de que deba alterarse por cambio temporal de las circunstancias que la originaron es susceptible de modificación por la vía sumaria del artículo 218 del Código civil, y una sentencia de concesión o denegación de alimentos puede ser alterada, si se dan los presupuestos generales que la ley exige, por la vía especial del juicio de alimentos provisionales que tratan los artículos 1.609 a 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Nada importa que uno y otro texto, negando implícitamente (art. 219 del Código civil) o explícitamente (art. 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento civil) la fuerza de la cosa juzgada de las decisiones que recaen en la tramitación sumaria o especial, remitan a los interesados, para su modificación, al juicio ordinario o plenario que corresponda. Pues en estos casos se trata de revisar la sentencia en función de un nuevo examen de las mismas circunstancias que antes existían, pero no en función de la limitación temporal de la cosa juzgada ya obtenida, siendo estas normas precisamente una corroboración de la diferencia que hay que establecer entre la inexistencia de la cosa juzgada y su limitación temporal.

El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos

ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL

Catedrático de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Sevilla

El espacio de terreno libre y situado en zona urbana donde no se hallen edificaciones definitivas propiamente dichas—observa CONDOMINES—puede ser, y lo es con frecuencia, objeto de arrendamiento, persiguiendo el arrendatario utilidades muy heterogéneas (1). En este sentido, el apartado *a*) del artículo 2.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935 negaba el carácter de fincas rústicas a “los solares edificables que estén enclavados total o parcialmente dentro de un núcleo urbano o en las zonas y planes de ensanche de las poblaciones”.

Y ello es perfectamente lógico, porque, como hace notar RUIZ SALAS, el solar situado en el interior de una población o en su zona de ensanche es de naturaleza eminentemente urbana (2). En cierto modo, a ellos parece referirse también, al excluirlos del régimen arrendaticio rústico, el apartado *c*) del propio artículo 2.^º citado de la Ley de 1935, al hablar de “las tierras dentro o fuera de la zona o planes de ensanche de las poblaciones cuando, por su proximidad a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos o playas, tengan un valor en venta superior en un duplo al precio que normalmente corresponda en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad o cultivo”.

El artículo 1.^º del Reglamento provisional para la ejecución de la Ley de Arrendamientos Rústicos, aprobado por Decreto de 27 de abril de 1935, aclara estos preceptos, determinando que, “a los efectos del artículo 2.^º de la Ley, se entenderá por núcleo urbano las agrupaciones de casas separadas por calles, paseos, plazas o cualquier otra vía pública; y por tierras situadas fuera de las zonas de ensanche de las

(1) CONDOMINES: *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, Madrid, 1947.

(2) RUIZ SALAS: *El arriendo de solares en la legislación vigente*, en “Revista de Derecho privado”, 1943, pág. 192.

poblaciones y próximas a éstas, a estaciones ferroviarias, carreteras, puertos o playas, aquellas que por aplicarse a fines distintos a los agrícolas, tales como los mercantiles o industriales, recreativos, deportivos, turísticos, higiénicos, sanitarios u otros análogos, tengan un valor en venta superior en un duplo al que normalmente corresponde en el mercado inmobiliario a las de su misma calidad y cultivo, situadas en la misma zona. El concepto de proximidad se apreciará, en caso de duda, discrecionalmente por los Juzgados y Tribunales". A los solares se refiere también la Disposición transitoria 2.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al declarar derogadas todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos, *sin perjuicio de lo prevenido en la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1945.*

Como finca urbana consideraba ya los solares la sentencia de 27 de junio de 1900, que declaraba que "el solar situado en el interior de población, destinado a edificación, no puede ser considerado como finca rústica, y menos si se ha hecho en él una instalación". Claro está que, como se observa en la propia sentencia, "a la instalación para recreo hecha en un solar arrendado en las condiciones que lo fué la de que se trata no se le puede atribuir el carácter de permanencia, estabilidad y demás circunstancias que permitan estimarla para los efectos legales del desahucio como un establecimiento mercantil o industrial". Y, más recientemente, la sentencia de 23 de febrero de 1926 declaraba que la sola consideración de que el solar situado en el interior de una población y ensanche sea una finca urbana "no basta para estimarlo incluido en los preceptos del Real Decreto de 21 de junio de 1920 y los dictados con posterioridad, pues hasta examinar el espíritu que los informa, deduciendo del fin que persigue, y que claramente se expresa en la exposición con que fué publicado, para convencerse de que en dicha disposición sólo se comprende lo edificado.... deduciéndose lo mismo del texto de la Real disposición, porque en él sólo se alude a fincas edificadas y destinadas a viviendas o establecimientos mercantiles o industriales, no haciendo mención de los solares, y en ninguno de los artículos del primer Decreto, ni en los dictados prorrogando su vigencia, y hasta que lo hizo el de 17 de diciembre de 1924, y entonces sólo incidentalmente, recogiendo lo establecido en la regla 2.^a de la Real Orden de 13 de julio de 1920, para declarar excluidos de la prórroga de los contratos los de las viviendas accidentales existentes dentro de los solares, si el propietario justificara el propósito de construir en ellos, se deduce la inaplicación a los solares en general de esa legislación especial, puesto que si a ellos y en esa forma amplia se refiriera el Real Decreto, en lugar de estar redactada la excepción mencionada en los términos indicados, lo habría sido en otros más generales, refiriéndose a todos los solares encavados en centros de población, para evitar el contrasentido que hoy tuviera efecto, de admitir que los solares todos están comprendidos en el Real Decreto, de que la prórroga de los contratos alcan-

zara a los arrendamientos de solares dedicados a usos mercantiles, aunque sus dueños trataren de edificar, y no a los destinados a vivienda, cuyo aumento fué lo que motivó la legislación especial", y ello "porque todo precepto excepcional debe ser interpretado restrictivamente".

En realidad no existe un precepto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en que de una manera terminante se diga que quedan excluidos de su regulación los solares; toda referencia a los mismos se limita a la expresa declaración de subsistencia de la Ley de Ordenación de Solares a que antes hicimos alusión (disposición transitoria 27). Sin embargo, ya el artículo 8.^º del Decreto de 17 de octubre de 1940 distingue entre "fincas urbanas y solares"; y el artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos parte siempre de la idea de que el objeto de sus normas presupone siempre la existencia de *edificaciones*. Lo que ocurre es que si ponemos en relación las normas citadas de la Ley de Arrendamientos Rústicos con las de la Ley de Ordenación de Solares y todas ellas con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no siempre aparecerá claro que el arrendamiento de solares no deba regirse por las normas de esta última disposición.

Conceptúanse solares, según el artículo 1.^º de la Ley de 15 de mayo de 1945: "a) Los terrenos *no edificados* sitos en el interior de las poblaciones de más de diez mil habitantes o en las zonas de ensanche y extensión de las mismas que estén afectados por planes de ordenación aprobados legalmente. b) Las *edificaciones* que por hallarse paralizadas o derruidas no tengan las condiciones de habitabilidad y las demás exigidas por las Ordenanzas de la zona donde radiquen con sus terrenos anejos". Este precepto se halla desenvuelto en el artículo 3.^º del Reglamento de dicha Ley, aprobado por Decreto de 23 de mayo de 1947, cuyo literal contenido es el siguiente: "A los efectos de la interpretación del artículo 1.^º de la Ley, se entenderá: a) Por terrenos no edificados, los solares que carezcan en su totalidad de construcciones permanentes, o bien la parte de los mismos que sea susceptible de aprovechamiento para edificación de viviendas con arreglo a las Ordenanzas que rijan para aquella zona, y según el informe técnico que en cada caso se requiera. b) Por edificaciones paralizadas, aquellas en que habiéndose iniciado la construcción conforme a proyecto debidamente autorizado, estuviesen suspendidas o abandonadas las obras sin causa justificada durante más de un año, e incluso por tiempo inferior si, transcurridos tres meses desde la paralización, hubiera informe técnico oficial aceptado de que ésta sea injustificada. No se estimarán como causas justificadas de la suspensión las *dificultades* de orden económico del constructor o propietario. c) Por edificaciones derruidas, aquellas en que haya desaparecido el 50 por 100 de su volumen, y por ruinosas, las que en igual proporción se declaren en período de ruina inminente, aun cuando se encuentren habitadas. Igual consideración merecerán las edificaciones que en más de un 50 por 100 de su capacidad como vivienda fueran declaradas como *inhabitables*.

por resolución de los organismos competentes. *d)* Por edificaciones de categoría inferior a las mínimas normales de la vida urbanizada de que se trate: *1.^o* Las que además de estar en manifiesta desproporción con la altura que, permitida por las Ordenanzas municipales, sea la corriente en aquella zona, por su estado, condición o clase, desmerezcan de la misma. *2.^o* Las que se hallaren destinadas a fines completamente inadecuados en relación con su emplazamiento, como: gallineros, serrerías, talleres, garajes y análogas. *3.^o* Las que tengan carácter provisional. *4.^o* Las que en más de un 50 por 100 de su total cabida tuvieran viviendas o comercios notoriamente inferiores al tipo medio de los de su misma calle considerada por zonas. *e)* Que un inmueble esté destinado a viviendas, aun cuando su sótano, plantas bajas o entresuelos se dediquen a instalaciones industriales, mercantiles o equiparables, con arreglo a las Ordenanzas de la localidad o barriada.”

Una simple lectura de estos preceptos nos demuestra que en los mismos se abarcan, no sólo los solares propiamente dichos—terrenos edificables—, sino incluso los edificados, cuando no reúnen determinados requisitos. De aquí que se nos planteen dos problemas diferentes: uno, el de determinar cuáles sean los solares cuyo arrendamiento se halla excluido de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos; otro, el de determinar cuáles de los arrendamientos sometidos al régimen de Ley especial de Arrendamientos Urbanos se hallan afectados por la Ordenación de Solares.

a') Solares cuyo arrendamiento se halla excluido de la regulación de arrendamientos urbanos.—En principio se hallan excluidos del régimen especial urbano los solares propiamente dichos, es decir, los terrenos edificables, cualesquiera que sea su emplazamiento, en los cuales no exista construcción de ninguna clase. Lo que ocurre es que este concepto de *terreno edificable* es relativo, y no siempre será fácil determinar si nos encontramos ante un verdadero solar o, por el contrario, ante un predio rústico.

A este respecto, tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de diciembre de 1945: “Que determinan la calidad de solares edificables a que alude el apartado *a)* del artículo 2.^o de la Ley de 15 de marzo de 1935, el enclavamiento en núcleo urbano o sus zonas o plano de ensanche de población y su condición de edificables, pues así lo especifica gramaticalmente el texto exigente de la situación y posibilidad de edificarse, y lo propio se infiere pensado que fueron atendidas necesidades urbanísticas traídas por el natural incremento de las poblaciones, ante las cuales cedieron las protecciones del arrendamiento rústico incompatibles en diversas modalidades con aquéllas; y así entendido, parece innegable que al estar las fincas en cuestión, según las conclusiones de facto sentadas en la sentencia recurrida, dentro de recinto urbanizado o de zona de ensanche y contiguas a uno de los barrios de la ciudad, con adecuación a ser planta de viviendas, merecen la calificación que se les ha dado.”

Y, más adelante, añade la propia sentencia “que no puede impedir

el dicho calificativo la particularidad de ser en su origen rústica y estar cedido su aprovechamiento agrícola, la finca de que se trata, porque el cambio de calidad viene del desarrollo de núcleos poblados o incrementos de valor, y llega con su ocurrencia, ya que, de no verlo así, resultarían enervadas las normas protectoras de las necesidades a que antes se aludió. *Se opera la transformación por la llegada de las circunstancias que la determinan*". Es decir, que pueda ocurrir que una finca arrendada como rústica inicialmente, vea transformado su régimen originario al quedar enclavada en una zona de urbanización.

Como observa CONDOMINES, es fenómeno muy repetido en los últimos tiempos el de la conversión de fincas rústicas en urbanas, cuando menos potencialmente, y el primer síntoma de la mutación consiste en el cambio de la unidad de medida superficial: en cuanto una extensión de tierra deja de medirse en hectáreas, para serlo en pies, palmos o metros cuadrados, es evidente que ha cambiado de carácter (3). Pero es el caso que existen, o pueden existir, fincas de esta naturaleza, situadas fuera de esas zonas de ensanche o urbanización (supuestos del apartado *c*) del citado artículo 2.^º de la Ley de 1935), o, simplemente, terrenos alejados de todo centro urbano, carentes de edificaciones, pero arrendados para una finalidad que no es agrícola, forestal ni ganadera; así, por ejemplo, el arrendamiento de un solar situado fuera de la zona de ensanche, enclavado entre fincas rústicas que lo circundan totalmente y dedicado, esencialmente, a la fabricación de tejas, que puede tener importancia bastante para emplear numerosos obreros, llegándose incluso por el arrendatario a pagar contribución industrial por dicho negocio. Otro tanto puede ocurrir con los campos de deportes (hipódromos, campos de tiro, campos de golf, etc.), solares arrendados para la instalación de circos ambulantes, ferias de ganado, etc.

A este particular, RUIZ SALAS, en el trabajo antes citado (3 bis), estima que el arrendamiento puede adoptar, en tales supuestos, una de estas cuatro modalidades: *a) Cesión del solar con las construcciones provisionales en él levantadas por el mismo dueño del terreno; b) Cesión del terreno para que el arrendatario lo destine a vivienda o cualquier otra finalidad industrial, autorizándole para que levante sobre el solar cualquier construcción provisional de cuenta y en beneficio*

(3) CONDOMINES: Op. cit., págs. 43 y 44.

(3 bis) Puede plantearse el caso de que una finca rústica en que existan edificaciones habitables, arrendada para su explotación agrícola, forestal o ganadera, pase a formar parte de la zona de ensanche de una población: ello motiva, automáticamente, que tributariamente quede incluida en la matrícula de contribución urbana, causando baja en la de rústica. Excluida del régimen especial de arrendamientos rústicos por imperativo del artículo 2.^º, apartado *b*) de la Ley de 1935, no puede, a nuestro juicio, dado su destino, incluirse en el ordenamiento de arrendamientos urbanos, sino que el contrato habrá de regirse exclusivamente por las normas del Código civil sin que para ello sea óbice la presunción del artículo 3.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que la misma es susceptible de prueba en contrario.

exclusivo del inquilino; c) Cesión del terreno para que el arrendatario lo dedique a vivienda o cualquier finalidad industrial o comercial, previa la edificación de sólidas construcciones, de tipo definitivo, que, al término del arriendo, pueden o no pasar a la propiedad del dueño del solar, mediante determinadas compensaciones; y d) Cesión del solar, libre de toda construcción, para que el arrendatario disfrute de él para cualquier finalidad de tipo industrial (almacénamiento de materiales, generalmente), o para su explotación agrícola, pero con prohibición de construir sobre el terreno.

En realidad, el origen de la dificultad estriba en que *un solar nunca es arrendado como tal solar*, sino para una finalidad rústica o urbana determinada; pero excluido en todo caso de la regulación de la legislación especial de arrendamientos rústicos, como hemos visto por el artículo 2.^o de la Ley de 1935, la cuestión se centra exclusivamente en discernir cuándo le serán de aplicación las normas que regulan la relación arrendaticia especial urbana, y cuándo las del derecho común. Examinando, en primer término, el supuesto d) de los antes señalados, tendremos que cuando sea objeto de cesión arrendaticia un solar sin edificar, con prohibición expresa al arrendatario de realizar en él edificaciones o construcciones de cualquier clase (definitivas o provisionales), habremos de distinguir dos supuestos nuevos:

1.^o *Que se arriende para un aprovechamiento de tipo rústico.*—Será, indudablemente, regulado por las normas del Código civil, y más concretamente por los artículos del mismo referentes al arrendamiento de fincas rústicas, si bien quedando siempre el contrato sujeta a las normas contenidas en la legislación especial de Ordenación de Solares.

2.^o *Que se arriende para una finalidad de carácter urbano.*—No es verosímil que se realice un arrendamiento de estas condiciones para una finalidad de vivienda, por lo que habremos de limitarnos al caso en que el objeto del arrendamiento sea el establecimiento de una actividad mercantil o industrial. ¿Será entonces de aplicación la legislación de arrendamientos urbanos?

A juicio de CONDOMINES, la cuestión debe resolverse discriminando los sentidos de la expresión finca urbana y la expresión local, empleada por primera vez, en cuanto a este aspecto, por el Decreto de 30 de diciembre de 1944, y consagrada por la Ley al aludir repetidamente a los locales de negocio. Claro está, añade este autor, que no debe aceptarse sinonimia entre el término finca y el de local, pero también es evidente que este último no puede equipararse a vivienda y que tiene gran amplitud derivada de la acepción filiológica que le considera sitio o paraje cercado o cerrado y cubierto. Por tanto, un sitio o paraje cercado con entrada única mediante puerta, con tapia y con cobertizos en el interior, en los cuales se practican operaciones de transformación propia de una industria, es muy difícil equipararlo a un solar. Sin embargo, como el propio autor se ve forzado a reconocer, todo depende del concepto que se tenga de *edificación habitable*,

requisito sin el cual, como se infiere del texto del artículo 1.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no es posible hablar de arrendamiento urbano propiamente dicho, regulado por la Ley (4).

Para GARCÍA ROYO, edificación habitable es "toda construcción de fábrica, cuando menos en proporción predominante, con techumbre o cerramiento, y que reúna las debidas condiciones para permanecer en ella una o varias personas", aunque, añade luego, a la vista de lo preceptuado en el artículo 114 de la Ley, que ésta no usa la palabra edificación en el sentido de "construcción de fábrica", sino en el de "construcción cerrada con techumbre" (5). Precisando más, BELLÓN exige que tales edificaciones reúnan la condición de "arraigo, asentamiento o construcción capaz de vivirse en ella", añadiendo luego: "Esto lleva de la mano a considerar que la casa portable, no fija en un lugar, y el solar, aun dentro de la ciudad, quedan fuera de la Ley: aquélla, porque carece de la estabilidad precisa para tenerse por inmueble-vivienda, y éste, porque sin edificación no entra en el tipo de local de negocio" (6).

De todo lo dicho se infiere que, cuando se trate de un solar sin edificaciones de ninguna clase, no será de aplicación la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que el hecho de que el arrendatario lleve a cabo en el edificaciones, más o menos permanentes, sin autorización del arrendador, pueda ser suficiente para variar la naturaleza y régimen del contrato, por lo que la relación creada seguirá rigiéndose por el Código civil, y, más concretamente, por los preceptos de este Cuerpo legal referentes al arrendamiento de inmuebles urbanos, siempre afectados, naturalmente, por las normas de la Ley de Ordenación de Solares.

Mayor complejidad ofrecen los casos en que se arriende el solar sin edificaciones de ninguna clase, pero con autorización al arrendatario para que construya algunas de carácter más o menos definitivo; conviene a este particular distinguir dos supuestos diferentes:

3.^o *Arriendo de solar, con autorización al arrendatario de edificar construcciones permanentes.*—En tales supuestos, nos encontramos con algo que se vincula intimamente al llamado derecho de superficie, generando graves dificultades en su regulación. Es, por ejemplo, el caso resuelto por la sentencia de 3 de julio de 1941, donde se declaraba que "en la relación jurídica establecida—se alude a la que fué origen del pleito—, por la que se cedió el uso de un solar mediante retribución periódica (*solarium*), con permiso de edificación, se aprecia, sin duda alguna, que se trata de un arrendamiento en el que se ha injertado un derecho de superficie, con soldadura tan íntima en un solo nexo, que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia

(4) CONDOMINES: Op. cit., págs. 45 y siguientes.

(5) GARCÍA ROYO: *Tratado de arrendamientos urbanos*, t. I Madrid, 1947, página 14.

(6) BELLÓN: *Régimen legal de los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1947, página 14.

jurídica separando los elementos componentes, de naturaleza generalmente personal, por lo que se refiere al arriendo, y, a la vez, de naturaleza real, propia del derecho de superficie. Este, tan pobre de legislación a pesar de su remoto origen, nace sin sustantividad propia, al amparo del contrato de venta o del de arrendamiento, y no es regulado por el Código civil, pero lo da por subsistente en el artículo 1.611 con la trascendental declaración, para el caso de este pleito, de que hay en él dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica, que le califican de figura jurídica similar a la enfitéisis; y si bien es cierto que también el Código alude en el artículo 1.655 y asigna al establecido temporalmente desde la promulgación del texto legal el concepto de arrendamiento, no se podría pensar que el legislador quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia, anulando las características y el influjo del *jus superficie* en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho, sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico al arriendo superficiario, señalando como normas aplicables las del contrato originario y predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano. Otra demostración de que el contrato examinado no es de arrendamiento simple, sino complejo, se ve patente con sólo recordar que quien arrienda ha de tener la facultad dispositiva del uso o goce de toda la cosa arrendada, y la retribución que se estipule será el equivalente económico del total goce o uso cedido; mientras que en el contrato de referencia, ni el arrendador podía disponer libremente hasta el plazo de vigencia del contrato del uso del teatro, ya que entretanto pertenecía en dominio útil al arrendatario, ni por esto mismo el precio estipulado fué contraprestación, equivalente a un pleno derecho de uso que se cediese, sino al más moderado, que correspondía a la coparticipación en aquél momento de las dos partes contratantes en la cosa arrendada".

En ningún caso estimamos, por lo tanto, que tal clase de contratos pueda entenderse comprendida en la regulación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Lo que ocurre es que la sentencia referida confunde conceptos que deben, a nuestro juicio, mantenerse diferenciados con precisión: no siempre que se autorice al arrendatario a llevar a cabo edificaciones en el solar arrendado nos encontraremos ante un verdadero derecho de superficie. Más bien parece lo contrario. En efecto, como hemos visto, según el artículo 1.611 del C. c., la redención del derecho de superficie "será regulada por una ley especial"; con esta sola excepción, deberá este derecho regularse, "cuando sea por tiempo indefinido", por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico, según dispone el párrafo 1.^º del artículo 1.655 del propio Código.

Acéptase con ello por el legislador la tradicional doctrina que veía en el derecho de superficie un caso de propiedad dividida: así, por

ejemplo, se expresaban GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: "Podemos definir el derecho de superficie como el que tenemos en el edificio que hemos construido en terreno arrendado, o que se nos ha concedido al efecto por tiempo determinado o indeterminado. De aquí se infiere que realmente hay en este caso una división del dominio directo y del dominio útil que dura por tanto tiempo por cuanto se ha otorgado; podemos, por consiguiente, considerar la superficie como un verdadero censo en que el señor del terreno es el censualista, y el del edificio, el censatario. Esta consideración de dueño útil la tiene el censario mientras paga la pensión; en su virtud, puede disponer del edificio, enajenarle, hipotecarle y constituir en él servidumbre; pero, a su vez, también se obliga a satisfacer las cargas reales, los tributos y los gastos que ocasiona" (7).

Sin embargo, como observaba D. JERÓNIMO GONZÁLEZ, en general, la dogmática moderna del derecho de cosas se apoya en el concepto unitario e indivisible de la propiedad romana, para admitir a continuación las limitaciones del señorío jurídico por las servidumbres. Incluido dentro de este grupo el derecho de superficie, por ser gravamen establecido sobre cosa ajena, se distinguiría netamente de las servidumbres prediales por no ser subjetivamente real (es decir, por estar constituido sobre una finca a favor de una persona, sin relación con otro predio dominante), por ser transmisible inter-vivos y mortis causa (lo que le separa igualmente del usufructo y demás servidumbres personales) y por ser hipotecable (virtud que le atribuyen las leyes en términos de privilegio). En tal consideración, la doctrina más admitida abre al derecho de superficie un capítulo especial, definiéndolo como un *derecho de disfrutar la finca ajena para los fines de la construcción*. Tipo jurídico de gran densidad que absorbe las utilidades del suelo y limita en forma extraordinaria su dominio (8).

Ahora bien, no debe olvidarse que en cuanto el derecho de superficie supone un desdoblamiento, o por lo menos una grave limitación del dominio, y en cuanto implica una verdadera excepción al principio general *aceditum solo cedit consagrado por nuestro Código civil*, en su artículo 358, según el cual "lo edificado en suelo ajeno pertenece al dueño del mismo", no puede en modo alguno presumirse, sino que debe ser objeto de clara y terminante constitución. En tal sentido se manifiesta la sentencia de 4 de julio de 1928, según la cual—se trataba de una cantina construida en solar arrendado—:

"El derecho de superficie a que entre los de los censos, los foros y otros análogos alude el artículo 1.611 del C. c., por lo mismo que no ha sido definido por la legislación clásica, en el derecho vigente, y por los tratadistas de un modo determinado y concreto, sino estimandolo similar a los antes mencionados, y muy particularmente al censo enfi-

(7) LA SERNA Y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil*, Madrid, 1840, página 822.

(8) GONZÁLEZ: *El derecho real de superficie*, Madrid, 1922, pág. 102.

téutico, precisa para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo; y como en el caso del pleito, la recurrente... no ha exhibido título ni documento alguno con los que pueda probar, y tampoco lo ha intentado, que tal derecho le asiste, ya que el haber pagado canon o merced sus antecesores y ella, con o sin solución de continuidad, no expresa claramente en qué concepto tal renta se satisficiera, si lo fué con el de censo, o como derecho de superficie, o por arrendamiento."

Y, continúa más adelante: "Que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 361 del C. c., el dueño del terreno en que se edificare, plantare o sembrare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del mismo Código, o a obligar al que fabricó o plantó a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente."

Unicamente, por lo tanto, cuando se establezca con claridad un derecho de superficie, podrá pensarse en un verdadero derecho real a favor del superficiario, no cabiendo entonces hablar de arrendamiento, ya que entonces el canon pagado al propietario del terreno no es propiamente renta, sino *solarium*, y serán de aplicación a la relación jurídica creada las normas que regulan en nuestro derecho el censo en téutico. Cuando, por el contrario, no se hable para nada de derecho real de superficie, o éste se constituye "*temporal o por tiempo limitado, se estimará como arrendamiento y se regirá por las disposiciones relativas a este contrato*". En este sentido, la sentencia de 1.^º de febrero de 1928, declaraba que el contrato en virtud del cual se cedía a una Sociedad una porción de terreno por cuarenta años, mediante la merced o alquiler de dos mil pesetas anuales y con destino a la instalación y montaje de una fábrica de abonos, cuyos edificios pasarián en su día, sin derecho a indemnización alguna a ser propiedad del dueño del terreno, ha de calificarse de contrato de arrendamiento, cuya nulidad no puede pretenderse al amparo de la Ley de Usura, sin que pueda tampoco entenderse que vulnera lo establecido en los artículos 1.753, 361 y 487 del C. c., "que están establecidos para cuando las partes guardan silencio u omiten lo que debe hacerse en casos no previstos; pero no para cuando en uso de su libérrima voluntad pactan conscientemente que la propiedad de ciertas mejoras queden a beneficio del arrendador, con absoluta independencia de si son o no valiosas, puesto que al realizarlas en propiedad ajena no ignoraba que en modo alguno podría reclamarlas".

Nada obsta a la naturaleza meramente arrendaticia de la relación —siempre que tenga carácter temporal—su duración más o menos larga, observándose en la sentencia de 13 de febrero de 1942 (Sala 3.^a) que incluso el propio Estado español: "ha dado existencia a negocios jurídicos muy semejantes al que ahora se examina, y así, cabe destacar el implicado en el Real Decreto de 27 de marzo de 1919, complementado por el de 22 de mayo siguiente, que autorizaron la concesión de

terrenos del Estado al Instituto Francés, de Madrid, para arrendar a mismo un terreno sobre el que se construiría la Casa de Velázquez, a cambio de un canon anual durante noventa y nueve años, y con la condición de que cedería todo lo edificado en beneficio y propiedad del Estado cuando terminase el plazo del contrato, al que se calificaba de arrendamiento". Y añade después que: "La inclusión en el contrato primero de una cláusula, después no suprimida ni alterada, en cuya virtud habría de pasar en su día al dueño de los terrenos la propiedad del edificio de obligada construcción, no arguye que en este caso se crease un derecho de superficie, porque el contrato de arrendamiento no transfiere al arrendador más que las mejoras útiles y voluntarias conforme al artículo 1.573 del C. c. en relación con el 407; pues nada impide pactar acerca del modo de aplicar las normas el artículo 361 del propio Código en el caso de arrendamiento con vistas a la edificación."

De todo lo dicho puede fácilmente inferirse que cuando no resulte clara y terminante la intención de constituir un derecho real de superficie, y el plazo estipulado sea temporal, aunque de larga duración, deberá de reputarse arrendamiento de terrenos el de solares con fines de edificación, pudiendo las partes estipular libremente las condiciones en que éstas han de revertir al propietario, una vez terminada la vigencia del contrato. Pero esta relación arrendaticia no podrá en ningún caso comprenderse en la regulación especial de arrendamientos urbanos, ya que lo arrendado no es un edificio, sino tan sólo un solar, debiendo, por lo tanto, acudirse a las normas del Código civil reguladoras del arrendamiento de inmuebles para suplir las omisiones que en el contrato—ley primera de la relación—pudieran omitirse.

4º *Arrendamiento de solar, con autorización al arrendatario para elevar construcciones provisionales.* — No parece que este supuesto sea esencialmente diferente del anterior, aunque, desde luego, no sería nunca posible concebirlo como derecho de superficie, sino que siempre se tratará de un mero arrendamiento. Sin embargo, la circunstancia de que por el arrendatario se lleve a efecto la elevación de las construcciones provisionales autorizadas, puede en la práctica suscitar serias dificultades. En efecto, lo usual en estos casos es estipular, o bien que el arrendatario se obliga a destruir las edificaciones provisionales al terminar el contrato, o bien que llegado ese momento tales edificaciones quedarán de la exclusiva propiedad del propietario de los terrenos cedidos.

En uno y otro caso, es evidente que el objeto del arrendamiento fué el solar y no las edificaciones, las cuales mal pudieron ser arrendadas cuando todavía no existían, sin que nada autorice a pensar que, una vez elevadas por el arrendatario y a su costa, variase la naturaleza del contrato *a posteriori*: en modo alguno se podría pretender, por ejemplo, que el arrendador prestase el uso de unas edificaciones que no eran ni siquiera suyas, sino exclusivamente del arrendatario, ya que soiamente al terminar el contrato, y previo el cumplimiento de

los requisitos exigidos por la ley o por el contrato, pueden formar parte de su patrimonio, careciendo hasta entonces de un verdadero dominio sobre ellas. En realidad, lo verdaderamente arrendado en estos casos, por lo único que se paga renta, es por la ocupación del solar. Estimamos, por lo tanto, que las únicas normas de aplicación en este caso serán las del derecho común, pero nunca las de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Caso distinto sería el de que se estipulase que tales edificaciones provisionales quedarían, desde luego, de la propiedad del arrendador, el cual se obligase, a partir de dicho momento, a prestar su uso al arrendatario, ya que entonces habríamos de asimilar el caso al de arrendamiento de un solar con edificaciones provisionales, que estudiaremos después.

5.^o Arrendamiento de corrales y partes cercadas sin edificar que formen parte integrante de una finca urbana edificada.—Se da en la práctica, con frecuencia, el caso de que por el propietario de una finca urbana se arriendan las partes sin edificar de la misma, para cualquier aprovechamiento o uso de que puedan ser susceptibles: almacenamiento de maderas, depósito de materiales, etc., planteándose la cuestión de si tales partes sin edificar, comprendidas dentro de los linderos o límites de una finca urbana, edificada en el resto, deben o no tener la consideración de solares a los efectos que aquí examinamos.

Si se tiene en cuenta que el objeto del arrendamiento es ordinariamente no una finca, sino tan sólo una parte de finca (por ejemplo, uno de los pisos o habitaciones de la misma), habremos de concluir que la naturaleza del arrendamiento la determinará, no la de la finca total, sino tan sólo la de la parte arrendada; y de la misma manera que dentro de una misma finca cabe perfectamente, y ello es lo normal, que coexistan arrendamientos de vivienda y de locales de negocio, hallándose cada uno de ellos sometido a régimen jurídico diferente, tendremos que, cuando el trozo de terreno sin edificar sea arrendado con independencia de las partes edificadas de la misma finca, su régimen será el propio de los solares. Como tales les define, de otra parte, el apartado *a)* del artículo 3.^o del Reglamento de la Ley de Ordenación de Solares, al entender por tales, como antes hemos visto, los "terrenos (no habla de fincas) no edificados, los solares que carezcan en su totalidad de construcciones permanentes, o bien la parte de los mismos que sea susceptible de aprovechamiento para edificación de viviendas".

Por otra parte, al no existir en tales trozos de terreno edificación habitable, exigida expresamente por el artículo 1.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos para que un arrendamiento pueda incluirse en su régimen especial, parece indudable que las normas de aplicación serán precisamente las del Código civil. Claro está que ello no quiere decir que sea a ellos siempre de aplicación la legislación de solares, pues para ello sería, además, preciso que fuesen *edificables*, circunstancia que, en cambio, no interesa a los efectos de las posibles relaciones arrendati-

cias sobre ellos creadas, las cuales, insistimos, deberán regirse tan sólo por el derecho común.

Nada obsta, por lo tanto, a los efectos del carácter común del arrendamiento sobre ellos constituido, el hecho de que los terrenos de referencia se hallen excluidos del régimen de solares, por hallarse comprendidos, por ejemplo, entre los que el artículo 4.^º del citado Reglamento señala: "b) Los terrenos o edificios que aun siendo susceptibles de un mayor aprovechamiento del suelo o del vuelo, permita su dueño en las construcciones colindantes mejora de luces, vistas o acceso, si además entendiera el Ayuntamiento que ello resulta de mayor conveniencia a los intereses generales o urbanísticos de la población. c) Los terrenos o construcciones que como pabellones de portería, cocheras, garajes, parques, jardines o cultivos inmediatos, sea de estimar complementan normalmente al edificio principal, dadas sus necesidades, carácter o significación, a la vista de las circunstancias de la localidad o zona de que se trate y de la proporción que guarden entre sí dichos edificios principales y aquellos terrenos o construcciones anejos."

Y es que el carácter del arrendamiento, la razón de su inclusión o exclusión en el régimen especial de arrendamientos urbanos se halla determinado, no por su inclusión o exclusión en la ordenación de solares, ya que, como luego veremos, son numerosos los casos en que fincas objeto de arrendamientos específicamente urbanos se hallan, sin embargo, afectadas por el régimen de aquella ordenación, sino que lo determinante de la naturaleza del arrendamiento es la existencia o inexistencia de edificaciones habitables dentro del terreno objeto de arrendamiento.

b') *Solares cuyo arrendamiento se halla incluido en el régimen especial de arrendamientos urbanos.*—Si, como hemos visto oportunamente, es la existencia de edificaciones habitables en la finca o parte de finca arrendada lo que, a tenor del artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos determina la inclusión del arrendamiento en su régimen especial, y, por otra parte, hemos comprobado que la legislación de ordenación de solares estima como tales, en ciertos casos, fincas edificadas, habremos de concluir que no basta la calificación de solar atribuida al objeto del arrendamiento para excluirle sin más de la protección de la Ley especial. Nada importa tampoco el hecho de que las edificaciones existentes en la finca sean de carácter permanente o provisional, en cuanto el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos determina claramente la inclusión de estas últimas en el régimen especial arrendatario:

"Cuando el derribo afectare a edificaciones provisionales, para que proceda la excepción segunda de la prórroga sólo será necesario que el arrendador participe su propósito, de modo fehaciente, a los inquilinos y arrendatarios con un año de antelación al día en que proyectare iniciar la demolición; y que al momento en que desalojen la finca indemnice a los primeros con seis mensualidades de renta, y con la de un año a los arrendatarios de local de negocio. Se reputarán edifica-

ciones provisionales los barracones, casetas y chozas; y se presumirá que lo es, salvo prueba en contrario, cualquiera otra edificación de naturaleza análoga en cuya construcción no sea preceptiva, conforme a las disposiciones vigentes, la intervención de técnicos."

En efecto, abarca la Ley de Arrendamientos Urbanos el arrendatario de cualquier *solar edificado*, tanto en el sentido de la legislación especial de solares como en el Decreto de 25 de enero de 1946, sobre "Ordenación Provisional de las Haciendas Locales", cuyo artículo 169, núm. 3.º, considera solares edificados: "a) Los terrenos ocupados por construcción o instalación de carácter permanente que excluyan el aprovechamiento agrícola de aquéllos. b) Los terrenos ocupados por edificaciones de carácter temporal." La única circunstancia que se exige para que un arrendamiento sea protegido por la Ley de Arrendamientos Urbanos es que el predio objeto del mismo contenga edificaciones habitables y se halle destinado a una finalidad propiamente urbana, siendo indiferente que aquéllas tengan carácter definitivo y permanente o meramente provisional. Lo único que ocurrirá en este último caso es que a los fines de oposición por el arrendador a la prórroga legal por proyectar el derribo a fin de llevar a cabo una nueva edificación será de aplicación la norma particular contenida en el artículo 114, antes citado, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, así como también los preceptos de la Ley de Ordenación de Solares.

Esta última legislación de solares establece modificaciones esenciales en el régimen normal arrendaticio de las fincas afectadas por sus preceptos, en cuanto el artículo 2.º de la Ley de 15 de mayo de 1945 determina que: "Todo terreno o *edificación* de los expresados en el artículo anterior (que es el que establece cuáles sean las fincas comprendidas en la Ley), es expropiable como de utilidad pública por los Ayuntamientos, o de venta forzosa en las condiciones y con los requisitos que la presente Ley establece. En uno y otro caso, así como en el de edificación por el propietario en el plazo de retención que se le concede, quedará extinguidos, en cuanto hayan sido autorizadas las obras a realizar, los arrendamientos o demás derechos personales que por cualquier título puedan existir sobre el solar o construcción, mediante el solo pago, en su caso, de la indemnización determinada por la legislación de alquileres."

Desarrollando este precepto, establece el artículo 47 del Reglamento de esta Ley (aprobado por Decreto de 28 de junio de 1947) que: "Autorizadas por la Alcaldía las obras a realizar con aprobación del proyecto, lo mismo en caso de venta forzosa que en el de edificación por el propietario dentro del plazo de retención, quedarán extinguidos los derechos de los usuarios, a quienes se refiere el artículo 2.º de la Ley, una vez transcurrido el plazo de un mes desde que les fueron pagadas las indemnizaciones determinadas concretamente por la legislación de alquileres. Si se negaren a recibirlas, podrá el comprador consignarlas con el mismo efecto de pago extintivo, a los fines de la propia Ley, sin perjuicio de las acciones judiciales de que el usuario

pueda creerse asistido sobre cualquier otra indemnización, las cuales habrán de ejercitarse por separado. Si no obstante el pago o consignación indicados, los ocupantes de dichos terrenos o edificios continúan en su uso o disfrute, el propietario adquirente acudirá a la Alcaldía para que proceda al inmediato lanzamiento del ocupante a costa de éste, sin que tal diligencia pueda suspenderse por reclamaciones, acuerdos o cualquiera otra circunstancia."

Claro está que estos preceptos de la Ordenación de Solares tienen su aplicación, aun en el caso de que se trate de edificaciones definitivas que por cualquier motivo se hallen comprendidas dentro de la Ley; y claro está que puede haber, igualmente, solares propiamente dichos (por ejemplo, los situados en poblaciones de menos de 10.000 habitantes) que se hallen excluidos de la Ordenación de Solares, y que, sin embargo, se ajusten a este concepto, en cuyo caso, cuando contengan edificaciones habitables, aunque sean de carácter provisional, serán exclusivamente de aplicación las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Lo que ofrece graves dificultades es la determinación de lo que deba entenderse por edificaciones de carácter provisional, ya que la existencia de las mismas determina la inclusión de los arrendamientos que sobre ellas recaigan en el régimen de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y dentro de ésta, un especial tratamiento, determinado por el artículo 114 antes citado. En primer término, tenemos que distinguir entre edificaciones de carácter provisional y edificaciones definitivas; en segundo lugar, entre edificaciones provisionales y obras o instalaciones que no tengan carácter de edificación. No dice la Ley de Arrendamientos Urbanos qué deba entenderse por edificaciones provisionales, limitándose a señalar, por vía de ejemplo, los barracones, casetas y chozas.

Barracón (aumentativo de barraca) es choza o habitación rústica, que debemos entender construida toscamente y con materiales ligeros; caseta es diminutivo de casa, y presupone una construcción ligera y provisional; choza es la cabaña formada de estacas y cubierta de ramas o de paja. En los tres casos nos encontramos con edificaciones que ofrecen dos características comunes: hallarse cubiertas y carecer de cimientos propiamente dichos. Desconcierta un tanto la presunción *juris tantum* que a continuación establece la Ley, al referirse a "cualquier otra edificación de naturaleza análoga en cuya construcción no sea preceptiva, conforme a las disposiciones vigentes, la intervención de técnicos".

No conocemos ninguna disposición de carácter general que especifique cuáles sean las construcciones que no precisen de la intervención de técnicos. Parece, en primer término, que la Ley, al hablar de *técnicos*, se refiere exclusivamente a los titulares o facultativos (arquitectos, ingenieros, aparejadores, etc.). La intervención de los mismos en las construcciones se halla exigida por una serie de disposiciones de carácter administrativo, múltiples y dispersas, reguladoras.

de las atribuciones y facultades de estos facultativos. Más concretamente, y por lo que a la edificación urbana se refiere, habremos de atender en cada caso a lo específicamente dispuesto en las Ordenanzas de cada Municipio, limitándonos aquí a recordar el texto de la Orden de 9 de mayo de 1940, cuyo artículo 1.^º dispone que, "en tanto se constituyen los organismos oficiales que hayan de reemplazar en su función a los Colegios Oficiales de Arquitectos, deberán éstos seguir ejercitando el visado de todos los proyectos de obras a realizar en cualquier lugar de la nación; siendo requisito indispensable para la tramitación de aquéllos por los Municipios respectivos, y condición también previa e inexcusable para ser autorizada la realización de las obras proyectadas".

Podemos, pues, concluir, que precisa la intervención de técnicos toda edificación cuya obra deba ser aprobada según las Ordenanzas vigentes en el Municipio respectivo. Estas suelen también definir lo que debe entenderse por edificación de carácter provisional. Por otra parte, como observa BELLÓN, dicha provisionalidad podrá inferirse del destino, de los materiales, del lugar que ocupen en el solar y de cuantos datos se observen y convenzan de que no constituyen edificación que signifique la ocupación definitiva por ellas del terreno donde se asienten (9).

¿Quiere esto decir que cualquier construcción o instalación existente en el solar haya de entenderse, cuando no tenga el carácter de definitiva, edificación provisional a los efectos del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, determinando la inclusión de contrato de arrendamiento del solar en que se encuentre, en el régimen especial de la referida Ley? Entendemos que no. Para que tenga lugar tal calificación jurídica, será preciso que la edificación, además de provisional, sea *habitável*, ya que tal requisito aparece claramente impuesto por el artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ahora bien, como hemos visto, para que una edificación pueda tener tal carácter, se precisa que la misma esté *cerrada y cubierta*, y tener una cierta permanencia y arraigo en el suelo, por lo que no creemos que pueda atribuirse tal naturaleza a las meras instalaciones y tinglados que puedan existir sobre la finca arrendada.

La sentencia de 11 de diciembre de 1947 se refiere concretamente a un caso de arrendamiento de solar con construcciones provisionales. Se trataba de un corral en el que había una tenada (o tinada = cobertizo para recoger los ganados) y una panera (granero o silo donde se guarda el pan, el trigo, la harina), con destino pactado para almacén de carbones, finca que por su situación "debe calificarse de urbana", y se sienta la doctrina de que "las construcciones en ella existentes, de una tenada y una panera, *por su destino*, carácter y condiciones de edificación, en relación con el destino y naturaleza del lugar urbano en que se hallan, deben calificarse de accidentales y provisionales, com-

(9) BELLÓN: Op. cit., pág. 277.

prendidas en el caso previsto tanto en el apartado e) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, como en el 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos". Doctrina que creemos coincide con la que aquí venimos sustentando, en cuanto, por lo menos, la pantera, constituye edificación cerrada y cubierta, siquiera el Tribunal Supremo se abstenga de sentar unas normas generales que excedan del caso sometido a su resolución.

Por las razones expuestas, estimamos que aquellas construcciones que no sean cerradas y cubiertas (habitables), como son estanques, vertederos, muros, vallas, hornos y chimeneas, etc., o que no se encuentren arraigadas al suelo, en forma que suponga una relativa permanencia, como son tiendas de campaña, tinglados, instalaciones al descubierto, cobertizos, etc., no pueden ser considerados, a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni determinar la sumisión a sus preceptos de la relación arrendaticia sobre ellos constituida, a no ser que vayan unidos a otras edificaciones de carácter provisional o definitivo que puedan considerarse habitables, o sean accesorios de las mismas.

Por otra parte, se impone una necesaria aclaración: aunque el artículo 114 examinado habla de "edificaciones en cuya construcción no sea preceptiva legalmente la intervención de técnicos", no podemos olvidar que esta circunstancia, según claramente indica el propio precepto, basta sólo a fundar una presunción *juris tantum*, la cual, desde luego, podrá desvirtuarse, utilizando cualquier medio de prueba, siempre que se demuestre debidamente que la edificación objeto del litigio no ha sido edificada con intención definitiva. Por ejemplo, las edificaciones llevadas a cabo con motivo de una exposición, o para resolver un problema momentáneo de albergue, depósito o cualquier otra finalidad análoga, aunque se hallen dotadas de cimientos y hayan exigido la intervención de técnicos en su construcción, cuando por el espacio que dentro del solar ocupen, la calidad de sus materiales, o por cualquier otra circunstancia se deduzca que, evidentemente, fueron realizadas con carácter provisional.

Ocurre con frecuencia que se hacen objeto de arrendamientos, con finalidad industrial, grandes extensiones de terreno, dotadas de importantes instalaciones (supuesto del artículo 5.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y cabe preguntar si, en el caso de que se lleve a cabo un contrato semejante, y las edificaciones en él existentes consistan sólo en construcciones de las que ordinariamente se consideran de carácter provisional (por ejemplo, barracones o casetas), debe estimarse el contrato comprendido en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Y, al mismo tiempo, si la existencia en tal terreno de instalaciones de importancia, ninguna de las cuales reúne, sin embargo, la nota de habitabilidad exigida por la Ley, no es suficiente para considerar el contrato sometido a sus preceptos.

Por lo que al primer supuesto se refiere, prescindiendo de si el terreno se halla o no comprendido en la legislación especial de solares,

tenemos que no parece que entonces se trate de edificaciones de carácter provisional, ya que, aunque por sus características, pudieran reputarse tales, no lo son en la realidad, ya que se hallan afectas a una finalidad definitiva y permanente, cual es la propia industria para cuyo servicio fueron construidas. Sin embargo, y en cuanto la Ley no distingue, no parece que sea lícito excluirlas de la especialidad del precepto citado.

Mayores dudas podría suscitar el segundo caso: realmente no se comprende por qué razón la existencia o inexistencia de un barracón puede llegar a variar la naturaleza y régimen de un contrato, cuando el mismo puede tener una finalidad secundaria, junto a otros elementos no habitables, pero constitutivos de la base principal del arrendamiento. Estimamos, sin embargo, que, dados los términos del artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sólo cuando existan elementos habitables en el propio terreno cabrá incluir el contrato de arrendamiento en los preceptos de ésta. Caso distinto es el de que en un contrato unitario, y por una sola renta, se arrienden determinadas edificaciones, y terrenos separados física o materialmente de ella, pero vinculados por una relación de accesорiedad o dependencia económica, y destinados, con aquélla, a una explotación de tipo industrial. En tal supuesto, habremos de hacer aplicación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal, por lo que habremos de hacer aplicación de las normas de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Entre los casos dudosos que en este punto pudieran plantearse, podemos recordar, por ejemplo, el que dió lugar a la sentencia de 14 de diciembre de 1926, según la cual los campos de aviación y aterrizaje, como establecimientos de índole mercantil que son, por hallarse destinados a la industria del transporte, han de reputarse fincas urbanas, siéndoles, a los efectos del desahucio, de aplicación la legislación de alquileres. Si esto es cierto con relación a la legislación entonces vigente, no puede discutirse, dados los términos de la actual, siempre que no se trate de una mera pista de aterrizaje, sino que existan, además, en ella edificaciones provisionales o definitivas, como son los hangares, oficinas, salas de descanso y espera, almacenes, etc.. que usualmente se encuentran en los aeródromos.

Mayores dudas nos ofrece el arrendamiento de canteras, e incluso el de minas, cuando, como es usual, existan en ellas o en su superficie, determinadas edificaciones habitables. En cuanto la finalidad de tales explotaciones no es agrícola, forestal ni ganadera, es indudable que se halla excluida su regulación del régimen de los arrendamientos rústicos. ¿Deberá, por el contrario, estimarse comprendida en la legislación especial de arrendamientos urbanos? En principio, en cuanto la finalidad es industrial y existen edificaciones de carácter habitable, parece imponerse la afirmativa, y estimar el contrato incluido entre los que define el artículo 1.^º de la Ley de Arrendamientos Urbanos; sin embargo, el problema se complica en cuanto el objeto del contrato no es meramente el uso de los terrenos para una finalidad.

determinada, sino el disfrute, o, mejor aún, la apropiación de los productos que durante el plazo del arrendamiento puedan producir la cantera o la mina. Parece que nos encontramos aquí con algo que excede del puro arrendamiento, lo que nos obliga a considerar un problema mucho más complejo de carácter general, cual es el de la posibilidad legal de tales arrendamientos.

Ha sido de siempre objeto de grandes discusiones doctrinales la posibilidad de constituir una relación de carácter arrendatario sobre las minas y las canteras, en cuanto se pensaba que su explotación determinaba necesariamente la consumición y agotamiento de las mismas. Falta aquí, se dice, la posibilidad de restituir la cosa en el estado en que fué entregada, y existe, de otra parte, una incertidumbre en cuanto a la cantidad de mineral que pueda ser extraído, lo que supone un elemento aleatorio en el contrato que no se compagina bien con la naturaleza de un contrato comutativo, como es el de arrendamiento. Mas bien parece que se dan aquí elementos propios del contrato de compraventa, y algunos autores hablan de una verdadera *emptio venditio spei*, de la que sería objeto el mineral que se pudiera llegar a extraer durante el plazo estipulado.

Sin embargo, dado el concepto actual de los frutos, que incluye incluso el de los productos, y la admisión por parte de nuestro Código civil, en su artículo 476, del usufructo de minas y canteras, la general tendencia es a aceptar la posibilidad de constituir también sobre las mismas derechos de arrendamiento. Así, la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 admite la posibilidad de tales arrendamientos, entre otro, en sus artículos 18, 35, 52 y 59. Claro está que una cosa es el arrendamiento de la concesión y otra distinta el de los terrenos y edificaciones superficiales anejos a la misma; esta distinción, sin embargo, no será posible cuando se trate de minerales clasificados como *rocas*, en cuyo caso la explotación, según la Ley referida, corresponde al dueño del terreno, sin necesidad de especial concesión, con lo que el arrendamiento que tenga lugar tendrá carácter unitario.

No creemos que sea a estos casos de aplicación la legislación especial de arrendamientos urbanos, a pesar de la finalidad industrial de la explotación: si tal explotación estuviera en marcha al celebrarse el contrato de arrendamiento, por exclusión expresa contenida en el artículo 4.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que somete a los de esta clase al régimen del derecho común o foral; si, por el contrario, se arrendase el yacimiento con las instalaciones para que el arrendatario iniciase la explotación, no creemos que sea tampoco de aplicación el artículo 5.^o, ni que pueda considerarse regulado por la Ley especial el arrendamiento. Y ello, por dos razones: en primer lugar, porque estimamos que estos peculiares arrendamientos presentan notas particulares que les sustraen a gran parte de las normas generales arrendatarias, y, en este sentido, podemos afirmar son figuras de naturaleza *sui generis*, en cuanto, por lo menos indirectamente, suponen transmisión de la propiedad de partes determinadas de la cosa, ya

que no se limitan al uso, sino que se extienden al consumo; en segundo término, porque la aplicación de las normas especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y muy particularmente las relativas a la prórroga legal, al prolongar su vigencia más allá de los límites previstos por las partes al contratar, podría traer como consecuencia, en la práctica, una enajenación total de los minerales existentes, que convertiría lo que se quiso como mero arrendamiento temporal, en verdadera enajenación de la cosa, en acto transmisivo de la propiedad de la misma.

Cuasi-contratos atípicos

GREGORIO ORTEGA PARDO

Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Origen del cuasi-contrato. Derecho romano.*—3. *Evolución histórica de la categoría. Intentos jurídicos justificativos de la misma.*—4. *Evolución de su contenido. Fundamento filosófico.*—5. *La crisis del cuasi-contrato en el Derecho moderno.*—6. *Los cuasi-contratos atípicos en la doctrina y en la Jurisprudencia.*—7. *Los cuasi-contratos innominados.*—8. *Construcción de la figura del cuasi-contrato atípico dentro del sistema del Código civil.*

1. Al definir los cuasi-contratos el artículo 1.887 del Código civil con una fórmula genérica, plantea el interrogante de si, junto a los que en nuestro ordenamiento están tipificados, podrán admitirse otras figuras atípicas.

Es un problema de verdadero interés práctico, pues se trata de calificar, jurídicamente, una serie de supuestos concretos que, no encontrando cabida en el articulado legal, deben, no obstante, producir en justicia obligaciones. La doctrina—aún afirmando la posibilidad—no se preocupó de esta categoría que se nos presenta así, todavía sin configurar. Alguna sentencia del Tribunal Supremo admitió en ciertos casos—sin explicar el alcance del término—la existencia de un cuasi-contrato innominado. Sólo una moderna, de 1945, se plantea con rigor el problema y suministra—con indudable acierto—algunos datos utilizable para ulterior elaboración.

Con tan escasos elementos, pretendemos hacer una construcción científica del cuasi-contrato atípico, en armonía con nuestro ordenamiento civil.

Para ello, creemos oportuno estudiar, primero a grandes rasgos, la figura del cuasi-contrato, con el fin de apreciar qué sustantividad presenta actualmente. Y después, el contrato innominado que por ser

supuesto análogo, en cierto modo, al que ahora nos ocupa, puede proporcionarnos elementos que sirvan, con propiedad, a nuestro intento.

2. Conocidas son las numerosas controversias que el problema del origen histórico de la figura del cuasi-contrato como fuente de obligaciones, suscitó en la doctrina.

Léese en la *Instituta* de Gayo, III, 88: "omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto". En el *Digesto*, 44, 7, 1 (Gayo, libro segundo aureorum): "Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quoddam iure ex variis causarum figuris". Y, por último, en la *Instituta Justinianea*, III, 13 (tomado también del "liber aureorum" de Gayo): "sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio".

Hasta Savigny (1), no se había reparado en la incongruencia de estos textos que, siendo todos de Gayo, son entre sí antitéticos, puesto que el primero nos presenta una clasificación bipartita de las fuentes de las obligaciones: el segundo, una tripartita, y el tercero, una cuatrimembre; mas Savigny lo atribuyó a un disenso de escuelas, sin dudar sobre si realmente fué Gayo el autor de los tres textos. Fué Perozzi (2) quien se planteó e intentó resolver el problema, y, desde la aparición de su famosa obra, ningún otro campo del derecho fué, como éste, invadido por los romanistas. Afirma aquel autor que de Gayo es sólo la clasificación bipartita, siendo las otras dos obra de los compiladores bizantinos que las atribuyeron a Gayo, interpolando los textos; se basa para ello en el hecho de que los clásicos (3) daban al término "contractus" no el significado de acuerdo entre las partes—concepto bizantino—, sino que aquella categoría se componía de todas las obligaciones, ya provistas de acción civil o pretoria, que no derivaban del delito. Era, por tanto, imposible que en aquella época existiese una tercera categoría general, como es la de la clasificación trimembre, porque ya lo era la del contrato. Por otra parte, la cuatridpartita cree demostrar ser clara interpolación Justinianea, incompatible con el concepto clásico de contratos y delitos.

Siguiendo esta dirección, aunque de modo más atenuado y menos extremoso, Albertario afirma (4) que las fuentes de las obligaciones eran dos en el derecho romano clásico: el contrato y el delito, ambas instituciones del "ius civile". Existían, además, numerosas relaciones análogas a la obligación, disciplinadas por el "ius honorarium", que no eran técnicamente obligaciones y su fundamento no era ni el contrato ni el delito, siendo designadas en terminología procesal precisamente con el nombre de su correspondiente acción. Ahora bien, en la

(1) SAVIGNY: *Das obligationenrecht*, vol. II, Berlín, 1853, § 52 y sig.

(2) PEROZZI: *L'obbligazione romana*, Bolonia, 1903.

(3) PEROZZI, ob. cit. págs. 32-47.

(4) ALBERTARIO: *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'articolo 1.097 del Codice Civile*, en "Rivista de diritto commerciale", 1923, parte I, págs. 493 y siguientes.

época postclásica-justiniana, borróse la diferencia entre "ius civile" y "ius honorarium", por lo que se ensanchó el campo de las obligaciones clásicas, viniéndose a englobar en ellas las relaciones análogas protegidas hasta allí con una acción honoraria. Los clásicos se preocuparon de fijar el concepto exacto de cada contrato, mas no el del contrato en general, y una vez realizada la distinción entre contrato y delito, dejaron cada una de estas categorías abiertas en su contenido a las exigencias y nuevas creaciones de la práctica (5). En aquella época podía tenerse conciencia de que en ciertas obligaciones, derivadas de actos jurídicos lícitos, no existía el acuerdo de voluntad, como en otras; pero por ello no se varió la clasificación general de: relaciones lícitas ("negotia") e ilícitas ("maleficio"). Y piensa Segré (6) que las tres diferentes clasificaciones corresponden a tres conceptos diversos del contrato: la bipartita supone que aquél esté compuesto por todas las obligaciones que no constituyan delito, mientras que las otras dos reducen progresivamente aquel amplio contenido. De todo esto concluye Albertario que los bizantinos, atribuyendo como notas esenciales al contrato el acuerdo, y al delito el dolo, con el término "quasi ex contractu" quisieron designar los actos lícitos en los que no existía acuerdo de las partes y con el "quasi ex delicto" los actos ilícitos culposos.

Esta teoría puede considerarse superada hoy. Baste advertir que si los compiladores interpolaron la clasificación tripartita—una vez que quisieron substituirla por la bipartita, única clásica según Perozzi—no hubieran creado también la cuatrimembre: Hubieran optado por una u otra, pero no es lógico que adoptaran las dos (7). Para salvar este obstáculo, se ha sostenido que la tripartita era una creación postclásica y la cuatrimembre justiniana (8), invocándose para ello una serie de textos del Digesto cuya alteración por mano bizantina parece hoy cosa probada. Pero, además, la doctrina actual admite como clásica la trimembre.

La idea más extendida (9) es que se debe a Gayo la tripartita y es interpolada por los bizantinos la cuatrimembre. Es decir, los clásicos, junto a las dos principales fuentes de contratos y delitos, establecieron

(5) FERRINI: *Pandette*, vol. I, 2.^a ed., Milán, 1904, pág. 780.

(6) SEGRE: "Obligatio obligare obligari" nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano, en "Studi in onore di Pietro Bonfante", volumen III, Milán, 1930, págs. 501 y sigs.

(7) PACCHIONI: *I trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano*, Turín 1927, pág. 230.

(8) Entre otros: PERNICE (*Parerga III*, en "Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte", 1888, vol. IX, págs. 195 y sigs.), con ciertas reservas, y de una manera abierta. Cuq: *Institutions juridiques des romains*, volumen II, 2.^a ed., París 1908, págs. 248 y sigs.

(9) Así: ARANGIO RUIZ (*La Gente e la città*, Nápoles, 1914), si bien en su artículo D. 44, 7, 25, 1, e la classificazione gaiana delle fonti delle obbligazioni (en "Mélanges Cormil", París, 1926) considera que las "variis causarum figuris" clásicas eran los quasi-delitos, mientras que los quasi-contratos fueron una creación de escuela, surgida por la perplexidad acerca de la calificación jurídica de la "solutio indebiti". También: SEMERARO: *Le obbligazioni nel diritto romano*, Roma, 1913, pág. 8; PACCHIONI, ob. cit., pág. 231; etc.

una otra categoría general de carácter negativo, en el sentido de estar compuesta por todos los actos jurídicos que no siendo ni contratos ni delitos generaban, no obstante, obligaciones; era un grupo ecléctico formado por figuras singulares, que no tenían entre sí caracteres generales comunes, como los tenían las de los otros grupos. Fueron los bizantinos quienes subdividieron esta categoría, creando una con aquellas obligaciones que más se asemejaban a los contratos y otra con las más afines a los delitos. Sálvase el aparente contraste entre la clasificación del Digesto y la de la Instituta de Gayo, considerando que esta última, por su carácter elemental, sólo recoge los dos principales fundamentos, desarrollando el jurisconsulto plenamente su pensamiento en la trimembre. Dícese, por tanto, que ese aparente contraste—todo lo grave que se quiera—no autoriza a afirmar la interpolación.

Fueron los últimos estudios de Betti y Riccobono (10) los que más luz arrojaron—a nuestro entender—sobre el particular, llegándose con ellos a formar una teoría, que podríamos llamar “antípoda” de la de Perozzi, con la que concordamos plenamente.

Sostiene Betti (11) que si bien Gayo conoció la existencia de figuras quasi-contractuales y quasi-delictuales, no las trató desde un punto de vista analógico en el sentido de equipararlas a las categorías de contrato y delito, sino de una manera anómala para diferenciarlas de las otras. Este sentido anómalo impidió a Gayo reunir todas aquellas figuras en un concepto unitario y lo que le indujo a establecer un grupo general aparte, fué un simple criterio negativo. La anomalía de la naturaleza de esos casos, frente a la de los contratos, le llevó a agrupar en un apartado amplio meramente negativo las “variis causarum figuris”. Esta fórmula es netamente contraria a la tendencia clasificadora de los bizantinos que amaban las generalizaciones, los esquemas perfectos, los conceptos abstractos y unitarios. Por temperamento eran analogistas y la fórmula de Gayo no podía satisfacer sus exigencias sistemático-constructivas. Por ello, aunque la acogen en el Digesto, modifican su significado dándole un valor analógico y no anómalo. Mas el “quasi ex contractu” y el “quasi ex maleficio”, lejos de ser creaciones bizantinas, tuvieron en la época clásica un valor técnico-constructivo (12), sirviendo para equiparar, desde el punto de vista de la res-

(10) BETTI: *Sul significato de “contrahere” en Gaio e sulla non-classicità della denominazione “quasi ex contractu obligatio”*, en “Bullettino dell’istituto di diritto romano”, 1912, págs. 25 y sigs. y especialmente, *Le fonti d’obbligazioni e i problemi storici della loro classificazione*, en “Archivio giurídico”, 1925, págs. 267 y sigs. RICCOBONO: *Dal diritto romano classico al diritto moderno*. Palermo, 1915 págs. 263 y sigs.; *La dottrina delle “obligationes quasi ex contractu”*.

(11) BETTI: *Le fonti...* cit., págs. 281-286.

(12) BETTI: *Sul significato...* cit., págs. 69-72. En esta misma dirección afirma BRUGI (*Institutioni di diritto romano*, 3^a ed. Turín, 1926 págs. 290 y sig.) que la clasificación cuatrimembre deriva del uso de los romanos de distinguir la acción típica: los bizantinos encontraron en los textos clásicos la idea de un vínculo que derivaba “quasi ex contractu” o “quasi ex delicto”, en el sentido de que de ciertos hechos surgían derechos tutelados por acciones semejantes a

ponsabilidad, ciertos actos o hechos que no eran fuentes de obligaciones, a aquellos que lo eran y se llamaban contratos y delitos. Ahora bien, los bizantinos convirtieron tal equiparación en delimitación no ya desde un punto de vista procesal, sino material, y si bien mantuvieron el término "quasi", le atribuyen no el valor equiparativo de los clásicos, sino un valor delimitativo, queriendo significar una contraseña de impropiedad de calificación. Los clásicos agruparon las fuentes en dos categorías fundamentales, contemplando en cada una de ellas, por equiparación, una especie de apartado, y los dos apartados que de esta manera obtuvieron fueron englobados en una categoría general. Los bizantinos elevaron la clasificación a cuatrimembre, y así los compiladores dieron el nombre de cuasi-contratos y cuasi-delitos a las figuras que Gayo había agrupado en la categoría general de las "variis causarum figuris".

Es Riccobono quien, de una manera más rigurosa técnicamente, desenvuelve estas ideas (13). Considera arbitrario y desprovisto de fundamento pensar que la época clásica sólo conoció la clasificación bipartita, suponiendo—sin haberlo demostrado—que el contrato para los clásicos no fué el acuerdo de voluntades, sino un vínculo jurídico que ligaba a dos o más personas por cualquier causa que no fuera el delito, y que por ello la categoría de las "variis causarum figuris" no tenía razón de ser en aquella época, siendo, por tanto, interpolada (14). Contra tal, afirma que la Jurisprudencia del Imperio sintió la necesidad de ampliar los angustiosos esquemas arcaicos trazados en vista de los elementos más constantes de las relaciones obligatorias del "ius gentium", y por ello aparece como muy oportuna esa tercera categoría

las del contrato y delito; y los compiladores consagraron la clasificación cuatrimembre en una tentativa teórica prevalentemente escolástica de explicar lo que los siglos habían madurado por obra simultánea de diversos factores del Derecho. Longo (*CORSO DE DIRITTO ROMANO*, I contratti, Padua, 1936, págs. 87 y sigs.) piensa que los clásicos con el término "quasi" querían expresar un sentido de mera equiparación, y de esta idea los bizantinos pasaron a la identificación: Encuentran un esbozo en la clasificación cuatrimembre en los clásicos y la desenvolvieron con su peculiar mentalidad: los clásicos contemplaron hipótesis de responsabilidad "quasi ex contractu", los compiladores crearon el concepto de obligaciones "quasi ex contractu". Es decir los cuasi-contratos y cuasi-delitos eran para los clásicos relaciones de aproximación respecto a obligaciones civiles (Cfr. ALBERTARIO: *Introduzione storica allo studio del diritto romano giurisprudenziale*, Padua, 1935, pág. 121) y no de asimilación conceptual, como lo fueron para los bizantinos. En la mente de GAYO no eran las obligaciones, sino las acciones, las que nacían "quasi ex contractu", y fueron los compiladores quienes crearon la categoría de obligaciones "quasi ex contractu" (Cfr. SEMERARO obra citada y loc. cit., y también JORS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, trad. española de la 2.^a ed. alem. por Prieto Castro, Barcelona 1937, págs. 275-276).

(13) Riccobono, ob. cit. y loc. cit.

(14) Riccobono (*La formazione della teoria generale del "contractus" nel periodo della giurisprudenza classica*, en "Studi in onore di Pietro Bonfante", volumen I, págs. 123 y sig., Milán, 1930) prueba que la categoría del "contractus" en el sentido técnico de acuerdo de dos o más personas para constituir un vínculo jurídico se formó en el período Imperial mediante el análisis y elaboración de la jurisprudencia romana.

general comprensiva de todas las otras causas de obligaciones constituidas por la voluntad del hombre. Esas eran: la "negotiorum gestio", el "indebitum", la "communio", la "tutela", el "testamentum". Establecida la clasicidad de éstas, se justifica con ello la existencia de otras obligaciones junto a las contractuales y delictuales, de las cuales algunas tenían analogía con ciertos tipos de contrato y por ello se indican como constituyendo "quasi ex contractu". A ellas pertenece el "indebitum" como es representado por Gayo (15), que afirma: "haec species obligationis, non videtur ex contractu consistere" y por lo que, para repetir el pago de los indebidos, se recurre a la fórmula del mutuo y se considera al que ha recibido el "indebitum" como un deudor por causa de mutuo: "ac si mutuum accepisset"; se trata de una analogía sacada de la fórmula de la acción, que para los romanos era la cosa más importante. Así, aceptada la existencia de figuras análogas a tipos de contrato, se explica la "negotiorum gestio", que por la fórmula de su "actio" era idéntica a la figura del mandato: la "communio", que tenía una fórmula igual a la de la "societas" y la de la "interrogatio in iure", que vino considerada como nacida de la "stipulatio" (16). O sea, los clásicos conocieron, si no una categoría general de obligaciones "quasi ex contractu", si singulares figuras que presentaban analogía con tipos de obligaciones "ex contractu"; en cambio, para la tutela y el legado, las obligaciones derivaban "quodam proprio iure", esto es, del "ius testamentarium" y del "ius tutelarum".

Los clásicos no construyeron, por tanto, una categoría general de obligaciones "quasi ex contractu", sino singulares figuras que presentaban analogía con la "intentio" de la fórmula de especies de contratos. Fueron los bizantinos quienes formaron la categoría general del quasi-contrato junto a la del contrato, mas encontraron ya en las fuentes clásicas elementos para construir la clasificación cuatrimembre. La actividad de los compiladores fué dirigida principalmente a formular esquemas generales más que a proponer nuevas doctrinas, y esto es lo que aquí hicieron al crear la categoría general de obligaciones "quasi ex contractu", falsa y comprensible de la tutela y el legado que no tienen la menor analogía con ningún tipo de contrato.

En resumen, la clasificación bipartita es anterior al derecho clásico y la recoge Gayo en su *Instituta* por ser la más elemental; pero cuando explaya su pensamiento establece la tercer categoría, la de las "variis causarum figuris", con carácter negativo, comprendiendo todas las obligaciones que no nacían del contrato o del delito. Los clásicos contemplaron casos singulares de quasi-contratos, como la "negotiorum gestio", la "communio" y el "indebitum", fijándose en la analogía de su "actio" con la de algún contrato típico. Y los bizantinos, con su afán sistemático, aprovecharon esos elementos clásicos para desdoblarse las "variis causarum figuris" en dos categorías diferenciadas.

3. Mas estas categorías incipientes, por así decirlo, establecidas

(15) GAYO: *Inst. III*, 91.

(16) D. 2, 1, 9.

con intento más sistemático que material, se convirtieron con la evolución histórica en figuras autónomas, con substantividad análoga a la del contrato y delito. Los prácticos del derecho, por mayor facilidad en el decir, consideraron que aquellas obligaciones nacían, no "quasi ex contractu" como se acostumbraba a leer en las fuentes romanas, sino "ex quasi contractu", modificación terminológica que hizo fortuna y se perpetuó en los intérpretes haciéndoles considerar el cuasi-contrato como fuente de obligaciones independientes y substantiva. Veamos cómo se obró este proceso histórico evolutivo (17).

Encuéntrase el término cuasi-contrato en algunos documentos a partir del siglo VI hasta el XII. Mas tal expresión no se menciona en las Leyes bárbaras ni en las galorrománicas del siglo VI, porque estando la clasificación cuatrimembre expresada de una manera clara y sistemática tan sólo en el derecho bizantino, no podían recogerla ni las recopilaciones de costumbres bárbaras ni las codificaciones basadas en fuentes anteriores a la compilación justiniana. A partir del siglo VI el *Corpus iuris civilis* va penetrando en Italia y Francia y con él vuelve a aparecer la figura del cuasi-contrato. Fue recogida en la *Glosa de las Institutas de Turín*, que transcribe la clasificación cuatrimembre de la *Instituta justinianea*; en la *Lex romana canonica compta*, que admite como fuentes el contrato, el cuasi-contrato y el delito, y en la *Abbrevatio Institutionum*, que también recoge la división de la *Instituta III*, 13 (18). Y aparece ya netamente en el *Brachylogus iuris civilis*, en el *Compendium iuris*, en el *Epitome exactis regibus* y en el *Tractatus de natura actionum* (19). Así, al mismo tiempo que el Derecho romano penetra en occidente, se introduce también el cuasi-contrato como fuente independiente de obligaciones. Es recogido en las obras de fin didáctico, siendo pasado en silencio en los tratados prácticos. Mas en el curso de este periodo los autores no se contentan con reproducir servilmente lo que encontraron en los textos: Una transformación se opera en el cuasi-contrato que adquiere el mismo rango que el contrato y el delito, y, sobre todo, su concepto y contenido se modifican.

(17) En él, ninguna parte corresponde a los canonistas (Cfr. BUSSI: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto canonico. Diritti reali e diritti di obbligazioni*, Padua, 1937, pág. 220), que no recogen las categorías del cuasi-contrato y cuasi-delito, incluyendo los primeros bajo el concepto de voluntad y los segundos en las lesiones importantes del deber. Para el estudio de la evolución post-justiniana pueden consultarse: FLACH: *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au moyen âge*, vol. I, París, 1890, págs. 187 y sigs.; CICAGLIONE: *Manuale di storia del diritto italiano*, vol. II, Milán, 1902 páginas 195 y sigs.; BRISSAUD: *Cours d'histoire générale du droit public et privé*, vol. II, París, 1904, págs. 67 y sigs.; COSTA: *Storia delle fonti del diritto romano*, vol. I, Turín, 1909, págs. 157 y sigs.; VIZIOZ: *La notion de quasi-contrat*, Burdeos 1912, págs. 113 y sigs.; SALVIOLI: *Manuale di storia del diritto italiano*, 4^a ed., vol. I, Turín, 1912, págs. 87 y sigs.; etc.

(18) *Glosas...* núm. 341; *Lex romana...* L. II, T. III, c. V; *Abbrevatio...* T. 25.

(19) *Brachylogus...* L. III, T. I, § 2; *Compendium...* §§ 17-20; *Epitome...* T. II, §§ 22-25; *Tractatus...* § 3.

Los glosadores de Bolonia mencionan generalmente en sus Summas el cuasi-contrato como fuente de obligaciones (20). Y aumentan el número de éstas a cinco: contrato, delito, cuasi-contrato, cuasi-delito y las que nacen "proprio iure" o "ex variis causarum figuris"; en esta última, que consideran independiente de las demás, comprenden ciertas obligaciones o acciones irregulares, como, por ejemplo, la "condictio furtiva", cuya naturaleza compleja preocupó en extremo a los autores de la escuela de Bolonia: pensando que el término "proprio iure" quería significar caso especial no comprendido en el derecho común, las "variis causarum figuris" les sirvieron para englobar esas obligaciones y acciones que pensaban no podían encuadrar en las fuentes ordinarias. Aparece con ellos el primer intento de justificar la entidad cuasi-contractual cuando afirman que el cuasi-contrato obliga como si hubiera habido un contrato, si bien no existe en él convención, y ese efecto obligatorio se produce por imponerlo la ley atendiendo a la equidad.

Los bartolistas, que tanta autoridad concedieron a la glosa, habían de recoger también la figura del cuasi-contrato, que adquiere en ellos un esplendor nuevo, pues con su espíritu racional y sutil, ávido de encontrar las causas de las relaciones jurídicas, transformaron y fortificaron su concepto. Todos ellos admiten la clasificación cuatrimembre, mas divergen al tratar de la pretendida quinta fuente de los glosadores de Bolonia. Bartolo y Jason de Mayno (21) dieron por la interpretación errónea de la glosa sobre las "variis causarum figuris", que no eran para ellos otra cosa que los cuasi-contratos y cuasi-delitos. Por el contrario, Cino de Pistoya (22) se atiene a la interpretación de los bartolistas. Baldo y Faber (23) consideraron que aquella categoría comprende las acciones que son tanto contractuales como delictuales, así la "actio finium regundorum". Por último, Paulo de Castro (24) cree que se refiere a las acciones dativas, las que no suponen una obligación preexistente, sino que son dadas por el pretor o la ley para satisfacer la equidad. Preocupados por el deseo de encontrar para las obligaciones cuasi-contractuales un fundamento que legitime la acción y concordando en que en ella no existe un verda-

(20) IRNERIO: *Die Glossa des Irnerius*, ed. de PESCATORE, 1888, pág. 101; PLACENTINO: "Die Summa de "actionum varietatibus", en *Quellen zur Geschichte des römisch-Kanonischen processes im Mittelalter* de WAHRMUND, vol. IV, sin lugar de impresión, 1926. Tit. III, págs. 53-54; ACCURSIO: *Justiniani Institutionum libri IV, Accursii glossi illustrati*, Lugduni, 1617, pág. 34; etc.

(21) BARTOLO: *Omnium iuris Interpretatum antesignani. Eommentaria*, Tomus quintus: Venetiis 1615, folio 160 v.; JASON DE MAYNO: *Lectura praeclarissima super nodoso titulo de actionibus Institutionum*, Lugduni, 1513, fol 63.

(22) CINO DE PISTOYA: *Super Codice et Digesto veteri Lectura*, Lugduni, 1547, fol. 71.

(23) BALDO: *Super prima parte Digesto veteri Lectura*, Lugduni, 1516, folio 47 v.; FABER: *Super quattuor libros Institutionum Lectura*, Lugduni, 1516, folio 37 v.

(24) PAULO DE CASTRO: *Commentaria in Digestum*, Venetiis 1529, fol. 207 vuelto.

dero consentimiento expreso, pretenden encontrar aquél en el consentimiento tácito o en el presunto.

En el siglo XVI, en plena decadencia la escuela de los bartolistas, el estudio del Derecho romano alcanza nuevo vigor con los trabajos de los doctores del Derecho común. Admiten en general la clasificación cuatrimembre y, en contra de los glosadores, consideran todos ellos (25) que las "variis causarum figuris" no eran otra cosa sino los cuasi-contratos y cuasi-delitos. Encuentran el fundamento del cuasi-contrato en el consentimiento tácito o en el presunto, fingido por la ley. En este orden de ideas, Pérez (26) habla de un "quasi consensus", Hotman (27), de una "tacita conventio"; Wesembeck (28), de "contratos impropios", Voet (29), de "tacita obligatio", y Heinecio (30), de un "consensus presumpto" por motivo de utilidad o equidad.

4. Hemos visto cómo evoluciona la figura y el fundamento que a la misma se le busca. Mas ¿de qué manera se opera un cambio en su contenido?

De todos es conocido que glosadores y escolásticos consideraron en buena parte que tan reales como las cosas son los conceptos universales, si bien los tipos de realidad de unas y otros sean diferentes. Uno de los conceptos universales que manejaron es el de la "voluntad".

La palabra voluntad no es en las fuentes romanas un concepto con densidad propia y fija; las pocas veces que se emplea en los textos viene a significar propósito, deseo, disposición práctica externa y visible, algo que la mayoría de las veces, en las fuentes mismas, se expresa con la palabra "animus". La filosofía górica discutió ampliamente la oposición entre razón y voluntad, y desde entonces empieza a tomar este término un contenido y una intensidad desconocidos para los romanos. Surge así el concepto de voluntad, para los juristas medievales (31), como querer imperativo, como pretensión de dominio: Dominio de la naturaleza, dominio de la vida contractual, porque la

(25) BALDUINO: *Institutionum iuris civilis commentator*, Lugduni, 1583, página 414; DUAREMO: *Opera omnia*, Tom. II, sin fecha ni lugar de impresión, páginas 92-93; CUJAS: *Opera omnia*, Tom. VII, Nápoles, 1725, pág. 117; VIMMIO: *Institutionum Imperialium commentator*, L. III T. XIV, pág. 698, Coloniae Allobrogorum et Lugduni, 1729.

(26) PÉREZ (Perezius): *Proaectiones in duodecim libros Codicis Justiniani*, Tomo I, Lib. IV, Tit. X, pág. 237. Antwerpiae, 1720.

(27) HOTMAN: *Opusum*, Tom. II, sin lugar de impresión, 1699, Tit. XV, página 686.

(28) WESEMBECK: *Commentarii in Pandectas iuris civilis et Codice Justinianorum*, Amstelodami, 1665, Lib. 44, Tit. 7, pág. 572.

(29) VOET: *Commentarius in Pandectas*, Genevae, 1778, tratado II, libr. II, título XIV, pág. 343.

(30) HEINECIO: *Opusum*, tom. VII, lib. XIV, tit. I, Genevae, 1770, página 602.

(31) Sólo los civilistas, no los canonistas. Sobre este punto véanse: ZANI: *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema di visi del volere e delle rela-*

voluntad es considerada decisiva en el nacimiento, interpretación, efectividad, impugnación, etc., del contrato. Nace, en fin, la concepción extremista de la voluntad, que había de culminar con Nietzsche y Schopenhauer en Filosofía, con Savigny, Zitelmann, Gierke y toda la "Willenstheorie" en el derecho privado y con la teoría del "contrato social" de los iusnaturalistas de la diosa razón en el derecho público.

Los romanos conocieron aisladamente un cierto número de contratos y los calificaron con indudable acierto, pero no pensaron en un concepto unitario del contrato y mucho menos en una construcción de la voluntad informando y presidiendo no sólo el concepto, sino toda la vida del contrato. Los postglosadores recogen de la Filosofía gética el concepto de voluntad, decisivo en la Teología moral católica, y lo trasplantan al derecho civil: La eficacia del contrato se basa en la voluntad concordada: "pacta quantunque nuda servanda sunt". Y así aquella sencilla clasificación cuatrimembre de las fuentes romanas, vista con el prisma de la voluntad, quedó llena de un contenido intenso y asombroso: Sin voluntad no hay contrato ni tampoco delito, porque sin voluntad no hay ni pecado; sin voluntad no puede haber quasi-contrato ni quasi-delito. Ahora bien, lo que sucede según ellos—como ya anteriormente expusimos—es que la voluntad no está siempre expresa, sino que a veces es tácita o presunta. Llegase así al campo de los conceptos abstractos, al rigor de la analogía llevada más allá de sus justos límites.

5. El quasi-contrato es consagrado por fin en el Código de Napoleón—y de éste pasa al italiano antiguo y al nuestro—, pues los redactores del mismo consideraron que una sociedad política no sería perfecta si los miembros que la componen no tuvieran entre sí otros vínculos jurídicos que los que provienen y se regulan por una convención (32).

No obstante esta acogida legal, los autores, casi sin excepción, niegan a la figura del quasi-contrato substantividad para constituir una categoría autónoma de fuente de obligaciones y consideran, no sin falta de razón, que se trata de un concepto impreciso e inútil (33).

tive azioni di annullamento, en *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, 1927, páginas 335 y sig. y 487 y sig., concretamente pág. 489; y también Büssi: *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto commune, Contratti, successioni, diritto di famiglia*, Padua, 1939, pág. 8.

(32) El paso del Derecho común al Code, puede verse en la bibliografía antes indicada. No teniendo especial interés para nuestro propósito, nos ha parecido conveniente no tratar este problema.

(33) Véanse: DE LUCA: *Teoría del quasi-contratti*, Catania, 1929, pág. 17; RUGGIERO: *Istituzioni di diritto civile*, vol. II, 4.^a ed., Messina, 1926, págs. 440-441; RAMM: *Der quasi-kontrakt*, Leipzig, 1882, pág. 94; VIZIOZ: ob. cit. página 314; MARCUTE: *La notion juridique de gestion d'affaires*, París, 1931, páginas 22-34. En España: SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*, 2.^a ed., título IV, Madrid 1899, págs. 994 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, tom. III, Valladolid-Madrid, 1913, págs. 625 y sigs.; en cierto modo: DE DIEGO: *Apuntes de Derecho civil español común y foral*, tom. II, Madrid,

En realidad, después del Derecho común, apenas si se aportó una nueva idea para fundamentar tan artificial categoría, y las que desde entonces se perpetuaron fueron revisadas y plenamente superadas por la doctrina.

De esta manera se ve que justificar la figura por su equiparación con el contrato es algo totalmente erróneo, ya que entre ambos no existen diferencias secundarias, sino substanciales, visto que la esencia del contrato es el acuerdo de voluntades entre las partes y en el quasi-contrato ese acuerdo no existe (34).

La idea del consentimiento tácito ha sido puesta de lado por la doctrina y hoy ningún autor la sostiene. Se ha hecho clásica la crítica que contra tal teoría formuló Ruggiero (35) y repiten los demás autores: El consentimiento tácitamente expresado no deja de ser consentimiento y por ello podrá fundamentar al contrato—basta recordar toda la teoría del silencio—, no al quasi-contrato.

La tendencia de ver el fundamento de la entidad quasi-contractual en el consentimiento ficticio o presunto aun encontró seguidores entre los autores modernos (36), si bien hoy puede considerarse plenamente superada. La ficción no es base segura para fundamentar un vínculo jurídico. Es preciso explicar objetivamente por qué se finge, y tal explicación no se encuentra en el quasi-contrato (37).

La equidad tampoco es base suficiente; podrá ser, a lo sumo, la que inspire al legislador a reparar en ciertos hechos y regularlos con normas jurídicas, pero no puede crear una categoría conceptual autónoma (38). Será el motivo que indujo a recoger en la ley esas obliga-

1914, págs. 35 y sigs., y CASTÁN: *Derecho civil español común y foral* (notarios), 6.^a ed., tom. III, Madrid, 1944, pág. 411. El culto a la tradición, que llevó a SCIALOJA (*In difesa di termini giuridici fuori d'uso en Studi in onore de Vizante*, volumen II págs. 229 y sigs., Roma, 1931, concretamente págs. 235-237) a tomar la defensa del término "quasi-contrato", no justifica la supervivencia de una figura que ni tiene justificación científica ni utilidad práctica (cfr. PACCHIONI: *Dei quasi-contratti* parte II, vol. III del *Diritto civile italiano*, Padua, 1938, páginas 43-44).

(34) Cfr. VIZIOZ: ob. cit. pág. 301, y BUTERA: *Quasi-contratti. Diritto civile en Digesto italiano*, vol. XIX, parte II, págs. 1312 y sigs.

(35) RUGGIERO: ob. cit. y loc. cit.

(36) Así, PACIFICO-MAZZONI: *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4.^a edi., corregida por VENZI, vol. IV, Florencia, 1908, pág. 196; RICCI: *Indole e fonte delle obbligazioni e dei contratti*, Turín, 1892, págs. 389-391, afirma, que si bien el legislador debió suprimir el quasi-contrato, como fuente autónoma de obligaciones, al conservarlo mostró su intención de considerarlo diferente de las obligaciones legales; de aquí deduce que la idea del consentimiento presunto es el único medio para poder distinguir el quasi-contrato de las fuentes legales y del contrato.

(37) Cfr. GIORGI: *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, volumen V, 7.^a ed., Florencia, 1909, págs. 6-14; GIANTURCO: *Diritto delle obbligazioni*, Nápoles, 1894, págs. 192-195; en España: SÁNCHEZ ROMÁN: ob. cit., página 995.

(38) Cfr. RUGGIERO: ob. y loc. cits., a quien los autores transcriben por lo general.

ciones, mas no explica por qué éstas se transforman en fuente independiente.

Por último, el substrato común del enriquecimiento injusto, que se juzgó esencial en todos los quasi-contratos, no puede ser admitido con caracteres generales, pues ni todas las obligaciones quasi-contratuales se basan en el enriquecimiento ni todas las que de éste nacen constituyen quasi-contratos (39).

Hasta aquí las justificaciones que en el curso de la evolución histórica aparecen. Actualmente sólo Demogue (40) ha pretendido encontrar un fundamento original. Considerando desprovista de fundamento a la categoría legal del quasi-contrato, piensa que no por ello es imposible buscar lo que él llama un fundamento social común a ciertas obligaciones que corresponden más o menos a las quasi-contratuales: Es el derivar todas ellas de la exclusiva voluntad del acreedor; tal es el caso de la gestión de negocios ajenos, el enriquecimiento sin causa, la aceptación de la herencia, la tutela asumida voluntariamente y ciertos actos administrativos (requisiciones militares y expropiación por causa de utilidad pública). Socialmente, los quasi-contratos así entendidos descansan sobre la idea de que en interés de la solidaridad una persona puede intervenir en el patrimonio de otra y reclamar ciertos derechos asumiendo ciertas obligaciones. Esta concepción social del quasi-contrato—nos dice—es la opuesta a la individualista del Código civil. Una persona tornase acreedor sin el consentimiento del deudor cuando el interés social así lo exige, y es inútil hablar de consentimiento presunto de este último. Jurídicamente, el quasi-contrato nace de la voluntad del acreedor, a la que la ley concede importantes efectos. La voluntad juega aquí un papel esencial; pero en realidad, en la vida, la voluntad sólo tiende a resultados prácticos, y en este caso el resultado jurídico se impone por la ley.

Aspirando Demogue a una construcción original llega a la vieja idea de la equidad, si bien utiliza otra expresión. Considera que existe una serie de actos derivados de la voluntad del acreedor que la ley prevé y regula con determinados efectos en interés de la solidaridad. Es el concepto de solidaridad substituyendo al de equidad. Y lo mismo que dijimos al hablar de esta última podemos repetir ahora: la solidaridad y el interés general pueden ser el móvil que lleve al legislador a regular de cierta manera determinadas relaciones: pero

(39) Cfs. GIORGI: ob. y loc. cits.; BUTERA: ob. cit. pág. 1317; VALVERDE: obra y loc. cits.; en ellos podrán verse numerosos ejemplos que se presentan para demostrar ese aserto. PLANOL (*Traité élémentaire de droit civil*, tom. II, 6.^a ed., París, 1912, págs. 256-259) es, en la época moderna, el único que ha pretendido seguir este criterio. Negando la substantividad de la figura no deja por ello de buscar un posible carácter homogéneo a los tipos clásicos de quasi-contrato; y pretende hallarlo en el enriquecimiento sin causa a expensas de otro que obliga a la restitución, fundamento—como dijimos—incompleto. Véase la crítica que a tal teoría hace CASTÁN: ob. cit., pág. 413.

(40) DEMOGUE: *Traité des obligations en général*, vol. III, París, 1923 páginas 4-7.

la causa próxima de esas figuras jurídicas será la ley. El mismo Demogue lo reconoce cuando afirma que prácticamente es la ley la que impone el resultado jurídico, de lo cual lógicamente habría de concluir que, más que hablar de cuasi-contrato como fuente de obligaciones, debe hablarse de obligaciones que nacen de la ley.

En resumen, hemos visto cómo nace la categoría del cuasi-contrato en el Derecho romano clásico por una analogía procesal que no lo eleva a figura autónoma; cómo los bizantinos toman pie, erróneamente, en aquella idea para establecer una categoría sistemática; cómo en la evolución histórica posterior esa simple categoría sistemática se llena de un contenido totalmente diferente al que tuvo en su origen por obra de una serie de factores, y asistimos, por último, a su crisis y decadencia en los tiempos modernos, en los que se rebaten los diferentes fundamentos con los que se pretendió justificarla. Hoy, por tanto, conceptualmente no se admite que el cuasi-contrato sea fuente autónoma de obligaciones y es englobado por la doctrina en las fuentes legales.

Esta tendencia doctrinal prevalece también en las legislaciones. Las más modernas, con buen criterio, la suprimen. Tal: el Código portugués, brasileño, alemán, austriaco, federal suizo de las obligaciones, proyecto italo-francés de Código unificado de las obligaciones y Código italiano de 1942 (41).

Por tanto, la clasificación correcta de las fuentes de obligaciones debe ser la tripartita: obligaciones contractuales, delictuales y legales. Esta última categoría paréconos debe tener un carácter negativo: en ella podrán ser incluidas todas las obligaciones que no puedan comprenderse en los dos primeros grupos. Lo que supone volver al sistema trimembre de Gayo, que reputamos perfecto, dando al tercer término, que él llamó "ex variis causarum figuris", el nombre de obligaciones legales. Y, como los clásicos romanos hicieron, se podrán distinguir dentro de esta amplia categoría—sin llegar a darles independencia—casos que tienen una cierta analogía con contratos y casos que la guardan con delitos; mas ese parecido no puede encontrarse, como en los tiempos romanos, en las acciones—ya que el ordenamiento jurídico actual no descansa en un sistema de acciones (42)—, sino en el régimen a que están sometidos. Ahora bien, semejante analogía ni da a esas obligaciones la necesaria substantividad para elevarlas a categorías autónomas ni permiten englobarlas en los contratos y en los

(41) Este último, de mayor interés por ser el más moderno y perteneciente al núcleo latino, estudia los contratos en especial y después, la promesa unilateral, los títulos de crédito, la gestión de negocios ajenos, el pago de lo indebido, el enriquecimiento sin causa y los hechos ilícitos, como generadores de obligaciones. Es decir, suprime los términos de cuasi-contratos y cuasi-delitos aunque estudia en figuras individuales algunos de los primeros y entre los hechos ilícitos los segundos. (Véase sobre esta materia BENETTINI: *Compendio di diritto civile secondo il nuovo codice*, vol. VI: *Il libro delle obbligazioni*, Milán, 1944.)

(42) Sobre este punto, véase lo que escribimos en *La tutela de hecho*, separata de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1947, pág. 6.

delitos. Todas ellas deben ser agrupadas atendiendo a la fuente de que proceden, que no es otra sino la ley; ésta es la que las fundamenta y por ello la que ha de figurar como denominadora de todo el conjunto. La individualización conceptual de las figuras que comprende este grupo atendiendo a su régimen jurídico, que da a las unas cierta analogía con determinados contratos y a las otras con algunos delitos, sólo puede tener trascendencia práctica a efectos de aplicarse análogicamente ese régimen a figuras próximas a ellas y no tipificadas.

6. No obstante la crisis doctrinal del cuasi-contrato, no hay que olvidar que un imperativo legal obliga en nuestra patria, todavía, a admitirlo. El artículo 1.887 del Código civil da una definición genérica de los cuasi-contratos, afirmando que lo son: "los hechos lícitos puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación reciproca entre los "interesados". Y se tipifican como tales la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido, a los que añade como tercera especie el Código de obligaciones y contratos de nuestro Protectorado en Marruecos, la promesa pública de recompensa.

Ante la existencia de esos tipos concretos de cuasi-contratos cabe la pregunta de si el Código los enumera exhaustivamente o si, por el contrario, puede hablarse de cuasi-contratos atípicos, al igual que junto a los contratos tipificados por la ley se admiten otras figuras de contratos innombrados.

Y la doctrina—española y extranjera (43)—que se preocupa del problema, afirma la posibilidad, a la vista del concepto genérico que del cuasi-contrato dan los Códigos (francés, italiano antiguo y español). Exígese para ello que los actos que se pretenden calificar de tales reúnan los requisitos de: ser lícitos, voluntarios y no procedentes de convención (44).

Pero la mayor dificultad que en este punto se presenta no es considerar posibles estas figuras—extremo relativamente fácil—, sino determinar las normas jurídicas a que han de quedar sometidas, ya que carecen de un régimen legal específico. Y sobre ello la doctrina guarda silencio; no se planteó el supuesto. Los únicos elementos que poseemos para resolver tan intrincada cuestión son dos sentencias de nuestro más alto Tribunal, particularmente interesantes al efecto.

(43) En España: MANRESA: *Comentario al Código civil español*, 7.^a ed., tomo XII, Madrid, 1911 págs. 449-54, y CASTÁN: ob. cit., págs. 413-414. En el extranjero, VIZIOZ: ob. cit., pág. 222; DEMOGUE: ob. cit., págs. 116-117 etc. En contra de esta opinión se ha manifestado LAURENT: *Principes de droit civil*, volumen XX, pág. 340, 3.^a ed., Bruselas-París, 1878, a quien siguió en Italia LOMONACO (*Delle obbligazioni e dei contratti en genere*, vol. I, 2.^a ed., Nápoles-Turín 1912 parte 10.^a de *Il diritto civile italiano*, dirigido por FIORI, pág. 267). Pero esta tendencia aislada ha sido justamente criticada por carecer de base y hoy puede considerarse totalmente superada.

(44) Despues veremos cómo no basta con la sola existencia de esos requisitos para afirmar la presencia de un cuasi-contrato atípico.

La primera de ellas es de 8 de enero de 1909. Declaró que la permanencia de un enfermo en casa ajena, donde murió, no habiendo existido un verdadero contrato de arrendamiento de servicios, ya que faltaba la determinación del precio cierto que por él había de percibirse, entraña un cuasi-contrato innominado—de los definidos genéricamente en el artículo 1.887 de nuestro Código civil—que permite al dueño de la casa donde el enfermo había fallecido reintegrarse de los gastos, daños y perjuicios que aquel hecho le hubiera causado.

Todavía, aun admitiendo el cuasi-contrato atípico, no se nos dice cuál sea su alcance y régimen jurídico. Sobre estos extremos habla más explicitamente una moderna sentencia, fundamental para el tema que nos ocupa, que vamos a examinar con cierto detenimiento.

Los hechos que la motivaron fueron los siguientes:

Un matrimonio y un sobrino que tenían en su compañía y trabajaba en el bufete de abogado del marido, adquirieron una finca por compraventa, estipulándose en la escritura pública que los cónyuges adquirían el usufructo y el sobrino la nuda propiedad, consolidando este último el usufructo al fallecimiento de ambos cónyuges; el óbito de uno solo de ellos determinaría el acrecimiento de la parte del difunto a la del supérstite. Habiendo muerto el marido durante la guerra civil española, el sobrino asentó de su puño y letra en un libro de cuentas, con referencia a la finca aludida, lo siguiente: "Que, aun cuando en la escritura mencionada aparecían adquiriendo los esposos únicamente el usufructo, en realidad les pertenecía en nuda propiedad, la cual les reconocía y otorgaba plenamente el subscriptante, que en la citada escritura figuraba como nudopropietario, dando a esta manifestación toda la fuerza que en Derecho era necesaria y a todos los efectos procedentes, de forma que la viuda pudiera disponer libremente de la finca, cuya propiedad le pertenecía íntegramente, sin limitaciones de ninguna especie". Aunque la viuda, indudablemente, conoció este escrito, jamás quiso utilizarlo, como se desprende de una carta suya dirigida a su sobrino, que terminaba diciendo: "Tú verás si te conviene poner la finca a mi nombre; yo pienso como pensaba". Pero fallecida la viuda, sus herederos formularon demanda contra el sobrino de la causante, en la que, sin impugnar la existencia legal y la validez de la referida escritura pública de compraventa, se limitaron a esgrimir, sobre la base de la nota transcrita que figuraba en el libro de cuentas que acompañaban, la acción real dirigida a que se declarase que la finca pertenecía en propiedad a la causante y en la fecha de la reclamación, por su fallecimiento, a los demandantes, que la reivindicaban. Seguido el pleito por todos sus trámites, el Juzgado de Avilés accedió a la demanda. La Audiencia de Oviedo, en apelación, revocó el fallo de primera instancia. Y formalizada la casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de junio de 1945 (de la que fué ponente D. José CASTÁN), no dió lugar al recurso, desestimando: 1) que se infringiese la ley Procesal al no dar al documento el alcance probatorio que el ordenamiento le reco-

noce; 2) que se violase el artículo 618 del Código civil; 3) negando la fuerza obligatoria de la promesa unilateral en este caso, siguiendo en ello la jurisprudencia constante del mismo Tribunal; y 4) por último, negando también que existía aquí un cuasi-contrato innominado, dedicando a explicar su postura, ante esa figura, el considerando quinto, que por su importancia para nuestro intento transcribimos:

“Considerando: Que tampoco ha incurrido la sentencia —de la Audiencia—en las infracciones del principio de Derecho según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos y del artículo 1.887 del Código civil, que le atribuye el motivo tercero sin tener en cuenta, por lo que al primero de ellos se refiere, que no puede hablarse de contradicción de actos propios cuando, como en el presente caso, ocurre que los principalmente realizados no son jurídicamente eficaces, y, por lo que al precepto del Código civil afecta, que: aunque un imperativo legal obligue en nuestro Derecho a admitir la figura jurídica del cuasi-contrato, abandonada casi por la ciencia actual (que ve en ella una noción indecisa e imprecisa, fruto acaso de un error histórico), pero que subsiste en el artículo 1.887 del Código civil, a través de una definición genérica que permite reconocer (como lo hizo la sentencia de esta Sala de 8 de enero de 1909) la existencia de cuasi-contratos innominados, según criterio de acertada hermenéutica, ni mucho menos de buena política jurídica, tolera, sin embargo, se dé una extensión desmesurada a tal noción que conduzca a la consecuencia absurda de que todos los actos voluntarios y licitos no constitutivos de una convención pueden llegar a ser estimados como productores de vínculos de obligación, siendo así que la más elemental apreciación sistemática e histórica de la disciplina de nuestro derecho de obligaciones enseña bien a las claras que el concepto de cuasi-contrato está en el fondo referido a aquellos hechos a los que, por razón de su naturaleza, liga el ordenamiento jurídico el nacimiento de una obligación que guarda analogía, más o menos próxima, con determinadas obligaciones contractuals; y, por consiguiente, dicho concepto resulta del todo inadaptable al caso presente, en el que se trata, más que de un hecho, de una declaración de voluntad, que se pretende artificiosamente construir como cuasi-contrato, sin demostrar que pudiese tener alguna analogía con las figuras que el Código perfila, y que no se persigue la finalidad de eludir así la falta la aceptación en un negocio jurídico de configuración contractual.”

La sentencia se opone a que el reconocimiento de la posibilidad de existencia de cuasi-contratos innominados o atípicos, lleve consigo extender desmesuradamente esta noción, ya que ello equivaldría a pen-

sar que todos los actos voluntarios y lícitos no constitutivos de contrato, podrían ser considerados figuras de esta especie. Y, concretando más las exigencias, impone como necesario que exista un hecho que, por su naturaleza, se considere ligado al nacimiento de una obligación análoga a las cuasi-contractuales perfiladas en el Código, las que, a su vez, guardan analogía, más o menos próxima, con determinadas obligaciones contractuales.

En resumen, la doctrina de la sentencia de 21 de junio de 1945 sobre el particular es la siguiente: Que en nuestro Derecho no puede negarse la existencia de los cuasi-contratos admitidos legalmente, si bien ello está en contra de la doctrina y técnica jurídicas. Que, en virtud del concepto genérico contenido en el artículo 1.887 del Código civil, podrán admitirse en España más cuasi-contratos que los tipificados. Ahora bien, para ello son requisitos esenciales: 1) la existencia de acto lícito y voluntario; 2) la no existencia de contrato, y 3) que el acto de que se trate guarde analogía con alguna de las figuras de cuasi-contrato tipificadas, las que a su vez la tienen con determinadas obligaciones contractuales.

Tales son los supuestos mínimos que la jurisprudencia da como punto de partida para calificar los casos concretos que la práctica presente, bien entendido que en la duda—siguiendo a la sentencia—hay que inclinarse por la negativa, ya que mostrándose aquélla contraria a la existencia del cuasi-contrato, que sólo admite por un imperativo legal, con más razón lo ha de ser respecto al atípico admitiéndolo sólo en casos que claramente puedan incluirse en el amplio artículo 1.887. Con ello la jurisprudencia brinda a la doctrina elementos para perfilar esas figuras que todavía no encontraron acogida en la literatura iusprivatista. Hemos de ver si son correctos y en qué medida pueden utilizarse en la construcción que intentamos de esta nueva entidad jurídica.

7. Mas antes de proceder a esa construcción, parecenos conveniente examinar a grandes rasgos la figura del contrato innombrado, que, por presentar cierta semejanza con el problema que nos ocupa, ha de proporcionarnos elementos para resolver lo que nos proponemos.

El contrato atípico presenta hoy de forma muy diferente a como se ofrecía en el Derecho romano, por lo que afirma Ruggiero (45) que la clasificación de los contratos en nominados e innominados no sobrevive actualmente, al menos con el valor de aquella época. Hoy carece de valor el criterio según el cual los contratos tienen o no un nombre.

Para entender el contrato innombrado romano (46) hay que tener

(45) Ruggiero: ob. cit. págs. 211-218.

(46) Sobre la materia pueden consultarse: ARANGIO RUIZ: *Istituzioni di diritto romano*, 5.^a ed., Nápoles, 1941, págs. 315-320; PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed. vol. II, Roma, 1928, págs. 352-360; DE FRANCISCI: *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innombrati*, Pavia, 1931; dos volúmenes; BETTI: *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculiani e sabi-*

en cuenta que los juristas de aquella época no crearon un tipo genérico del "contractus" capaz de acoger en sí cualquier contenido obligatorio, y si bien—como dijimos—contemplaron como elemento común de todos los contratos el acuerdo, al reagrupar los diferentes negocios en el término "contractus", no elevaron esta categoría a figura abstracta, abierta a cualquier contenido obligatorio, sino que exhaustivamente la limitaron a una serie de ellos previstos y regulados. El contrato no existía como figura general de ilimitada extensión; todo acuerdo que no pudiera encuadrarse en ese sistema no era contrato, no producía efectos jurídicos. Con los contratos innominados se ampliaron estos estrechos límites, más siempre en muy reducida medida. Primero se estableció que celebrado un acuerdo que no correspondiese a ninguna de las categorías legales, si una de las partes entregaba la prestación a que se obligó y no obtenía la contraprestación, podía exigir se le restituyese lo pagado; el pretor llegó a conceder una "actio" para alcanzar la propia contraprestación. O sea, del convenio no surgía un deber jurídico de cumplir, mas si una de las partes pagaba, podía repetir o compelir a la otra al cumplimiento. Había así, con eficacia jurídica, contratos innominados que pertenecían a una de estas cuatro categorías: "do ut des", "do ut facias", "facio ut des" y "facio ut facias". Mas como innominados sólo se reconocían los signalagmáticos, con obligaciones reciprocas para ambas partes. Fuera de los contratos nominados y de estas cuatro clases de atípicos (47) el convenio no lograba crear obligaciones, puesto que sin una específica y directa consagración legal no producía efectos jurídicos (principio de tipicidad o coacción legal del tipo) (48).

Hoy, la distinción entre contratos nominados e innominados se conserva, pero con diferente sentido: no interesa que los contratos tengan o no un nombre, sino que importa el hecho de estar o no contemplados en la ley (49). Así nos dice Castán (50), llámanse contratos nominados los que tienen una individualidad propia y normas especiales en la ley, e innominados los que, faltos de individualización y régimen legal, se rigen por las normas generales de los contratos.

niani en *Bulletine dell'Istituto di diritto romano*, 1915, vol XXVIII, págs. 3-96, etcétera.

(47) Obsérvese que los innominados estaban también tipificados en el derecho romano.

(48) En GALVAO TELES (*Dos contratos en geral*, Coimbra, 1947, páginas 43-47) puede verse un estudio bastante completo del principio de tipicidad absoluta y su derogación.

(49) Correctamente tipicidad significa normatividad; en este sentido los contratos innominados romanos eran también típicos, en cuanto estaban previstos por el ordenamiento. Hoy sólo puede hablarse de contratos innominados, cuando la ley no contempla un determinado supuesto contractual. Para evitar la confusión que la terminología romana pudiera originar, es más claro llamar a los contratos innominados, atípicos. No obstante—hecha esta declaración, y para mayor facilidad en el decir—usaremos indistintamente las dos expresiones.

(50) CASTÁN: ob. cit., vol. II, Mad. id, 1943, págs. 592-593.

Según Ennecerus (51), rige actualmente—respecto a la conclusión de contratos obligatorios—el principio de libertad de contratar; o sea, que mientras no haya disposiciones legales que se opongan, pueden concluirse contratos obligatorios de cualquier contenido, si bien el tráfico se mueve dentro de ciertas especies típicas de contratos (no hay que advertir que cuando habla de contratos obligatorios se refiere a la eficacia, y en España, atendiendo a la eficacia, todos los contratos lo son). Las relaciones contractuales que no encajan en ninguno de los tipos legales han de ser juzgadas por analogía de los tipos contractuales afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, finalmente, a título complementario, por el arbitrio judicial. Cuando esos contratos contienen elementos singulares que se dan de un modo igual o parecido en varios negocios típicos, es aplicable la doctrina de los negocios mixtos. Además—los tipificados—sólo pueden estar regulados en cuanto a su contenido normal o al de las subespecies particularmente frecuentes; pero una convención que corresponda en lo general a un tipo semejante, puede, sin embargo, dado su fin especial articulado en el contrato mismo, exigir un trato divergente: entonces este trato tiene que darse por el juez.

De acuerdo con esta doctrina—que también nos satisface en sus líneas generales—, los anotadores (52) afirman que el principio de libertad contractual aparece consagrado en el artículo 1.255 del Código: "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Así, pues, dentro de estos límites, pueden concluirse contratos de cualquier contenido que las partes estructuren libremente en conformidad a sus necesidades y posibilidades, y los contratos atípicos que creen deberán juzgarse—según estos autores—por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, en último extremo, por los principios generales del Derecho, que dan un amplio margen al arbitrio judicial. Mas sólo puede acudirse a estos criterios allí donde no alcance como pauta para determinar el contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes, ya que el mismo convenio es para ellas la primera ley, según dispone el artículo 1.091 (53).

Pero lo que primero nos interesa esclarecer, antes de determinar el régimen de estos contratos, es el criterio a seguir para calificar a una determinada convención de típica o atípica.

(51) ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, II. *Derecho de obligaciones*, II, traducción española, Barcelona, 1935, págs. 1-3.

(52) PÉREZ Y ALGUER: Notas a ENNECERUS, cit. págs. 4-5.

(53) JOSSEYRAN (*Cours de droit civil positif français*, vol. II, 2^a ed., París, 1933, págs. 11-12), piensa que estos contratos deben gobernarse: 1) por las reglas generales de los contratos; 2) por la voluntad de las partes en la medida en que esté declarada; 3) subsidiariamente, por las reglas aplicables al contrato nominado más próximo. Esta jerarquía nos parece poco fundada y nada sistemática.

Fijándose en el principio de la libertad contractual se ha llegado a afirmar que, por más paradójico que parezca, todo negocio típico corresponde a un tipo, es decir, que todo fin práctico susceptible de ser perseguido por la autonomía privada es típico, no en el sentido de corresponder exactamente a un esquema establecido y regulado específicamente por el legislador, sino en el de haber emitido éste una norma en blanco—por así decirlo—, y la voluntad privada, amparada en ella, viene a concretar el precepto; es decir, que todo contrato está tipificado, bien concretamente o bien de un modo general, en la norma que prescribe la libertad de contratación. Así, nos dice Manigk (54) que en el negocio atípico la consecuencia jurídica surge de la ley en virtud de una anticipada sanción general, cual es la admisión del principio de libertad de contratar. Esta tendencia es, a nuestro entender, excesiva, ya que viene a confundir la tipicidad del contrato con el reconocimiento de la posibilidad de contratar. Cuando la ley permite a las partes crear nuevos contratos no previstos en ella, no tipifica de una manera general todos los que éstas puedan concluir, sino admite simplemente que la voluntad individual ofrezca en la práctica nuevas creaciones no tipificadas, sin dejar por ello de tener plena validez (siempre, claro está, que la autonomía privada se mueva dentro de los límites prescritos).

Piensa Grassetti (55) que la diferencia entre contratos nombrados e innominados reside en que en los primeros es necesaria la existencia y validez de una causa, tanto en sentido objetivo como material, mientras que en los seguidos la exigencia debe limitarse a la causa en sentido material (56). La diferencia entre una y otra clase de causas está en que las causas objetivas formales sólo existen en cuanto están explícitas en la ley, mientras que el número de causas, en sentido material es abierto, ya que los esquemas legislativos no agotan el contenido de la autonomía de la voluntad (57).

Mas lo verdaderamente interesante para nosotros es determinar, como tarea previa, cuándo se está frente a un contrato que no encaja

(54) MANIGK: *Das anwendungsgebiet des Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901, págs. 88-89.

(55) GRASSETTI: *Del negocio fiduciario e della sua ammisibilità nel nostro ordinamento giuridico en Rivista di Diritto commerciale*, 1936, parte I, páginas 345-378 concretamente págs. 371-372.

(56) Análoga idea parece mantener VASALLI (*Teoria dei negozi giuridici*, Roma, 1934, pág. 61) al afirmar que falta la causa en los contratos innominados, cuando no subsiste el motivo que ha determinado el consentimiento de las partes, mientras que en los típicos falta, toda vez que es excluida la función en vista de la cual la ley los ordenó. Por este camino, PUGLIATTI (*Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici* en *La Dante Alighieri*, de VENEZIAN, Messina, 1934, pág. 20) llega a los más extremos resultados, pensando que de esta manera la diferencia entre negocios nombrados e innominados desde el punto de vista del esquema causal es simplemente de naturaleza cuantitativa.

(57) GRASSETTI: *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dell'intento empírico*, Milán, 1936, pág. 34. En esta separata puede verse más explícitamente expuesto su pensamiento.

en ninguno de los moldes legales. Para ello, para fijar si un negocio es típico o atípico, es decisiva la valoración del intérprete atendiendo a los supuestos de hecho del mismo, y una vez determinados éstos podremos prever su régimen. Porque para decir que un determinado contrato tiene tan sólo causa en sentido material—sin prejuzgar ahora sobre la propiedad de este intento clasificador de la causa—es necesario demostrar que no corresponde su supuesto de hecho a ninguno de los esquemas legislativos, es decir, que no es típico.

Por supuesto de hecho (*fattispecie*), nos dice Rubbino (58), se entiende el conjunto de los elementos necesarios en un negocio para la producción de uno o más efectos jurídicos. Comúnmente se distingue el supuesto de hecho abstracto o legislativo del concreto; pero es necesario también diferenciar este último—al que la doctrina no suele dar autonomía (59), confundiéndolo con el real—del supuesto de hecho real. Supuestos de hecho abstractos son aquellos previstos por la norma en vía hipotética, es decir, definidos en ella abstractamente, y son una de sus dos partes constitutivas. Reales son los supuestos de la vida práctica individualizados en el tiempo y en el espacio; y vienen a encuadrarse en un supuesto legislativo a través de un proceso de simplificación en el que se toman en cuenta tan sólo los elementos más relevantes del supuesto, que lo equiparan a uno de los tipificados en la ley, despreciándose los elementos menores y menos importantes que hacen que cada supuesto real sea diferente de los demás, pero no le dan la individualidad necesaria para hacerlo inadaptable al previsto en la norma. Los concretos se corresponden con los supuestos de hecho abstractos, con la diferencia de que los primeros son pensados en su histórico devenir. Unos y otros son simplemente pensados, contemplados, en oposición a los reales que se realizan, se actúan. Mas los concretos no son parte constitutiva de la norma, como lo son los abstractos. Ambos suponen una abstracción, pero en unos creada por la ley y en otros por el intérprete mediante una deducción hecha a partir de una serie de supuestos de hecho reales análogos que o bien se hubieran dado en la práctica o bien son pensados por el intérprete a título de ejemplo. En resumen, el supuesto de hecho legal es abstraído y tipificado por el legislador para una serie de negocios idénticos en lo esencial. El real es el supuesto de hecho de cada acto ya realizado y que por simplificación viene a encuadrarse, bien en un supuesto legal, bien en uno concreto. Y el concreto es el abstraído por el intérprete deduciéndolo de una serie de supuestos reales análogos. Es decir, el intérprete, en estos casos, viene a realizar la misma labor del legislador, al elevar a tipo la abstracción de unos supuestos reales, con la diferencia de que el supuesto legal se contiene en la norma y el con-

(58) RUBBINO: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1930, páginas 3-4.

(59) Así, por ejemplo, ELTZBACHER: *Handlungsfähigkeit*, vol. I, Berlin, 1903, págs. 18-21.

creto no, viniendo a constituir el supuesto de hecho abstraído de un negocio atípico, no contemplado en la ley (60).

Ahora bien, en los negocios típicos la fase de valoración del negocio hecha por el ordenamiento—la cual, como es lógico, es anterior a la concesión de la relevancia jurídica al acto—se actúa por medio de categorías abstractas—las que se van a tipificar—y se realiza en el momento de formarse la norma. Por el contrario, en los negocios atípicos esa valoración se actúa por medio de supuestos de hecho concretos, abstraídos por el intérprete (ya sea el juez, ya el legislador), y así como en los primeros el juicio de valor se realizaba en el momento de formarse la norma, en éstos ese juicio es posterior al momento de formarse la norma que no los tipifica (61).

Este examen de los supuestos de hecho es el esencial para determinar si un contrato es o no típico. No basta que las partes den a su contrato un nombre de contrato tipificado, o declaren que no es nombrado su convenio: ha de prevalecer la sustancia sobre las palabras (62). Pues bien, a la categoría de los contratos atípicos (los no reducibles a uno de los esquemas tipificados o a un conjunto de combinaciones de éstos—negocios mixtos—), debe recurrirse como última “ratio”; y así, dice Grassetti (63), es preciso, antes de declarar la existencia de uno de éstos, comprobar si en el supuesto de hecho concreto del contrato en examen falta, al menos, uno de los “essentialia” de los supuestos de hecho abstractos de los contratos nominados. Ha de considerarse, por tanto, como una categoría negativa, en el sentido de que sólo se puede acudir a ella después de comprobar que el supuesto de hecho de aquel negocio no corresponde a ninguno de los legales, es decir, después de agotadas las posibilidades de los supuestos abstractos.

En resumen, para saber si un determinado contrato es típico o no —visto que no puede atenderse simplemente a las palabras que las partes usan—hay que acudir al examen del supuesto de hecho del mismo, para ver si un supuesto real se corresponde con alguno de los abstractos, de los legales tipificados. Sólo en el caso de no poder ser encuadrado en ninguno de ellos, el intérprete podrá crear el supuesto de hecho concreto de aquel negocio atípico, con lo que obtendremos el contrato innombrado.

El régimen a que estos contratos deben quedar sujetos se determinará, después de esa valoración, del siguiente modo: 1) atendiendo a la voluntad de las partes—ya que el contrato es ley para ellas—. Y en

(60) Claro que el intérprete puede también abstraer un supuesto de hecho concreto de una serie de supuestos de hechos reales análogos, ya tipificados, para comprobar si la tipificación del supuesto de hecho abstracto realizada por el legislador, es correcta o no. Mas este caso—de menos transcendencia que el contemplado—no nos interesa ahora.

(61) RUBBINO: ob. cit. págs. 40-41.

(62) Cfr. REDENTI: *Dei contratti nella pratica commerciale*, 2.^a ed., parte primera, Padua, 1933, págs. 233-234.

(63) GRASSETTI: *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, en *Rivista di Diritto civile*, 1941, págs. 97-110, concretamente pág. 97.

lo que no hubieran previsto, el intérprete atenderá: 2) a las normas del contrato o contratos típicos más afines al innombrado de que se trate, siempre que sean apropiadas a su naturaleza, que no le repugnen; 3) a los principios generales de las obligaciones y contratos; 4) y por último—si todavía con lo anterior no se pudo completar su régimen, bien por no haberse encontrado normas o ya porque las existentes no puedan ser aplicadas a un contrato de aquella naturaleza—, a los principios generales del Derecho que conceden un amplio margen al arbitrio judicial.

Mas volvamos de nuevo al tema que nos ocupa—en vista del cual tan sólo hicimos el estudio que antecede—para ver qué aplicación pueden tener al mismo los principios que rigen los contratos innombrados.

8. Recordemos que la sentencia de 21 de junio de 1945 consideraba como requisitos esenciales para admitir un cuasi-contrato innombrado la existencia de: 1) acto lícito y voluntario, 2) no procedente de convención y 3) que guarde analogía con alguno de los cuasi-contratos tipificados, los que a su vez la tienen con determinadas obligaciones contractuales.

Ninguna duda se presenta respecto a las dos primeras exigencias: La primera, por imponerla expresamente el artículo 1.887; la segunda, porque en caso contrario estaríamos en presencia de un contrato.

Más dificultades surgen de la tercera. Es lógico que la sentencia quiera limitar el ámbito del cuasi-contrato atípico. Mostrandose contraria a la subsistencia del cuasi-contrato, que sólo admite por imperativo legal, con más razón lo será a extender los límites del innombrado. Considerando sólo como tal las figuras que nitidamente muestran ser ésta la calificación que les corresponde. Piensa que el legislador define genéricamente la categoría en el artículo 1.887 y tipifica los casos más salientes de la misma; y aunque esa tipificación no sea exhaustiva, al realizarla se tomaron en cuenta los caracteres más salientes que el cuasi-contrato puede presentar. Para tener un acto concreto cabida en este artículo, deberá poseer esos caracteres más salientes que están descritos al tratar las figuras que el Código regula. Por tanto, todo acto lícito, voluntario y no procedente de convenio, no es sin más constitutivo de obligaciones cuasi-contractuales, como pudiera desprenderse del amplio precepto legal. La sentencia marca como límite que el acto—que en justicia deba producir obligaciones—guarde analogía con alguno de los tipificados; en otro caso, el fundamento de las obligaciones que deberían surgir ha de buscarse en otro artículo. Lo contrario—afirma la sentencia con toda razón—sería abrir la puerta a esta figura y hacerle abarcar los supuestos más variados y divergentes entre sí, que nunca el legislador pudo considerar como cuasi-contratos.

Mas dice la sentencia que es necesaria esa analogía, al igual que los cuasi-contratos tipificados la guardan con determinadas obligaciones contractuales. ¿Quiere esto decir que el cuasi-contrato atípico debe

también tenerla respecto a algún contrato? Firmemente creemos que no. La sentencia dice que el atípico debe guardar analogía con alguno de los tipificados, los que a su vez la tienen con determinados contratos; de aquí podrían deducirse conclusiones contrarias a nuestra rotunda afirmación. Pero no hay que olvidar que esa analogía del cuasi-contrato con determinadas obligaciones contractuales es muy discutible, y con tal exigencia, más que otra cosa, se viene a probar que, no obstante su poca simpatía por la figura, no dejó de estar influida la sentencia por un cierto prejuicio: Como dijimos, hoy están superadas las teorías que basan el cuasi-contrato en el consentimiento tácito y en el presunto; la doctrina afirma que no puede pensarse que contrato y cuasi-contrato son actos del mismo orden con sólo diferencias secundarias, puesto que la esencia del primero es el acuerdo de voluntades y en el segundo este acuerdo está excluido (64). En defecto de una comparación general con el contrato, se ha pretendido una aproximación particular (65) en el sentido de considerar que cada cuasi-contrato viene a imitar a un contrato determinado. Pero esta idea está hoy también superada (66). Por ello, si no es necesario que el cuasi-contrato tipificado guarde analogía con un concreto contrato, con menor razón podrá exigirse al atípico esa semejanza.

Estos son, pues, los supuestos mínimos necesarios para admitir la categoría del cuasi-contrato atípico. Mas no basta con ello para saber si en un caso concreto estamos o no en presencia de esta figura. Para determinar tal extremo, creemos de plena validez lo dicho con ocasión de los contratos innominados, visto que en realidad el problema es análogo.

Por tanto, cuando nos encontramos con un acto lícito y voluntario, no proveniente de convenio, que parezca análogo a alguno de los cuasi-contratos tipificados y que deba en justicia de producir obligaciones, habremos de acudir, en primer lugar—ya que a veces puede no aparecer claro que un acto de esta clase sea un cuasi-contrato de los nombrados y hay que investigar para ello su sustancia—, al examen de sus supuestos de hecho, para ver si los supuestos reales del mismo corresponden a alguno de los abstractos de los cuasi-contratos tipificados. Y sólo en el caso de no poder encuadrarse en ninguno de éstos—mas existiendo analogía con alguno—es cuando el intérprete ha de crear el supuesto de hecho concreto de aquel acto atípico, que pasará a ser un cuasi-contrato innombrado. Así resulta que estos constituyen una categoría negativa, dado que sólo puede incluirse en ella una figura,

(64) Cfr. PLANIOL: ob. y loc. cits.; BUTERA: ob. y loc. cits.; VIZIOZ: ob. cit. página 301; etc.

(65) DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoleon*, 4^a ed. vol. XXXI, París, 1882, número 53.

(66) Puede verse una crítica de esta posición, acertada y convincente en VIZIOZ: ob. c.t. págs. 301-313 y bibliografía allí citada; hace ver, por ejemplo, que el cobro de lo indebido no es análogo a ninguno de los contratos regulados en el Código.

cuando se han agotado las posibilidades de los supuestos de hecho abstractos, tipificados en la ley.

¿A qué normas se someterán? Por ser actos voluntarios, habrá que observar el contenido de la voluntad para ver lo que aquella pretendía en ese acto y las consecuencias jurídicas que a la misma se le deben atribuir. Teniendo—como límite jurisprudencial—que guardar analogía con alguno de los quasi-contratos tipificados, se le aplicarán las normas de los que le sean análogos con aquellas modificaciones que impongan las circunstancias específicas del supuesto de hecho contemplado; y en lo que aquéllas no le sean aplicables, se atenderá primero a los principios generales de las obligaciones y después a los generales del Derecho que conceden al juez amplio margen.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Comentario al Decreto de 12 de diciembre de 1947 del Ministerio de Asuntos Exteriores, creando el Protectorado de los establecimientos benéficos españoles en el extranjero

IGNACIO SERRANO

Catedrático de Derecho Civil y
Abogado del I. C. de Valladolid

El Decreto, en la parte interesante a este comentario, dice lo siguiente:

En muchas de las colectividades españolas esparcidas por el mundo entero ha germinado la noble iniciativa de la asistencia al compatriota desvalido. El Estado español, por su parte, ha acudido en buen número de casos a remediar deficiencias económicas y a fundar instituciones de carácter benéfico, ya social, ya sanitario. No es dudosa la conveniencia de coordinar los esfuerzos aislados de las colectividades españolas y de fomentarlos merced a la ayuda del Estado.

Veinte años de actuación de la Junta de Relaciones Culturales, que ha canalizado, en forma acertada, la ingente labor de la intelectualidad española, llevando a todas partes nuestra cultura, aconsejan para la obra benéfica exterior buscar una fórmula que, por semejante, sea igualmente eficaz, creando un organismo que encanche las múltiples actividades que, por carecer de él, no han encontrado aún todo su desarrollo.

Por todo ello, de acuerdo con el Consejo de Ministros, y a propuesta del de Asuntos Exteriores,

Vengo en disponer lo siguiente:

Artículo 1.^o Se crea, bajo la dependencia del Ministerio de Asuntos Exteriores, el "Protectorado de los Establecimientos benéficos españoles en el extranjero". Dicho Protectorado gozará de personalidad jurídica y de autonomía para aceptar donaciones, herencias y legados para el fin que determina su creación.

Art. 2.^o La acción tutelar del Protectorado se ejercerá sobre todos los Centros de acción benéfica y social que el Estado mantenga o

subvencione en el extranjero, así como sobre los demás de carácter privado que deseen acogerse a sus beneficios.

Art. 3.^º El Protectorado estará vinculado a la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y funcionará como órgano asesor del Ministro.

Art. 4.^º El Protectorado estará integrado por una Junta plenaria y su Comisión permanente.

El Decreto que queda transscrito crea el Protectorado de los establecimientos benéficos españoles en el extranjero.

El preámbulo nos indica el pensamiento que ha presidido su redacción, que no es otro que sacar las consecuencias que aconsejan veinte años de labor de la Junta de Relaciones Culturales, pero ampliando la asistencia a instituciones que no son meramente culturales, sino benéficas, sanitarias y sociales en general que o bien el Estado o los particulares han creado, con profusión, en el extranjero para asistencia de los compatriotas necesitados.

La primera idea que nos asalta al hacer un breve comentario a esta disposición es la de parangonar este Protectorado, creado ahora, con el Protectorado de las fundaciones benéficas en general y benéfico docentes en particular.

Y vemos en seguida que no se da paridad entre uno y otro Protectorado. Porque el de las fundaciones benéficas se concreta a las fundaciones de beneficencia en general o benéfico docentes en particular, sin extenderse a las asociaciones o corporaciones que tengan fines parecidos a los de las fundaciones benéficas, porque la inspección del Estado sobre ellas se realiza a través del Registro obligatorio que se lleva en los Gobiernos civiles conforme a la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, y en cuanto a Corporaciones de derecho público, la ley de su creación es la que marca las atribuciones de las mismas y la inspección que puede reservarse el Estado.

El Protegido que crea el Decreto que comentamos se refiere lo mismo a fundaciones de españoles en el extranjero, que a asociaciones, que a establecimientos que el Estado español pueda haber creado o crear en el extranjero.

En esta cuestión, siendo el punto de conexión (1), para fijar la nacionalidad de las personas jurídicas el que señala nuestro Código civil

(1) Mejor diríamos uno de los puntos de conexión. Cfr. COVIELLO, *Manuale di Diritto civile Italiano, Parte generale*, Milán 1929, pág. 227 y sigte.

FERRARA, *La teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929 trad. española de Oveiro, pág. 711 y sigte. Para este autor son extranjeras las instituciones y fundaciones creadas por un Estado extranjero e implantadas en el país nacional a favor de extranjeros. Cita jurisprudencia italiana según la que los institutos eclesiásticos en Roma a favor de extranjeros gozan de la nacionalidad italiana; entre esta jurisprudencia señala la resolución del Consejo de Estado Sección IV, de 27 mayo de 1918 relativa a la Archicofradía de españoles en Italia.

VIDE ARMIJÓN, *Nationalité des personnes morales*, en *Revue de droit international*, 1902.

en su artículo 28, esto es, el domicilio, resultará, además, que el Protectorado que crea este Decreto será efectivo sobre personas jurídicas que, aunque formadas o fundadas por españoles, tendrán nacionalidad extranjera. Y sobre ellas mal puede ejercitarse la soberanía el Estado español, razón por la cual el artículo 2.^o del Decreto objeto de este comentario prevé que el Protectorado se extenderá a "los demás (centros) de carácter privado que deseen acogerse a sus beneficios".

Porque sobre ellas no se podrían ejercitarse las facultades típicas del Protectorado de las fundaciones de beneficencia que señalan, entre otras, las disposiciones de 14 de marzo de 1899 (R. D. e Instrucción), R. D. de 27 de diciembre de 1912, Instrucción de 23 de julio de 1913, Instrucción de 29 de agosto de 1923, etc.

Estas facultades inspectoras sobre personas jurídicas extranjeras no pueden ser ejercitadas porque son típicas funciones del ejercicio de la soberanía. Otra cosa bien distinta es si la entidad extranjera fundada por españoles o que se entrega a fines sociales en favor de éstos quiere disfrutar del auxilio de este Protectorado que crea el Decreto de 12 de diciembre de 1947, en cuyo caso deberá soportar la carga (ordinariamente de fiscalización de cuentas o de entrega de una memoria en que se refiera la obra benéfica realizada) que aquél quiera imponer a los que disfruten de su protección.

La invocación que hace el preámbulo del Decreto a la Junta de Relaciones Culturales nos descubre, en parte, el pensamiento del legislador.

La Junta de Relaciones Culturales fué creada por R. D. Ley de 27 de diciembre de 1926, y en su artículo 3.^o se decía que "el Patronato de relaciones culturales gozará de personalidad jurídica para aceptar donaciones, herencias y legados con destino al fin que determina su creación", añadiendo el artículo 3.^o del R. D. Ley de 28 de febrero de 1927 que "la administración que de sus bienes, recursos y subvención oficial ejerza se llevará por la Sección de contabilidad del Ministerio de Estado con absoluta separación y autonomía de la general del Ministerio, sin sujeción a las tramitaciones comunes a la contabilidad del Estado, salvo la de rendir oportunamente cuentas al órgano correspondiente de la Hacienda pública". Dentro de estas condiciones de personalidad y autonomía, el Patronato sería ejercido por el Ministro de Estado con el asesoramiento de la Junta de Relaciones Culturales, y su cometido consiste en dirigir "las relaciones culturales de España en el extranjero, y a este efecto cuidará de organizar: a) La enseñanza española en el extranjero, singularmente en aquellos países donde se hallen localizadas colonias numerosas de súbditos españoles y allí donde radiquen focos importantes de cultura hispánica. b) La creación de cátedras y Centros de cultura superior en el extranjero. c) El intercambio científico, literario y artístico mediante cursos, conferencias, exposiciones y otros medios de expresión entre la cultura española y los demás pueblos, especialmente la de aquellos cuya civilización tiene más arraigados vínculos con la nuestra. d) La difusión del

idioma español y, como vehículos suyos, del libro, de la revista y del periódico español en el extranjero, así como su conservación y fijación en los pueblos de lengua española, en enlace con los Centros académicos que cultiven esta misma finalidad" (art. 2.^o del R. D. Ley de 28 de febrero de 1927) (1 bis).

Para la ejecución de estas disposiciones se dictó un Reglamento en 21 de marzo de 1927 que en su artículo 6.^o preveía la fiscalización de la actuación de las entidades a las que la Junta conceda algún auxilio.

Esta legalidad es la vigente, porque, tras un largo paréntesis que va desde el Decreto de 9 de junio de 1931 y O. de 23 de julio de 1931, que derogan los preceptos antes citados, privan de personalidad jurídica a la Junta de Relaciones Culturales y la convierten en un puro órgano consultivo de la administración, hasta el Decreto de 5 de junio de 1945, que repone, en su vigencia, los preceptos de 1926 y 1927 y reorganiza la Junta.

Esta rápida excursión a través de los preceptos de la Junta de Relaciones Culturales nos parece que es lo suficientemente expresiva al efecto de comprender lo que va a ser el Protectorado de los establecimientos benéficos españoles en el extranjero.

Otro problema que plantea el Decreto de 12 de diciembre de 1947 es el de la capacidad del Protectorado que se crea, en cuanto persona jurídica. Porque el artículo 1.^o parece limitar la personalidad estrechamente a todo lo que se relacione con la finalidad que determina su creación.

Veamos lo que hay acerca de esto y después abordaremos el otro problema de la aceptación de liberalidades, íntimamente ligado con éste, pero con relieves propios.

Si vemos el Código civil, encontramos que en el título II del libro I aparece la rúbrica general "Del nacimiento y extinción de la personalidad civil", que se divide en capítulo I, "De las personas naturales", y capítulo II, "De las personas jurídicas", deduciendo de aquí Pérez González y Alguer (2) que para el Código el concepto de personalidad es el mismo siempre y no puede pactarse cualquier limitación o cambio de las disposiciones legales (excepto sobre el poder de representación de los órganos), porque es materia de orden público. La capacidad es amplia porque la señala así el artículo 38 del Código civil en su párrafo primero: "Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución" (3).

(1 bis) A estas facultades se agregó por Orden de 29 enero 1935 la de "decidir sobre la aceptación o la propuesta de celebrar en España actos internacionales de carácter científico literario o artístico", asumiendo "a la vez las funciones de Comisaría del Estado y alta inspección cuando autorizados los aludidos certámenes se celebren".

(2) ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, tomo I, vol. 1.^o Barcelona, 1934, pág. 455 y sig.

(3) Los mismos PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, op. cit., pág. 455 señalan que

Diciendo Gierke (4): "la persona social tiene capacidad jurídica. Su capacidad se extiende, como la de la persona individual, tanto al derecho público como al derecho privado, sin que se limite en éste solamente al derecho patrimonial. Sin embargo, necesariamente, es de un lado más estricta, y de otra parte más amplia que la de la persona individual: más estricta, porque carece de todos los derechos que dependen de la individualidad humana (ej., derechos de familia); más amplia, porque la corresponden derechos que sólo a una corporación sobre sus miembros pueden corresponder (soberanía corporativa)".

Es doctrina corriente que la capacidad de unas u otras personas es la misma, sin otra limitación para las jurídicas que la referente a derechos familiares o de testamentifacción activa. Sin embargo, cabe señalar que unas leyes francesas de 24 de julio de 1889 y 19 de abril de 1898 permiten transferir, en ciertos casos, a personas morales derechos propios de la patria potestad. Y en el Código civil, el artículo 303 reserva a la administración de cada establecimiento de beneficencia las potestades tutelares sobre los acogidos a ellos.

Pero frente a estas ideas de equiparación entre la personalidad física y la jurídica se levantó Laurent, diciendo que ni aun en el terreno patrimonial las personas jurídicas tienen una capacidad general, sino solamente los derechos expresamente atribuidos por la ley de constitución. Diciendo Ducrocq que la capacidad de las personas jurídicas no es nunca tan extensa como la de las personas físicas, pues está limitada a ciertos actos de la vida civil y que esta limitación varía según la naturaleza de cada establecimiento. Abundando en estas mismas ideas Tissier (5).

Estas ideas las enlazan con el principio de la especialidad de las personas jurídicas, pero no hay nada de esto. Son conceptos distintos. La capacidad, en nuestro derecho, es general para las personas jurídicas, salvas las limitaciones naturales, y así se deduce del artículo 38 del Código civil en general; del precepto del artículo 625, "podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la Ley para ello"; del artículo 744, "podrán suceder por testamento o ab intestato los que no estén incapacitados por la Ley"; del artículo 746, al final, "las demás personas jurídicas pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el artículo 38", y también, indirectamente del número 2 del artículo 745, que declara incapaces para suceder a "las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley". La capacidad para comparecer en juicio de las personas jurídicas se encuentra reiterada en el último párrafo del artículo 2.^o de la Ley de

este precepto permite perfilar los poderes de representación de los órganos de las personas jurídicas.

(4) DEUTSCHES PRIVATRECHT, tomo I, Leipzig, 1895, pág. 472.

(5) LAURENT, *Principes de droit civil*, I núms. 299 y sig.; XI núm. 197. Ducrocq, *Droit administratif* 7.^a ed. en colaboración con Barrilleau, tomo VI, páginas 113 y sig.; TISSIER, *Traité des dons et legs*, núm. 263; MICHAUD (que cita los anteriores). *La théorie de la personne morale*, 2.^a ed. París, 1924, pág. 112 y sigs. del tomo II.

Enjuiciamiento civil: "Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas comparecerán las personas que legalmente las representen".

Estas consideraciones legales que consagran plenamente la capacidad de las personas jurídicas no merman el valor que tiene la consideración de que los derechos subjetivos, que son idénticos ya pertenezcan a personas físicas o sean titulares de ellos personas jurídicas, no pueden ser utilizados por estas últimas personas con la absoluta libertad que pueden hacerlo las personas físicas, que pueden destinarlos a satisfacer sus necesidades o finalidades cualesquiera que estas sean; en cambio, esos mismos derechos subjetivos, en manos de una persona moral, tienen que ser empleados precisamente para el cumplimiento del fin que preside su organización ("para el fin que determina su creación" dice al final el artículo 1.^o del Decreto que comentamos).

Y si enfocamos el problema desde este punto de vista, que es cabalmente el de la especialidad, encontraremos que en Inglaterra la actuación de una persona jurídica fuera de su finalidad, ultra vires, como un tanto impropiamente dicen los ingleses, traerá consigo la nulidad del acto; en cambio, en Francia el principio de especialidad de las personas jurídicas no afecta a la capacidad de éstas, sino que plantea un problema de orden, esto es, que las personas jurídicas no se dediquen a fines que no les son propios (6).

Pero esta idea de la especialidad debe ser ampliamente interpretada y no afecta a la capacidad porque la ley no pone restricciones a ella, excepto lo que luego diremos, y por ello tiene razón la Resolución de 24 de febrero de 1923 al decidir: "La capacidad jurídica de las sociedades, en el derecho mercantil español, no se apoya exclusivamente en el contrato social, como ley que rige las relaciones entre los socios, ni sigue a la letra sus pactos por vía de interpretación restrictiva, sino que recibe, dentro de sus elementos característicos, las energías trascendentales de la personalidad jurídica y se extiende con arreglo a las necesidades y funciones de la nueva entidad creada, que vive, en cierto modo, independiente de los socios. Si la escritura atribuye a la sociedad como primordial objeto la explotación de las líneas de cabotaje nacionales, es lógico reconocer que también puede realizar otras aspiraciones más o menos relacionadas con dicho tráfico, por lo que la unión entre la expresada finalidad y las adquisiciones de bienes que efectúe no puede ser calificada con criterio estrecho, que sobre contradecir el espíritu liberal de nuestra legislación en esta materia y las modernas

(6) Cfr. FERRARA, *La teoría de las personas jurídicas*, trad. española de Ovejero. Madrid, 1929, pág. 100; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, 4.^a ed., tomo I, Valladolid, 1935, pág. 264 y sig.; PLANOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo III, París, 1921, pág. 736 y sig.; MICHOUD, op. cit., tomo II, pág. 144 y sigs.; BEQUE, *Theorie générale de la spécialité des personnes morales*, Grenoble 1908; RIPPERT, *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif*, París, 1906; BARRAULT, *Le droit d'association en Angleterre*, 1908; CARPENTER, *Should the doctrine of ultra vires be discarded?*, publicado en el número de noviembre 1923 del "Yale Law Journal".

corrientes que llegan hasta permitir la alteración de los Estatutos implicaría una intromisión del Registrador."

Si se mantuviera doctrina contraria sería tanto como añadir un nuevo requisito de validez a los negocios jurídicos en que intervienen personas jurídicas, requisito que no aparece por parte alguna.

Mas la idea de orden que late en la especialidad, de que no se devien las personas jurídicas de la finalidad de su creación, deriva hacia una responsabilidad administrativa ejercitada por la jerarquía gubernativa o por el Protectorado de las fundaciones benéficas o hacia una responsabilidad delictual cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delitos de los que sanciona el Código penal.

Si se trata de "establecimientos públicos", este orden que late en la especialidad cobra especial vigor, y así las liberalidades testamentarias hechas a favor de un establecimiento público, con afectación a un gravamen modal, para ser válidas requieren aprobación del Gobierno (art. 748 del Código civil), y los mismos establecimientos públicos no podrán aceptar ni repudiar herencia sin aprobación del Gobierno.

Y si, como dice Manresa (7), "el Código, al referirse a los "establecimientos públicos", prescinde de toda idea material de edificios y personas físicas y alude, indudablemente, a entidades o personas morales o jurídicas, establecimientos públicos creados para un determinado fin o servicio que envuelve la existencia de una personalidad susceptible de ser heredera", tendremos que concluir que el Protectorado que acaba de crear el Ministerio de Asuntos Exteriores es un establecimiento público y quedará sometido a las normas del Código civil en esta materia, porque la "autonomía para aceptar donaciones, herencias y legados para el fin que determina su creación", de que habla el artículo 1.^o, no puede tener por razón la independencia contable de que nos habla el artículo 3.^o del R. D. Ley de 28 de febrero de 1927 con referencia a la Junta de Relaciones Culturales, o debe ser entendida a la manera de la autonomía municipal (art. 101 de la Ley Municipal vigente de 31 de octubre de 1935; Base 1.^o de la ley de 17 de julio de 1945, sobre régimen local) (8), que es, sin perjuicio de las leyes generales, o, finalmente, si fallan estos dos expedientes, entonces habría que acordarse de lo que dispone el artículo 5.^o del Código civil, según el que las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y la disposición que comentamos tiene rango de Decreto.

(7) Comentarios al Código civil español, tomo VII. Madrid, 1900, pág. 325.

(8) El art. 101 de la Ley municipal de 31 octubre 1935 dice: "Es de la competencia municipal subordinada a la observancia de las leyes generales el gobierno, fomento, dirección y administración de los intereses peculiares de los pueblos, sean de índole moral o material". "Para la realización de dichos fines, los Municipios gozarán de la autonomía que establece el art. 9.^o de la Constitución de la República".

El párrafo 3.^o de la Base 1.^o de la Ley de 17 julio 1945 dice: "Corresponde a los Municipios y a las Provincias, por medio de sus órganos representativos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de su territorio, y a tal fin tienen plena capacidad jurídica, dentro de los límites establecidos por las leyes".

Notas sobre el denominado derecho de retracto reconocido en el artículo 19 de la Ley de Presu- uestos de 27 de diciembre de 1947 y la Orden de 25 de febrero de 1948

MANUEL CHACÓN SECOS
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

El artículo 19 de la Ley de Presupuestos de 27 de diciembre del pasado año vuelve a otorgar a los antiguos dueños de las fincas adjudicadas a la Hacienda, por débitos contributivos, que a la fecha de su publicación no hayan sido enajenadas ni aplicadas a algún servicio público, el derecho de retráerlas en el plazo de seis meses, a contar de aquella fecha. Este derecho se otorga también a los causahabientes de las personas expresadas. En el precio del retracto, se añade, habrá de comprenderse el importe del débito principal, las costas y recargos devengados en el expediente de apremio, la contribución correspondiente a las fincas de que se trate, desde la fecha de la adjudicación, sin exceder de tres anualidades, y un 5 por 100 sobre este total, destinado a compensar los gastos que ocasione la devolución de las fincas a los retrayentes.

Los Delegados de Hacienda podrán conceder el pago fraccionado del retracto, y, cuando tal ocurra, quedarán hipotecadas las fincas para responder del precio aplazado, y éste devengará el interés legal de demora.

Para dar práctica aplicación a los anteriores preceptos, se dicta la Orden de 25 de febrero de 1948, cuyas normas, como corresponde a la finalidad que persiguen, no añaden un ápice, en lo sustutivo, a las ya mentadas del artículo 19 de la Ley.

Entre ellas, no obstante, son de destacar las prescripciones del apartado 4º, conforme a las cuales en las solicitudes de retracto deberán describirse detalladamente las fincas a que la pretensión se refiere (término en que se encuentran, sitio, linderos, etc.) e indicarse el concepto del débito causante de la adjudicación y su cantidad, si fuese conocida del titular; las del 5º, que imponen al retrayente, si no fuese el deudor originario, la obligación de acreditar en forma que le ha sucedido en el

derecho de retraer, y al peticionario, si no es el retrayente, la justificación de su personalidad; las del 6.^º, expresivas de que en el caso de que el derecho de retraer se ejercitase sobre fincas respecto a las cuales se esté instruyendo expediente de venta, habrá de suspenderse éste, a no ser que la Dirección de Propiedades y Contribución Territorial haya hecho la adjudicación definitiva al mejor postor, en cuyo supuesto proseguiría el expediente, no habiendo lugar a estimar la petición de retracto; las del 7.^º y 9.^º, que hacen referencia a la liquidación del precio del derecho de retraer (aplicando las normas que para ello se dan, a las peticiones presentadas al amparo de las leyes anteriores) y a la identificación pericial de las fincas retraídas, que sólo ha de llevarse a cabo cuando lo soliciten los interesados y a su costa, y, finalmente las del apartado 16, conforme a las cuales, a los interesados se les notificará la resolución del expediente de retracto, entregándoles certificación que comprenda el texto íntegro del acuerdo. La Administración de Hacienda no se compromete por el hecho de haber accedido al retracto a remover los obstáculos que en orden a la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad puedan promoverse.

Este último párrafo del apartado 16 que transcribimos revela la inconsistencia del llamado retracto de fincas de la Hacienda, y ha de ser objeto más adelante del oportuno comentario.

El resto de las normas de la Orden de 25 de febrero no tiene mayor interés por referirse a la mecánica interna (valga la expresión) que ha de observarse por los Organismos del Ministerio para reflejar debidamente las operaciones, cargos y descargos en cuentas, etc., a que el ejercicio de los mentados derechos del retracto da lugar.

Nos queda, sin embargo, hacer referencia concreta al apartado 8.^º de la Orden que comentamos, el cual se ocupa de las cesiones que conforme a la Ley de 11 de mayo de 1920 (art. 2.^º) podían llevarse a cabo a favor de cualquiera que lo solicitara y con respecto a las fincas que no habían sido objeto de retracto en el plazo de seis meses que en ella se establecía para ejercitarlo. La mentada cesión tenía lugar abonando el adjudicatario el mismo precio fijado para el retrayente, que, según la Orden de 9 de diciembre de 1927, era el precio del descubierto para con la Hacienda, recargos y costas del expediente ejecutivo, tres anualidades de contribución más los gastos de peritación e incautación de la finca, en su caso.

En este respecto sí establece la Orden que comentamos una importante novedad, y consiste en que para estas cesiones se tomará en cuenta en lo sucesivo, como partida fundamental, el precio de adjudicación de la finca a la Hacienda y no los débitos contributivos, lo cual es acertado sin duda, porque si razonablemente se explica que al pasar la finca al retrayente deudor lo haga por el importe de los débitos (más las otras partidas que se reseñan) no lo es que un tercero, el cessionario, se aproveche de tal precio de excepción, pues parece lógico que abone uno más aproximado al valor de la finca, finalidad en parte lograda con la disposición que se comenta, aunque, como dice el Sr. Escribano Monje

en su libro *Propiedades del Estado*, sería preferible ante el hecho de esta cesión, que hace quebrar la fórmula tradicional de la subasta pública en la venta de bienes de la Hacienda, que el cessionario, favorecido por ella, adquiriese la finca previa una tasación pericial que de la misma se hiciere y por el valor que arrojara.

Debe reputarse, decimos, como una novedad ésta de que en las cesiones se compute como partida principal el precio de adjudicación de la finca al Estado, que ya no juega para nada en el retracto donde la cuantía del débito lo sustituye venajosamente por prescribirlo así la tan mentada Orden de 9 de diciembre de 1927, pues con anterioridad a ella y aún mucho después (Ley de Presupuestos de 30 de diciembre de 1939) constituía la partida fundamental del precio del retracto, en lugar de los débitos contributivos, el precio de adjudicación de la finca retraída.

No pretende la Administración con las normas de la Ley y Orden comentadas otra finalidad que la perseguida en años anteriores, con disposiciones esencialmente análogas (Leyes de 31 de marzo de 1900; 29 de diciembre de 1903; 25 de diciembre de 1905; 17 de junio de 1932; 30 de diciembre de 1939, etc.), y es ella la de deshacerse de las fincas que se hubiesen adjudicado al Estado por cualquier clase de débito, lo grande que vuelvan, en muchos casos, a sus respectivos dueños y percibiendo en todos el importe de las contribuciones adeudadas, lo que descongestiona los inventarios de bienes enajenables de la Hacienda pública, y es más provechoso para ella, que encuentra obsáculos casi invencibles para explotar o vender las fincas que en procedimientos de apremio le son adjudicadas. Y de tal modo viene ligada la promulgación de estas disposiciones, mal llamadas de retracto de fincas adjudicadas a la Hacienda, al objeto indicado, que en aras del mismo se sacrificó siempre la técnica jurídica, predominando aquél sobre cualquiera otro orden de consideraciones, sean de la clase que fueren.

En efecto, la Administración, a través de los años, se muestra inconsiguiente en orden a la admisión de estas reverisiones a sus dueños de las fincas que por débitos le habían sido adjudicadas, autorizándolas tan sólo desde el momento en que las cree convenientes a sus designios, y así, la Instrucción de 1.^º de marzo de 1836, dada para el cumplimiento del Decreto de 19 de febrero del mismo año, que declaraba en venta los bienes raíces que hubiesen pertenecido a las Comunidades y Corporaciones religiosas extinguidas, prohibía en su artículo 53 el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las expresadas ventas, por entender que existiendo ellos en potencia, habrían de mediatisar las ofertas de los concurrentes a las subastas, cuyos futuros derechos de adjudicatarios quedaban pendientes de una posible resolución.

Este criterio impera durante muchos años, y se aplica en disposiciones posteriores, tales como la R. O. de 27 de abril de 1860 y la Orden de 16 de octubre de 1862, hasta que en el año 1876 la Administración cambia de pauta, y en la Ley de Presupuestos de 21 de julio

se establece que los contribuyentes cuyos débitos se hagan efectivos por medio de la adjudicación de fincas al Estado podrán retraerlas dentro del término de un año, derecho que es transmisible a los herederos, pero que no se puede ejercitar contra los terceros compradores que hayan adquirido las fincas en subasta pública, conforme a las condiciones previstas en las Leyes e Instrucciones de la Hacienda.

Este límite impuesto al retracto lo deformaba, pues para nada se tomó en cuenta el artículo 1.439 del Proyecto de Código de 1861, que había sentado su naturaleza real, pero es que, como venimos diciendo, es el interés público y no la técnica la que sirve a la Administración para admitirlo con especiales modalidades en cada caso.

Y todavía se da un paso más en la adecuación de los retractos de fincas adjudicadas a la Hacienda a los intereses de ésta cuando con la Ley de 20 de julio de 1878 llega a admitirse para ellas hasta el gentilicio que no tenía ya otro sitio que el marco de la Historia y el de condueños, el cual venía dado como precursor...

Es, por tanto, de una claridad meridiana que la Administración, de un modo caprichoso, desde el punto de vista científico, niega efectos a la aplicación de la legislación civil promulgada en materia de retracto, aun en las convenciones de tal carácter en que ella es parte (venta de los bienes de manos muertas) o los lleva a sus normas en una extensión con que en las leyes civiles jamás pudieron darse.

Sin embargo, a partir de la mencionada Ley de 1868, las sucesivas de presupuestos vienen admitiendo y normando el llamado retracto de fincas adjudicadas a la Hacienda, que conservan sus rasgos fundamentales hasta el momento en que se promulgan las que ahora comentamos, y para destacar la pobreza de sus matices jurídicos escogemos entre ellas la de 25 de diciembre de 1905, que pone de relieve mejor que ninguna otra un hecho: que sólo está justificado tal retracto por la finalidad que con él se persigue, la de que la Hacienda perciba los débitos y gastos ocasionados por el procedimiento de apremio seguido contra las fincas retraídas, ya que ni tan siquiera otorga su adquisición por tal procedimiento otros derechos al adquirente que aquéllos que de antemano sobre ellas pudiera ostentar, en cuanto la Administración advierte que no se entienden prejuzgados administrativamente los derechos civiles de propiedad o posesión, que quedarán a salvo y al amparo de los Tribunales ordinarios.

La jurisprudencia reafirma ese menguado alcance del retracto de fincas adjudicadas a la Hacienda, y en la Sentencia de 28 de febrero de 1928 se establece que los efectos del retracto administrativo se limitan a sustraer los bienes de la posesión constituida sobre ellos por la Hacienda, y de consiguiente, añade el juzgador, las transmisiones sucesivas de que ulteriormente sean objeto tendrán como contenido jurídico y como título, no el que derive de la posesión del retrayente, que obra en nombre del dueño, sino el que arranque precisamente del dominio en que se hallaban al tiempo de ser embargadas por la Administración.

Pero todavía puede decirse más, y es que los retractos a que se refieren las leyes comentadas no son propiamente tales, por no reunir las características que a los convencionales y a los legales son indispensables. No son retractos convencionales, porque nada se pacta en la primera transmisión, en que, como es visto, medió un procedimiento ejecutivo, mas no un contrato; y no pueden reputarse legales porque el que retrae es el propio dueño de la finca, y no el tercero que en su lugar se subroga... y sin resolución de contrato precedente no hay retracto convencional, como no existe el legal sin la subrogación del tercero en lugar del primer comprador, al que priva de su adquirido dominio.

En suma, es necesario convenir en que la recuperación de fincas adjudicadas a la Hacienda por el contribuyente moroso que las poseía no puede denominarse retracto administrativo (como ninguna de las instituciones a que este nombre indebidamente se aplicó) sin que pase de ser un mero derecho de reversión, opción o preferencia, que por sí no atribuye al titular que lo ejercita otros derechos de orden civil que los que ya sobre la finca retraída tenía, cosa que se encarga de remarcar, de modo indirecto, el párrafo 2º del apartado 16 de la Orden de 25 de febrero de 1948, al advertir que la Administración de la Hacienda no se compromete, por el hecho de haber accedido al retracto, a remover los obtáculos que en orden a la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad puedan presentarse.

Como es visto, precaria resulta la construcción de estas figuras jurídicas, que ni a su denominación responden, y mezquinos los derechos que al que usa de ellas se atribuyen; pero, sin embargo, la crítica que indudablemente puede hacerse de las mismas no es tan desfavorable como de las antecedentes premisas debiera deducirse, puesto que la Hacienda pública resuelve con su aplicación uno de los fundamentales problemas que a la recaudación atañen, y sabido es que el Derecho fiscal, de carácter práctico y finalista, fué siempre poco respetuoso con las exigencias un tanto especulativas de la ciencia jurídica.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.¹

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

La unidad legislativa y el momento actual

Tal fué el tema desenvuelto por el Profesor Guilarte González en la Academia Matritense del Notariado, el pasado día 3 de abril.

La circunstancia de haberse celebrado el Congreso de Juristas Aragoneses, con las naturales decisiones de gobierno en ejecución de alguno de sus acuerdos, dieron extraordinario interés a un problema que lo ha tenido siempre, y que constituye ya una pesadilla en el panorama histórico legislativo de España.

Emplazado todo el esfuerzo unificador del conferenciante en una posición estrechamente técnica y de superación y progreso en las normas que debieran integrar el futuro Código de Derecho Civil de los Españoles, fué no obstante, indispensable toda la exposición histórica que enlaza estas dos fechas trascendentales; una, la desaparición del Imperio Visigótico, con la que perdió su aplicación el Liber Judiciorum, impuesto como Ley única para la extinta Monarquía. Otra, la fecha en que se celebra el Congreso de Juristas en Zaragoza, y que aunque distanciada muchos siglos, pudo haber servido para que de sus discusiones saliera la Ley única.

Pero que no estaba la solución tan próxima se advierte en el simple examen y estudio de las proposiciones de algunos señores congresistas, y, sobre todo, de la forma con que fueron defendidas.

El conferenciante se detuvo en dos especialmente: una, aquella que aconsejaba se eliminara de las tareas del Congreso el tema de la unificación. Otra en la que se proponía al Congreso que tomara la decisión de oponerse a que en el nuevo Código se establecieran con vigencia obligatoria para todos los españoles instituciones de simple acatamiento foral, ante el peligro de que pudieran desacreditarse.

Este y otros síntomas no menos agudos acreditaba que, una vez más, los enemigos de la unidad de legislación civil, utilizaban la táctica de los Congresos, de las discusiones y de las falsas promesas de apéndices, incumplidas siempre, con la salvedad honrosa de Aragón, para aplazar el problema; todo ello sin per-

1. En esta Sección se publican informaciones sobre los más diversos aspectos de la vida jurídica.

juicio de que si el panorama político se alteraba y la fuerza del Estado decaía, aprovechar el hecho diferencial de una legislación civil privativa, para levantar frente a España instituciones y Gobiernos más o menos autónomos.

Se detuvo el conferenciante en todas la vicisitudes que el tema sufrió en el siglo pasado y que por ser suficientemente conocidas, no recogemos; tentativas y trabajos que, aunque un poco atenuados, siguieron después del Código civil ante el fracaso del desacreditado sistema de apéndices.

Puso de relieve el conferenciante los métodos sencillos con que la unificación fué acometida en todo el mundo, destacando la facilidad ejemplar con que se llevó a cabo dicha empresa en Alemania y en Suiza.

Y, finalmente, presentó el panorama de nuestros foralistas en sus aspiraciones de 1948, enfrentándolas con las tentativas de amplificación unificadora europea y con los esfuerzos, ya bien avanzados, de los pueblos de Hispanoamérica, para lograr una Ley común.

En la opinión del Profesor Guilarte, la unidad legislativa, que no puede ser nunca ni el resultado de pactos, ni una decisión promovida en el premio o el castigo, sino que para llevarla a cabo es suficiente poner el pensamiento en servicio del interés común de la nación, que reclama en primer plano una Ley perfecta progresiva y moderna, acomodada a las exigencias de cada día, puede llevarse a feliz término con una simple decisión de gobierno, que atribuya el cometido a un jurista de relieve, al que presten su ayuda cuatro o seis colaboradores con calidades que fácilmente pueden descubrirse entre los especialistas españoles.

No se nos oculta que tal decisión por el peso, más que de la tradición, de la rutina, necesitará: precedida de un ambiente y de un clima favorable, que no puede aparecer por gestación espontánea sino que todos y cada uno debemos promover en servicio de España.

Dos importantes disposiciones legales

Sin perjuicio de ofrecer a nuestros lectores, en números sucesivos, documentados estudios sobre las mismas, no queremos silenciar en esta sección de "Vida Jurídica" la promulgación de dos trascendentales disposiciones que revelan la ardua y eficaz labor que desde el Ministerio de Justicia se lleva a cabo; nos referimos a la Ley de 4 de mayo de 1948, por la que se reforma el régimen de propiedad territorial en Guinea y a la de la misma fecha por la que se establece la legalidad, vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino, complementada esta última por el Decreto de 4 de junio de 1948, en virtud del cual se dictan las normas que establecen, en la legalidad vigente en 14 de abril de 1931, las modificaciones necesarias para ponerla en armonía con la nueva Ley.

a) Como dice el preámbulo de la Ley relativa a la propiedad territorial de Guinea, la nueva disposición conserva mucho del espíritu y letra del Real Decreto de 11 de julio de 1904 que reguló la propiedad inmueble en estos territorios cuando apenas si existía; pero el cambio fundamental de las condiciones que aconsejaron aquella disposición, entre las cuales figura especialmente la re-

valorización de los terrenos de nuestra Colonia, así como la demanda, cada vez mayor, de sus productos, todo ello determina que mientras por un lado sean insostenibles los precios que para dichos terrenos determinó el citado Real Decreto, por otro se trate de regular con minucioso cuidado todos los problemas jurídicos que de la misma se deriven. En cuatro capítulos subdivididos en secciones y con un total de 98 artículos, dedicados, respectivamente, a: clases de propiedad y reglas generales (cap. I); modos de adquirir la propiedad territorial en Guinea (cap. II); concesiones inmuebles (cap. III); registro de la propiedad (capítulo IV), expone las líneas generales del régimen de la propiedad en Guinea, estableciendo el artículo 98, en su segundo párrafo que "en todo lo que no se oponga ni a sus Reglamentos—que deberán ser dictados por la Presidencia del Gobierno—y en cuanto fuere adaptable regirá, como preferente derecho supletorio, la Ley Hipotecaria de la metrópoli de 8 de febrero de 1946 y sus disposiciones reglamentarias respectivas".

Cinco disposiciones transitorias tratan de poner de acuerdo las situaciones existentes, al aparecer la nueva reglamentación y, por último, una cláusula derogatoria final declara derogado expresamente el Real Decreto-Ley de 11 de julio de 1904 sobre Régimen de la propiedad de los territorios españoles del Golfo de Guinea.

b) La Ley de 4 de mayo de 1948, por la que se restablece la legalidad vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino, precedida de un sustancioso preámbulo en seis artículos, uno adicional, dos disposiciones transitorias y una final derogatoria reconoce al Caudillo, con referencia a la creación de nuevos Títulos, la facultad de que nunca careció el Jefe del Estado y de la que se hizo uso en todos los tiempos.

Solamente en los períodos demagógicos—se lee en el preámbulo—, que pretenden fundar en el general rebajamiento la igualdad común de los ciudadanos, se prohibió el uso de dichos títulos; de ahí que la nueva Ley atienda también al reconocimiento, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino.

Por último, el Decreto de 4 de junio de 1948, en ocho artículos, tres disposiciones transitorias y dos adicionales, desarrolla la Ley de 4 de mayo de 1948.

J. H. C.

B) EXTRANJERO

El proyecto Arce para la reforma de la Ley hipotecaria

Con fecha 30 de junio de 1946, el ilustre especialista boliviano del Derecho Inmobiliario, Dr. Hilarión Arce, ha formulado ante el Gobierno de su país un proyecto reformador de la Ley inmobiliaria vigente desde el 15 de noviembre de 1887. La interesante personalidad de su autor y las auténticas novedades técnicas contenidas en el cuerpo legal que se propone nos induce a redactar esta simple nota informativa.

I. ANTECEDENTES.—Nuestra propia influencia nacional es la explicación de

que en 1830 exista en cada departamento boliviano un "Oficio de hipotecas" destinado a la toma de razón de las sentencias y otros documentos públicos. El proyecto Terazas de 1882 propugna ya un amplio sistema de publicidad como garantía jurídica indispensable; y, tras los de 1885 y 1886, es promulgada la Ley fundamental del Registro de los Derechos Reales, que lleva fecha 15 de diciembre de 1887. Casi inmediatamente es modificada de modo parcial por la de 5 de noviembre de 1889 y complementada por el Reglamento de 5 de diciembre de 1888 y leyes de 11 de octubre de 1911, sobre anotaciones preventivas; 15 de noviembre de 1916, sobre personal de los Registros; la de 3 de mayo de 1928, reguladora de la inscripción de obligaciones personales de carácter fiscal, y las de 26 de julio de 1939, 29 de febrero de 1940 y 25 de mayo de 1945, entre otras.

Las directrices generales del sistema se basan en la Ley de 1887, que había sido interpretada por la Circular de 5 de diciembre de 1888 como una reacción frente al sistema francés de clandestinidad, al que ahora se oponía uno nuevo fundado exclusivamente en los principios de publicidad y especialidad. Fácilmente se percibe el paralelismo argumental y hasta dialéctico de la citada Circular y la Exposición de Motivos de nuestra Ley Hipotecaria de 1861, que, sin duda, debió servir de fuente inspiradora a aquélla.

Intentar una síntesis del régimen inmobiliario inaugurado por la Ley de 1887 no es, seguramente, fácil; pero lo consideramos indispensable para entender luego el alcance del proyecto de reforma de 1946.

Anotemos, en primer lugar, el carácter obligatorio decretado para la inscripción en la Ley fundamental, sustituido por el voluntario en la reformadora de 5 de noviembre de 1889. Sintetizando el juicio que mereció la nueva orientación, recogemos una frases del comentarista D. Pedro Modesto Ibáñez, para quien la condición de obligatoriedad de la inscripción fué "lo único bueno" de la primitiva Ley. En otro lugar hemos escrito cómo, a nuestro modo de sentir, sólo una tal obligatoriedad, unida a la perfecta coordinación de Catastro y Registro, pueden dar cima al ideal inmobiliario.

La inscribibilidad de los documentos privados ratificados ante el Alcalde y protocolizados en un archivo notarial, pero no revestidos de la garantía que la intervención del fedatario público en su redacción representada, fué otra de las más censuradas lagunas de la Ley de 1887.

Finalmente, mientras la Ley fundamental otorgaba al Registrador las más amplias facultades para calificar la validez del acto contenido en el documento presentado a inscripción, el Reglamento subsiguiente la limita al examen de las formas extrínsecas "sin prejuzgar del juicio que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la nulidad o el valor intrínseco de los instrumentos".

Tal es la situación que, con más o menos ligeras variantes, ofrece la legislación hipotecaria boliviana al advenir a la luz pública el proyecto del ex Registrador y actual Magistrado de la Corte Suprema, Dr. Arce.

2. LAS DIRECTRICES DEL PROYECTO ARCE.—Consta de 137 artículos, distribuidos en cuatro Títulos; para condensar tales preceptos adoptamos la siguiente sistemática:

I. *Organización.*—En toda Oficina del Registro de los Derechos reales hay dos Secciones, una "legal" y otra de "contabilidad". La primera está encargada de llevar los libros de "Registro de la Propiedad", "Registro de Gravámenes",

"Registro de anotaciones preventivas", como principales, y el "Diario", el "Libro de Protocolizaciones" y los "Inventarios", a título de auxiliares.

El personal se integra del Director del Registro, los Subregistradores y los empleados. Los primeros y segundos son designados por la Corte Suprema, para un período cronológico limitado, de entre quienes tengan aptitud para ser Magistrados y Jueces. Los empleados se nombran por el Tribunal de Distrito de entre quienes lo soliciten, otorgando preferencia a los estudiantes de leyes, para la sección legal, y a los de comercio, para la de cuentas Kardex.

Es notable que entre las funciones que se atribuyen a los Jueces Registradores figura como primera la de ejercer funciones de "contralores" del notariado, pudiendo apercibir a los fedatarios públicos y aún imponerles crecidas multas cuando aprecien faltas en las escrituras o documentos por ellos extendidos. Tienen además la obligación de dirigir los trabajos del Registro, promover la reforma de las leyes inmobiliarias cuando lo estimen necesario, formular una exposición anual y varios cuadros estadísticos, formar índices, etc. Los Subregistradores, además de sustituir al Registrador legalmente, firman las inscripciones y demás asientos, expedían certificaciones, llevan el Diario y vigilan el pago del Impuesto.

Las inscripciones deben verificarse en seis días, desde la presentación del título, y las certificaciones se expedirán en el de tres, bajo pena de multa.

La función calificadora afecta a toda clase de títulos accedidos al Registro y abarca los defectos de fondo y forma. Contra ella puede recurrirse ante el Magistrado de turno en la Corte Superior. Si el defecto es subsanable, puede tomarse anotación preventiva.

Los honores y consideraciones de los Registradores serán los que se otorguen al Fiscal del Distrito.

Los libros se llevan en la misma forma que los del Registro español y con parecida técnica. Cada libro tendrá un índice alfabetico y otro cronológico.

La Sección de Cuentas corrientes o Contabilidad responde al sistema de libros Kardex, complementados con cuadernos auxiliares.

En el Libro de Protocolizaciones se registrarán los títulos que, presentados a inscripción, consistan en ejecutorias, contratos de arrendamiento ratificados ante el Registrador, actos relativos a "tierras de origen" y los referentes a bienes del Estado o la Iglesia.

II. Actos y títulos inscribibles.—Son inscribibles en el Registro de Propiedad los contratos de compraventa, permuta, cesión y sociedad relativos a bienes inmuebles. La constitución de dote, los actos determinantes del régimen de bienes matrimoniales en general, los relativos a gananciales en particular, las actas de posesión y deslinde, las sentencias y laudos declarativos de la propiedad u otros derechos reales, las servidumbres, las concesiones de productos del subsuelo, los títulos de tierras de origen y baldías, las resoluciones judiciales relativas a bienes de ausentes, las fianzas hipotecarias y cualquier otro acto cuya finalidad sea "crear o ampliar derechos reales".

En el Registro de Gravámenes se inscribirán: Hipotecas, anticresis, usufructo, uso y habitación servidumbre respecto al fundo sirviente, arrendamientos por más de cinco años, aplazamientos de pago con garantía del inmueble vendido, los demás créditos privilegiados y las prohibiciones o limitaciones de disponer. Queda

prohibida la inscripción de hipotecas en que se pacte un interés superior al 18 por 100 anual y la de tierras propiedad de indígenas.

Los títulos inscribibles han de ser documentos públicos de origen judicial, notarial o administrativo. Los documentos otorgados en Consulados bolivianos del extranjero se protocolizarán en el Registro. En cuanto al fondo, los títulos inscribibles deberán sujetarse a los requisitos establecidos en el art. 1.485 del C. c. y 22 y 23 de la Ley notarial. En ocasiones, puede ser inscribible la misma escritura a matriz, pero preferentemente lo es su "testimonio".

La primera inscripción exige un procedimiento de notificación pública en edictos. Corresponde al Registrador decidir en cuanto al fondo, caso de formularse oposición.

III. Caracteres y efectos de la inscripción.—Según el art. 2º del proyecto, la inscripción es obligatoria, con lo que se vuelve a la doctrina de la primitiva Ley de 1887; ningún título sujeto a inscripción, conforme a esta Ley—completa el art. 87— surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que haya sido inscrito en el Registro.

Las inscripciones no se extinguieren sino por su cancelación y por la prescripción decretada judicialmente; cuando se extingue el derecho real inscrito y por confusión.

Puede pedirse anotación preventiva en casos que se enumeran de modo harto similar a como lo hace el art. 42 de la Ley española. Se convierte en inscripción definitiva por manda o judicial o decisión registral, y, en tanto, puede ser prorrogada por dos períodos de un año y seis meses cada uno. La anotación demanda en juicio ejecutivo caduca a los cuarenta días.

Se extenderán notas marginales, sin perjuicio de cualesquiera otros casos en que sea necesario relacionar asientos entre sí, en los siguientes: a) Cuando se venda un inmueble o parte de él; b) En las segregaciones; c) En las agrupaciones; d) Cuando enajene sus derechos un condómino; e) Cuando se inscriban subarriendos o cesiones de arrendamiento; f) Para hacer constar el cumplimiento de condiciones; g) Satisfacción posterior a la inscripción de parte del precio aplazado; h) De cancelación de gravámenes, e i) Por rectificación de errores.

Además de certificaciones el Registro expide testimonios de las escrituras presentadas a inscripción y que obren en el mismo, sujetándose a lo dispuesto en la Ley Notarial.

Termina el proyecto Arce con las disposiciones habituales en los sistemas de origen español sobre "Índices", "Cuadros estadísticos", "Inspección del Registro", etc. que no reccgemos para evitar una desmesurada extensión a esta nota informativa.

El Congreso procesalista de Florencia

Un breve artículo del profesor Carlo Fuino da cuenta de las sesiones celebradas durante los días 11 y 12 de enero de 1947 en la Universidad florentina en torno a los temas siguientes: 1) Modificación del Código de Procedimiento civil; 2) El poder judicial en la nueva Constitución italiana, y 3) La enseñanza universitaria del Derecho procesal.

Asistieron al Congreso los profesores Allorio, Andrioli, Calamandrei, Carnacini, D'Onofrio, Furno, Garbagnati, Lancellotti, Liebman, Micheli Minoli, Pavaniini, Satta y Vocino. Y enviaron su adhesión Carnelutti, Caviglio, Costa, Diana, Galgano, Jaeger, Lipari, Provinciali, Raselli, Rocco, Rossi, Ricca Barberis, Segni y Zanzhechi. La iniciativa de las reuniones partió de los profesores Calamandrei y Redenti.

Los participantes mostraron conformidad unánime respecto a lo imposible de un retorno al viejo Código procesal de 1865, declarando, al propio tiempo, su negativa a tomar como base de discusión el llamado proyecto Gullo. "El actual Código de procedimiento civil constituye el fruto de largos y severos estudios y representa, desde el punto de vista sistemático y técnico, un notable progreso respecto al precedente. Sería imperdonable ligereza abandonarlo para retroceder más de medio siglo."

Se convino, en consecuencia, partir del Código actual y tratar de introducir aquellas modificaciones que, sin alterar profundamente su sistema, representen inmediatas mejoras prácticas.

Respecto al segundo problema, luego de una interesante exposición de Calamandrei se insistió en la necesidad de combinar el principio de autogobierno de la Magistratura con el de la concepción unitaria del Estado. Acordóse proponer la supresión de las jurisdicciones especiales en materia penal, con excepción de la militar, cuyo funcionamiento se limitará al tiempo de guerra. La subsistencia del Consejo de Estado con las funciones que hoy tiene, no suscitó grandes discusiones.

Nada se dice en el artículo de Furno respecto al tema de la enseñanza universitaria del Derecho procesal.

El 46º Congreso anual del Notariado francés

Independientemente de la actividad coordinadora oficial de las Cámaras Departamentales, Consejos Regionales y Consejo Superior del Notariado los fedatarios públicos franceses han venido celebrando anualmente Congresos profesionales de cierto interés. Los celebrados últimamente en El Havre, París, Besançon y Tréboul fueron seguidos del forzado paréntesis de inactividad impuesta por la guerra. Y, por vez primera después de ella, tales Congresos han sido reemprendidos con el que tuvo lugar en Royat durante el mes de junio del pasado año 1947, con asistencia de observadores belgas, suizos, luxemburgueses y holandeses.

Luego de la sesión de apertura, fueron examinadas diversas ponencias, de entre las que destacan con particular relevancia las siguientes:

- a) Arrendamientos rústicos.
- b) Los valores extranjeros en las declaraciones sucesorias.
- c) Las sucesiones francesas en Suiza.
- d) Régimen fiscal y notariado.
- e) Acceso de la mujer a las funciones notariales.
- f) Organización profesional.
- g) Requisiciones inmobiliarias.
- h) Pasantía del notariado.

- i) Las oficinas notariales siniestradas por daños de guerra.
 - j) Modificaciones legislativas del régimen patrimonial en el matrimonio, etc.
- Formuladas las correspondientes conclusiones, el Consejo Superior profesional acordó elevarlas con su informe al Gobierno.

A. G. R.

Francia: La Ley de 20 de marzo de 1948

En Francia, el feminismo continúa progresando; hace dos años las mujeres fueron autorizadas para ser secretarios judiciales; una sola había tratado de hacer valer sus derechos. Una reciente Ley concede de nuevo a las mujeres el derecho a ocupar nuevos puestos de auxiliares de la Justicia.

En efecto, la Ley de 20 de marzo de 1948 preceptúa que una mujer puede, en adelante, desempeñar las funciones de Abogado en el Consejo de Estado y en la Corte de Casación. Podrá también ser Notario y Abogado en las distintas instancias y, naturalmente ser nombrada para cualquier cargo de auxiliar de la Justicia.

Se previene una especie de pasantía para el desempeño de ciertos puestos, de la que estarán dispensadas—excepcionalmente—aquéllas que suplan en un cargo vacante a su padre, marido o hijo muerto por Francia.

J. H. C.

II. DICTAMENES

Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» en un supuesto de expropiación forzosa

H E C H O S

El Ministerio de Obras Públicas consulta en noviembre de 1947 al Consejo de Estado a propósito de la súplica elevada por don L. H. S. sobre subsistencia de una valoración realizada en 1935 en una expropiación forzosa. Sintetizando los hechos, la cuestión se plantea en los términos siguientes: En 1934 la Junta de Obras del puerto de X procede a la incoación de expedientes de expropiación sobre diversas fincas, entre las que se encuentra una propiedad de don L. H. S. Las valoraciones formuladas por los peritos de las partes son contradictorias, por lo que se procede al nombramiento de un perito tercero, cuya tasación aprueba en 1935 el Ingeniero jefe de Obras públicas. En el mismo año, los propietarios afectados muestran su conformidad con esta última resolución. Por el contrario, la Junta de Obras se muestra disconforme con ella estimándola lesiva para sus intereses e instando el oportuno recurso de lesividad al efecto. En abril de 1944 la Junta de Obras retira este recurso contra la resolución del Ingeniero jefe, conformándose ahora con el precio que señalaba. En mayo de 1946 se presenta escrito por don L. H. S. en súplica de que se declare nula la valoración, fundamentando la petición en el hecho de los once años transcurridos desde la tasación por el perito tercero, en la enorme depreciación monetaria y el gran aumento de valor de los terrenos, en que las demoras en la tramitación son debidas a la Administración y en que no previniendo la Ley de expropiación forzosa ningún plazo de vigor de la primitiva valoración ha de estarse a este respecto a otras leyes y reglamentos que señalen un plazo de subsistencia de la misma. Los centros que dictaminan el expediente con anterioridad al Consejo de Estado (Negociado, Asesoría Jurídica y Consejo de Obras Públicas, en pleno ordinario), informaron que debía desestimarse la súplica presentada.

La consulta se suscitaba por la súplica particular de don L. H. S., pero es de advertir, para ponderar la importancia práctica de la cuestión, que la resolución de esta súplica determinaría la solución en el mismo sentido de otras 116 peticiones registradas posteriormente en el Ministerio cuyos términos legales y de hecho eran exactamente iguales.

Con fecha 10 de diciembre de 1947 y número 3.095, el Consejo de Estado emite el siguiente:

DICTAMEN

El problema que plantea el presente caso es sumamente delicado y el Consejo de Estado tiene que destacar esta circunstancia. En realidad no existe precepto alguno terminante que resuelva la cuestión de un modo definitivo, ya que la rígida aplicación de la letra de las disposiciones regulatorias de la expropiación forzosa conduciría a soluciones contrarias a la equidad, tal como el Consejo lo apreciará en las sucesivas consideraciones de este dictamen. Nuestra legislación califica la naturaleza de la expropiación forzosa dentro de la sistematizada, como una subespecie del contrato de compra-venta (art. 1.456, dentro del título de la compra-venta). Y por ello pueden utilizarse los preceptos del Código civil a ese respecto, como legislación subsidiariamente aplicable en virtud de lo dispuesto en su art. 16.

Los puntos a examinar en concreto son tres: el momento de perfección de la enajenación por causa de utilidad pública; el del titular de las plusvalías "ex natura", y, en último término, el período de subsistencia de la primitiva valoración.

El punto 1.^o queda claramente resuelto dentro de la tramitación prevista por la Ley de Expropiación, separando claramente los dos momentos de perfección—justiprecio aceptado—y de toma de posesión, tras el pago de la tasación definitivamente aceptada por ambas partes. Ahora bien es obvio a este respecto que el momento de la fijación del precio en la expropiación viene determinado al comienzo del período de justiprecio a tenor del art. 26, aclarado por la sentencia de 28 de marzo de 1908. Es decir, que la enajenación forzosa se perfeccionó por la aceptación del peticionario, habida cuenta de que consta en la misma solicitud del peticionario que motiva el presente expediente que éste aceptó en principio la determinación del precio dada por el Ingeniero Jefe en fecha 25 de mayo de 1935.

Esto sentado, se plantea el problema del titular beneficiario de los aumentos de valor de cosa expropiada. Es evidente que la Ley de Expropiación forzosa no prevé la extremada dilación dada a la tramitación del expediente, teniendo en cuenta que sumados todos los términos prefijados en la misma arroja un total de noventa y un días, visiblemente muy inferior al de once años que ha durado este expediente.

Es claro a este respecto que las razones aducidas por el peticionario son ciertas: los terrenos han aumentado enormemente de valor en el tráfico, y, por otra parte, la moneda se ha depreciado considerablemente, contribuyendo ambos extremos a disminuir el valor real de la tasación e implicando por ende una plusvalía del terreno expropiado. El problema, por ello, es el de determinar el titular de esta plusvalía experimentada.

En cuanto al titular beneficiario de las plusvalías experimentadas *ex natura* no existe precepto alguno en concreto que lo especifique y determine: sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.095, referente a los frutos, en concordancia con lo prevenido en el art. 456 respecto a las mejoras *ex natura* o *ex tempore*, parece indudable que es el comprador aún antes de verificado el pago del precio quien debe resultar beneficiario de las mismas. En este criterio abunda lo prevenido en el art. 25 de la Ley de Expropiación forzosa, según la cual... "las construcciones, plantaciones, mejoras y labores que no sean de re-

conocida necesidad, realizadas después de la fecha en que se ultime este período, no serán tenidas en cuenta para graduar el importe de la indemnización". A mayor abundamiento, las provenientes de la naturaleza o del tiempo, tampoco deben ser tenidas en cuenta y por ende corresponden al expropiante. Esta tesis es también la sustentada por el art. 37 del Reglamento y las sentencias del 21 de mayo de 1931 y 28 de marzo de 1908.

De todo lo anteriormente expuesto viene a resultar que la Administración sería la titular de las plusvalías experimentadas sin que cupiera en absoluto ninguna petición de nuevo justiprecio. Por otra parte, a agravar la posición del solicitante viene la denegación de los intereses de demora, toda vez que como especifica la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1896 los intereses de demora que tiene derecho a cobrar el dueño de la finca expropiada, en el caso del art. 29 de la Ley de Expropiación forzosa sólo comprenden desde la ocupación de aquélla por el expropiante hasta el pago del justiprecio.

Ahora bien, la situación del solicitante, dentro de los supuestos anteriormente mencionados, es evidentemente onerosa, habida cuenta del enorme aumento de precio de los terrenos, paralelo a la depreciación visible de la moneda en el mismo período, con lo cual, uniendo esto a la denegación de los intereses de demora, vendría a resultar un injusto enriquecimiento sin causa suficiente en favor de la Administración y en perjuicio del administrado.

Por otra parte, no puede entenderse estrictamente aceptado el precio, toda vez que la aceptación se refería a la tasación del período tercero "en el momento de la valoración", esto es, en relación al precio real y efectivo de la expropiación en el momento inicial de la aceptación. Por ello, el transcurso de once años con todas las variaciones económicas que ello supone y que alega el solicitante, puede motivar la aplicación del artículo 1.265 en relación al 1.266, habida cuenta de que en este caso el error recae directamente sobre la cosa objeto del contrato y sobre aquellas circunstancias del mismo que principalmente dieron motivo a celebrarlo.

Asimismo, la aplicación estricta del principio de buena fe de los contratos, indicada preceptivamente en el artículo 1.258 hace inadmisible que se mantenga la primitiva valoración. Y por otra parte, el interés de la Administración al incoar el recurso de lesividad fué, en realidad, quien dió origen a la presente cuestión, y si bien es cierto que no puede entrarse en el problema de la buena o mala fe de la Junta de Obras, también lo es que el artículo 1.255 determina que la validez o cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Sobre todo lo anteriormente expuesto es preciso poner en conexión la doctrina ya admitida por nuestro más Alto Tribunal de Justicia sobre la revisibilidad de los contratos, criterio definido en las sentencias de 14 de diciembre y 17 de mayo de 1941 y que ha sido incluido en la nueva legislación de Minas, y en las disposiciones sobre revisión de precios en las contratas, así como en la Ley de 7 de diciembre de 1935, sobre desbloqueo.

La aplicación de la revisión a los contratos en virtud de circunstancias sobrevenidas aparece en la legislación comparada y en la jurisprudencia a partir de la sentencia de 30 de marzo de 1916 sobre el suministro de la Compañía del Gas en Burdeos, basada esencialmente en la existencia de desequilibrios económicos.

motivados por circunstancias totalmente imprevisibles. El Consejo de Estado francés recogió en múltiples sentencias esta doctrina, entre ellas, en las de 8 de febrero de 1918, 28 de marzo de 1930, 27 de julio de 1930 y 16 de enero de 1931. En el caso planteado en el presente expediente es de estricta aplicación tal doctrina de revisibilidad de los precios a los principios que deben inspirar la solución de la consulta. En los contratos de trácto sucesivo, esencialmente en el de suministrar la cautela jurisprudencial y administrativa, debe fijarse sobre todo en sí en los términos contractuales se pudo de algún modo prever el cambio de circunstancias económicas mediante la inclusión de otras en el contrato. Pero a fortiori tratándose de un contrato instantáneo en su cumplimiento, cual es el de compraventa, cuando el pago se dilata excesivamente por causa del comprador, ha de apreciarse el cambio en la base del negocio jurídico. Y a mayor abundamiento, cuando según aclara la jurisprudencia, ya que el precio debe ser el "justo y normal" (30 junio, 10 noviembre, 12 y 30 de diciembre de 1892 y 28 junio 1912). Es evidente que la aceptación del solicitante se refirió al precio real y efectivo que supone en la actualidad. El negocio jurídico por ello decae en su base negocial. La interesante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1912 de la Sala de lo Civil viene a dar pie en nuestra jurisprudencia a este criterio.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1880 especifica que "el derecho de la Administración a incautarse de una finca expropiada por el precio de la tasación practicada prescribe cuando transcurre largo tiempo, máxime si hay necesidad de practicar una nueva tasación para ocupar el inmueble a consecuencia de que el valor de este cambio se modificó por causas ajena al propietario del mismo o debido a mejoras que el dueño introdujo en su propiedad durante el transcurso del referido tiempo". Es cierto que el supuesto de hecho de la citada sentencia no es absolutamente idéntico al que plantea el presente expediente, como acertadamente ha hecho notar la Asesoría Jurídica de ese Ministerio, pero no por ello deja de sentar un criterio respecto a la subsistencia o no subsistencia de una valoración efectuada cuando a consecuencia del tiempo deja de tener una realidad como precio justo y efectivo de la finca expropiada.

La solución en derecho positivo, sin embargo, la da una adecuada interpretación de lo prevenido en el artículo 43 de la Ley, que determina que el justiprecio en caso de recepción se referirá al valor que tenga la finca en el momento en que se solicite su reincorporación: la naturaleza jurídica de tal derecho de preempción, según especifica la sentencia de 12 de diciembre de 1933, se configura como una condición resolutoria. Y si fuera estrictamente tal condición, es evidente que no procedería en modo alguno una nueva tasación, sino que, por el contrario, habría que estarse a la primitivamente verificada. El que la Ley prevea otra cosa diferente es claro indicio de que prevé en este supuesto la posibilidad de un largo transcurso de tiempo entre las dos valoraciones, y en segundo lugar, que supone que el precio debe referirse al valor real económico de la finca expropiada en el momento de la toma de posesión.

En la primitiva redacción de la Ley de 1879 el justiprecio en este caso era el mismo previo a la enajenación, salvo que fuese cedida por conveniencia del propietario sin que fuera precisa la obra. En la reforma de la Ley de 24 de

julio de 1918 habrá que determinarlo nuevamente según se ha expuesto con anterioridad. Con ello, como indica el tenor de dicha disposición legal, se trata de evitar un enriquecimiento injusto del primitivo propietario, que podría recobrar su propiedad a poco precio si la finca creciese de valor en virtud del alza de los precios en general, debido al descenso en el valor de la moneda o bien porque la plusvalía se obtuviese por las obras que han determinado la expropiación. El Real Decreto de 1.^º de abril de 1927, sobre expropiaciones mineras, sigue también este criterio general (art. 9.^º).

Es decir el supuesto del artículo 43 es precisamente el de hacer necesaria una nueva valoración para evitar el caso de enriquecimiento injusto en virtud de posibles plusvalías de los terrenos retrocedidos. Pues bien, en el presente caso es de lógica aplicación el argumento a contrario. Si se quiere prever una eventual plusvalía que motive el injusto enriquecimiento mediante una nueva valoración, a fortiori en el caso en que de hecho, real y efectivamente se dé tal plusvalía, y pór ende el enriquecimiento sin causa, debe también aplicarse el criterio de nueva valoración.

El sistema de limitar el plazo de vigencia de la primitiva valoración está previsto en el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales (art. 121 ss.), en el artículo 11 de la Ley de 23 de marzo de 1900, en el caso de expropiación para guerra y marina, etc. Todos estos preceptos no son como acertadamente ha indicado la Asesoría Jurídica, de estricta aplicación al presente caso, por tratarse de distintos supuestos normativos, pero acentúan claramente el criterio general que marca la interpretación *a contrario sensu* del artículo 43 de la Ley General de Expropiación Forzosa. En este sentido abundan los Reales Decretos de 15 y 24 de abril de 1887 y 1.^º de diciembre de 1898 y los artículos 187 del Estatuto Municipal y 121 y 122 del Reglamento de Obras y Servicios Municipales.

No obstante lo expuesto anteriormente, para obviar dificultades en lo futuro, para dar a conocer a los administrados sus derechos y, sobre todo, para estructurar un criterio de estricta igualdad en todos los expedientes similares, este Consejo de Estado indica la conveniencia de que se dicte una disposición aclaratoria a este respecto, limitando, como lo establecen otras disposiciones de expropiación, el plazo de vigencia de las valoraciones inicialmente efectuadas.

Por todo lo expuesto, este Consejo de Estado es de dictamen:

1.^º Que procede estimar la súplica de don L. H. S. de que se practique una nueva valoración de la finca núm. ... en el expediente de expropiación forzosa incoado por la Junta de Obras del Puerto de B. para la construcción de las del proyecto de desviación de la ria por la vega de D., y

2.^º Que ese Ministerio deberá estudiar la conveniencia y oportunidad de que se dicte una disposición legal limitando el plazo de vigencia de los justiprecios iniciales en estos expedientes.

V. E., no obstante, resolverá lo más acertado.

COMENTARIO

Las situaciones jurídicas ajustadas a la justicia formal no siempre se identifican con la justicia material. Si el derecho se mantuviese rígido dentro de la estructura formal, los casos de evidente injusticia podrían multiplicarse. De

ahí que aun los derechos que se mantienen dentro de un cuadro de estricta seguridad jurídica mantengan válvulas de escape: el principio general de la buena fe, el abuso del derecho la función de la causa ilícita basada en motivaciones personales, la cláusula *rebus sic stantibus*, son otros tantos portillos de salvaguardia de la equidad, de ajuste de situaciones materialmente distintas a su configuración formal.

El análisis de los conceptos implicados en el anterior dictámen precisa tres supuestos previos: la validez y operancia de la cláusula *rebus sic stantibus* en general, su aplicación al campo del derecho administrativo y, por último, su efectividad y posibilidad de aplicación al caso que planteaba la consulta.

I

Corresponde a los glosadores, imbuidos de doctrinas canónicas, la afirmación resuelta de la operancia de esta válvula de seguridad. Así Bartolo comentando a las Decretales, afirma: *Item nota quod cum simpliciter loquimus, rebus sic stantibus loquimur, si non supervenerit contraria ratio*, y también más concluyentemente dice Tiruello: *Et hoc quidem perpetuum eset in omnibus actibus et dispositionibus ut scilicet semper intelliguntur rebus sic stantibus*. Esta doctrina fué recogida por vez primera de modo legal en el *Codex Maximilianus* de 1756. En la actualidad la mayoría de las legislaciones han acogido amplia o estrictamente la doctrina de la cláusula *rebus* (Polonia. Código civil, art. 269; Ley francesa de 21 enero 1918; art. 144 del Código ruso; art. 24 del suizo; art. 306 y ss. del nuevo Código civil italiano; sección 35, título 40, en Estados Unidos, etcétera).

La doctrina es muy divergente en cuanto a la justificación y tipificación del supuesto de revisión contractual. Candil¹ resume las sustentadas hasta el momento:

a) Teoría de la presuposición—Voraussetzung—, de Windscheid.

La presuposición es una condición no desenvuelta, no llegada a virtualidad formal, escondida en la declaración de voluntad negocial del contrato. Ahora bien, afirma Lenel o se desenvuelve totalmente esta presuposición, pasando a tener la operancia jurídica de una condición, o no se desenvuelve, en cuyo caso no puede tener virtualidad externa².

b) Teoría de la base del negocio jurídico, de Oertmann³.

Muy similar a la presuposición es la base del negocio, es decir, aquel conjunto de circunstancias que las partes tuvieron en cuenta implícitamente en la conclusión del contrato. Aun sin presentar tantos puntos débiles como la anterior, es en esencia igualmente impugnable.

c) Tesis de las circunstancias indispensables para el fin contractual, Locher.

En esta tesis las bases del negocio son solamente aquellas circunstancias indispensables para la consecución del fin con los medios del propio negocio, es decir, lo que importa no es tanto la representación de las partes como las pro-

1. CANDIL: *La cláusula "rebus sic stantibus"*, Madrid, 1946.

2. RHODE: *Die beiden seitige Voraussetzung als Vertragsinhalt*. Archiv f. d. Civ. Praxis, 124, 1925, págs. 257 y ss.

3. PLUM: *Geschäftsgrundlage*. Archiv f. d. Civ. Praxis, 130, págs. 214 y ss.

pias condiciones intrínsecas del negocio; con ello la base del negocio se desimplica de su subjetividad.

d) Tesis de la fuerza mayor de Titze⁴.

Esta tesis no puede encontrar absoluto apoyo en las legislaciones positivas, toda vez que en el supuesto de revisibilidad la imposibilidad de prestación no es absoluta, sino meramente onerosa o con desequilibrio económico fundamental, y por otra parte la *vis major* es absolutamente imprevisible, y, por el contrario, el supuesto de revisión es previsible normalmente y su no inclusión en el contrato como condición obedece a la falta de previsión de los contratantes.

e) Tesis del error, de Bonnecase y Rhode.

Los contratantes sufren, según esta teoría, el error *in substancia* sobre la realidad en valor de la prestación y contraprestación. Este error esencial debe viciar el consentimiento y anular el contrato. Ahora bien, teóricamente el error es sobrevenido, no inicial, y se encuentra en difícil enclave y concordancia con los supuestos del artículo 1.266 del Código civil⁵.

f) Tesis de la equivalencia de la prestación de Krueckmann⁶.

Según el artículo 1.289 del Código civil, la reciprocidad de intereses debe ser guía fundamental en la interpretación de los contratos bilaterales. Ahora bien, esta interpretación debe aplicarse en defecto de otra posibilidad anterior y previa.

*g) Tesis de la *laessio enormis*.*

La lesión enorme viene regulada en nuestro Código en el artículo 1.291, y sus términos excluyentes no dejan en modo alguno lugar para una interpretación analógica.

h) Tesis del abuso del derecho, de Deschenaux.

Esta teoría no puede sustentarse en nuestro Derecho, por falta de acepción legal. Y por otra parte ya que la revisión jurisdiccional debe basarse en una jurisprudencia constructiva, no precisa acudir a la figura jurídica del abuso del derecho.

i) Excep^tio doli generalis, de Wendt.

En el Derecho español no encuentra aplicación estricta, toda vez que, como dice Candil, ni el artículo 1.101 ni los 1.269 y 1.270 permiten una interpretación extensiva, como la alcanzada en Derecho romano.

j) Tesis de la buena fe, de Nipperdey.

Podría basarse en nuestro Derecho sobre los artículos 433, 940, 1.258 del Código civil y artículo 57 del Código de comercio, respondiendo al principio generalmente aceptado en la legislación de tipo germánico del *Treu und Glauben*.

II

La teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* dentro del Derecho administrativo viene estructurada en la tesis de la imprevisión. Esta doctrina arranca de la decisión de 1905 de la Ville de París (C. d'Etat 3 febrero 1905. Ville de París,

4. KLANG: *Unerreichbarkeit der Leistung*, 1921; KLEINERDAM: *Unmöglichkeit und Untermögen*; TITZE: *Richtermacht und Vertragsinhalt*.

5. LENEL: *Der Irrtum bei der Preisberechnung*. DJZeitung, 1920, págs. 417 y ss.; JACOBI: *Über den Irrtum in der Berechnung*. JJahr., págs. 110 y ss.

6. KRUECKMANN: *Ein Beitrag zur geldentwertung und l'entragsgrundlage*. JJahr., 75, págs. 1 y ss.

R. p. 105), si bien fundamentalmente no se empezó a utilizar en forma doctrinalmente acabada hasta el "arrêt" Gaz de Bordeaux, que introdujo en la jurisprudencia administrativa francesa la distinción entre la indemnización de derecho público al adjudicatario por el *fait du prince* y la operancia de la doctrina de la imprevisión.

La construcción doctrinal se debe esencialmente a Magnan de Bornier⁷ y a Hau:iou⁸, así como por Voirin⁹. Demogue¹⁰. Saint-Marc¹¹, Zaki¹², Roubier¹³, Desjonquieres¹⁴, Lapeyre¹⁵, Alibert¹⁶, Rabouant¹⁷, Georges Pequignot¹⁸.

La imprevisión es un punto de ataque al principio general de los contratos administrativos de ejecución a riesgo y ventura: es una ruptura del dogma de inmutabilidad del contrato. El comisario del Gobierno Chardenet, en sus conclusiones sobre el asunto del gas en Burdeos, hacía mención a la doctrina antiguamente sostenida sobre las obligaciones y cargas imprevistas. En efecto, múltiples "arrêts" del Consejo de Estado francés habían adoptado el sistema de equiparar en sus efectos la imprevisión a la fuerza mayor (C. de E. 20 abril 1877, 26 mayo 1886, 3 febrero 1905, 5 marzo 1909, 3 julio 1912). Algunos comentaristas pretendieron que la teoría de la imprevisión se basaba igualmente en la equiparación a la fuerza mayor. Así, en este sentido. Chardenet sobre el expediente del gas de Burdeos, Riboulet sobre el asunto del gas de Niza, Waline, etc. Pero entre ambos supuestos existen fundamentales diferencias. La *vis major*, como se ha dicho anteriormente, consiste en la sobrevención de un acontecimiento imprevisible e irresistible.

La imprevisión, desde este punto de vista, es también un hecho insuperable e inobviável, que escapa al poder de las partes; pero se trata de una situación económica que se realiza gradualmente, dice Pequignot. La imprevisión no impone la modalidad absoluta de la prestación, sino que se limita a hacerla más onerosa¹⁹. Por ello, Waline ha podido decir que la indemnización por imprevisión tenía la operancia de prevención de la *vis major*, habida cuenta de que si se obliga al deudor al cumplimiento estricto de su compromiso se le puede llevar en la mayoría de los casos a la quiebra y, por ende, al incumplimiento. Por otra parte, así como la *vis major* implica la rescisión del contrato, la imprevisión supone

7. *Essai sur la théorie de l'imprécision*, Paris, 1924.

8. *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, en la *Rev. de Derecho Privado*, año 1926.

9. *De l'imprécision dans les rapports de droit privé*, tesis doctoral en Nancy, 1922, página 41.

10. *Notions fondamentales de droit privé*, págs. 298-299.

11. *L'imprécision dans les contrats administratifs*, tesis doctoral en París, 1918.

12. *L'imprécision en droit anglais*, París, 1930.

13. *De l'influence du changement des circonstances sur les contrats en droit public*, Lyón, 1942.

14. *L'évolution de la Jurisprudence du conseil d'état ou sujet de la théorie de l'imprécision dans les marchés de fournitures*.

15. *L'imprécision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, tesis doctoral, Poitiers, 1923.

16. *L'imprécision dans les concessions de service public*, 1926.

17. *Du cas fortuit et de la force majeure*, tesis doctoral, París, 1920.

18. *Theorie générale du contrat administratif*, París, 1945, págs. 502 y ss.

19. RICA BARBERIS: *Della guerra come causa di forza maggiore*. Riv. D. Civ. 1917.

su cumplimiento si bien con la adición de una indemnización supletoria o adjeticia en función de compensación por la excesiva onerosidad.

Pequignot (loc. cit.) resume la doctrina de la imprevisión de forma concisa y concluyente:

"La idea de la imprevisión, en su generalidad, hace remontar al derecho administrativo hacia un estado más equitativo del derecho y le hace volver a las fuentes antiguas escolásticas y a Santo Tomás (*Summ. theolo.*, 2 parte, 2 sección, *questio 110*, art. 3). Descarta la estabilidad de las obligaciones para insertar un elemento de aleas en la obligación misma. Pero a consecuencia de ello, disminuye el aleas que existía en el resultado en la ejecución final del contrato. Esta fórmula toma una gran claridad si se la adapta la formulación matemática: la ejecución de una obligación es una incógnita (x) que está en función de dos factores: los términos de la convención (c) y las circunstancias de hecho, de lugar y tiempo en las que deba verificarse, es decir, de la coyuntura económica (t), es decir, que $x = c t$. El tiempo transcurre y las situaciones cambian; la coyuntura se modifica irremediablemente (t'). El derecho privado mantiene inmutables, a pesar de ello, los términos de la convención. La ejecución del contrato varía entonces (x') en función de las variaciones de la coyuntura económica $x' = c t'$. El derecho público por el contrario, hace variar las obligaciones de las partes (c') con el tiempo, de forma que se mantenga la ejecución del contrato aproximadamente igual a éste $x = c' t'$. El aleas se desplaza de la convención a la ejecución del contrato. El ideal sería que se llegase a la igualdad $c' t' = ct = x$. La teoría de la imprevisión rehusa este resultado, sacrificándose en este último resquicio a los antiguos prejuicios. Pero tiende a esta igualdad y constituye por ello un serio progreso hacia la justicia." La imprevisión se fundamento en un principio estrictamente a base de la noción de servicio público, hasta que el *affaire Pechdo* hizo que fuera aplicable más allá de este concepto, a otras relaciones de la administración con los administrados.

Los supuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión son, en esencia:

- a) Debe tratarse de un contrato administrativo propiamente dicho.
- b) Es preciso que un hecho excepcional modifique considerablemente la economía del contrato.
- c) Es también necesario que este hecho no haya sido preverlo por los contratantes en el momento de la perfección del contrato.
- d) La aplicación de la doctrina de la imprevisión es subsidiaria, como último *remedium juris* a una situación materialmente injusta desde el punto de vista de la onerosidad económica. Por ello, si la ley o el contrato reglamentó una solución directa, no cabe acudir a la imprevisión.

III

En términos de estricto derecho formal, el caso planteado en la consulta abocaba al Consejo de Estado a dar una solución evidentemente injusta.

El problema planteado se reducía en realidad al examen del momento de perfección de la enajenación forzosa, toda vez que en ella el precio debía quedar invariable (art. 1.450 Código civil). A este respecto, toda vez que la ley de expropiación forzosa separaba los dos momentos de perfección—justiprecio—acep-

tado—y toma de posesión, tras el pago de la tasación, el momento de fijación del precio viene determinado al comienzo del periodo de justiprecio, a tenor del artículo 26 y sentencia de 28 marzo 1908 citada en relación al artículo 34 de la Ley y 56 del Reglamento. Y que el precio así fijado precluye toda modificación de valor que la finca experimente con posterioridad, se deduce del párrafo final del artículo 25 de la Ley, concepto que repite el artículo 34 del Reglamento y que aclaran las sentencias de 21 mayo 1931 y 28 marzo 1908 en el mismo sentido general de exclusión de variaciones en el valor de la tasación. Esto dentro del derecho estricto es evidente en nuestra legislación, por cuanto a semejanza de lo que ocurre en la compraventa el riesgo o *periculum*, incluso respecto a mejoras o deterioros, vienen determinados en cuanto al titular afectado por el momento de la perfección del contrato. Y siendo evidente que dentro de nuestra sistemática del Código civil la expropiación forzosa se considera como una subespecie de la compraventa (art. 1.456), el traspaso del riesgo ha de venir regulado por las disposiciones generales de la compraventa (art. 16 Código civil). Es decir, en conclusión, la solución en derecho estricto sería la de que la valoración se refiere al comienzo del periodo del justiprecio y no pueden afectarle aumentos o disminuciones de valor experimentadas con ocasión del transcurso de tiempo entre el periodo de justiprecio y el subsiguiente de toma de posesión y pago.

En el supuesto de hecho planteado en el expediente nos encontramos con dos motivos distintos de aplicación de la doctrina de la imprevisión: el primero la actividad de la administración como motivadora de la excesiva onerosidad y en segundo término, los presupuestos previos de aplicación general de la imprevisión, esto es, cambio de circunstancias sobrevenidas en un contrato cuyos elementos de prestación están encendidos en el tiempo—lapso en la perfección y cumplimiento—y que ocasiona una excesiva e injustificada onerosidad en contra del administrado y en beneficio de la administración, sin la concurrencia de una justa causa exonerante²⁰.

El Consejo de Estado, con los datos del expediente, no pudo entrar en la consideración de la culpa de la administración en la excesiva dilación dada al

20. Cfr. FURTUNA: *Le fait du prince*, tesis doctoral, París, 1924; RIPPERT: *Rapport entre les pouvoirs de police et de gestion dans les situations contractuelles*, R. D. public, 1905, págs. 1 y ss.; GASTON JEZE: *Revision ou résiliation des concessions de service public de transports en commun d'intérêt local*, RDP, 1937, págs. 5 y ss.; DELBEZ: *La revocation des actes administratifs*, RDP, 1928, págs. 463 y ss.; TEISSIER: *Responsabilité de la puissance publique*, pág. 15; COUZINET: *La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs*, tesis doctoral, Tolosa, 1928; MATHIOT: *Les accidents causés par les travaux publics*, tesis doctoral, París, 1934; DUZEZ: *La responsabilité de la puissance publique*, 2.^a ed., págs. 311 y ss.; CLAUDE GOLLIARD: *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, tesis, Aix, 1935; DALLOX; PIERRE DECCLUSY: *Le quasicontrat en droit administratif*, tesis, París, 1931; PIERRE DELENSY: *Le quasicontrat administratif*, tesis, París, 1931; LOTIS FEUGEY: *Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique*, tesis, Lille, 1927; GEORGES GIULIANI: *Le risque administratif devant la jurisprudence et la législation*, tesis, Lyon, 1933; PICHON ET DURAND ATZIAS, Kuo-Yo: *Quelques aspects nouveaux de la responsabilité sans faute de la puissance publique*, tesis, París, 1941; PHILIPPE LOVITON: *Le but et le motif dans l'acte administratif*, tesis, Burdeos, 1931; DELCUSY: *Le quasi-contrat en droit administratif*; DUCOMBAT: *La gestion d'affaires en droit administratif*; ROQUES: *De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif*; GEORGES VEDEL: *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, tesis, Tolosa, 1934.

caso, si bien solamente de los indicios expuestos en los antecedentes de hecho se podía inducir un claro abuso del derecho por parte de la Junta de Obras interesada. Por otra parte, el no entrar en el fondo de este problema no era gran obstáculo, toda vez que supuesta la concurrencia de todos los requisitos tipificadores de la imprevisión, siempre se podía acudir a este *remedium juris*.

Nuestro Tribunal Supremo ha dictado interesantísimas sentencias sobre la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el campo civil: 4 junio 1902, 25 marzo 1913, 12 enero 1923, 18 marzo 1929, 14 diciembre 1940, 17 mayo 1941, 13 junio 1944 y 5 junio 1945. El Tribunal Supremo ha dejado siempre sentado su criterio de que la aplicación de esta cláusula de equidad debía hacerse en todo caso con un extremado criterio de cautela jurisprudencial. Y en esta cautela, interpretación restrictiva de los casos a aplicar se basó la Asesoría Jurídica para denegar la operancia de la cláusula.

Ahora bien, la cautela no implica la exclusión en todo caso. Indica tan sólo que hay que tener en cuenta si en la perfección del contrato, en las motivaciones de las partes, estuvo de algún modo presente el aleas futuro. Es decir, que un contrato de suministro, p. e., puede suponer una total elisión de la función de la cláusula, toda vez que normalmente quien contrata un suministro, lo hace por tener a precio seguro la mercancía en los períodos de entrega futuros. Es decir, que el aleas era elemento tipificante dentro de la motivación de los contratantes. Por otra parte, el que se compromete al suministro puede apreciar que los precios bajaran y con ello obtendrá beneficio, puesto que el precio de las entregas se predetermina de antemano para todas ellas. Es decir, se trata de precios sometidos a expectativas de beneficio o lucro por parte de ambos contratantes, esto es, de precios subjetivamente justos²¹.

Esto sentado, veamos qué sucede en la expropiación forzosa. En esta la fijación del precio justo no obedece a motivaciones subjetivas, sino que en todo caso viene exigido un precio justo objetivo, una indemnización adecuada. Esta doctrina proviene de los canonistas medievales, con el estudio del *justum pretium* sobre la *publica utilitas*²². Nuestros autores recogen la doctrina. En este sentido Cerdán de Tallada, Molina, Soto, Cevallos y Covarrubias, Vázquez Menchaca explica que la expropiación puede realizarse siempre *duabus requisitus concurrentibus et non aliter, primun quod it fiat ex causa publicae utilitatis, vel necessitatibus; alterum quod ei detur "congrua" et moderata recompensatio*.

El mismo término de justo precio o indemnización aparece en la Declaración de derechos del hombre de 1789 (art. 17 núm. 2), que pasó al C. civil: *Nul ne peut être contrait de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une "juste" et préalable indemnité*. El mismo principio estaba en nuestra legislación histórica. Así en las Partidas, Ley 2, tit. I, partida II: Otrosi decimos que cuando el Emperador quisiere tomar heredamiento o alguna otra cosa, para sí o para darlo a otro, como quier que él sea Señor de todos los del imperio para ampararlo de fuerza e para mantenerlos en justicia con todo ello non puede tomar el a ninguno lo suyo, sin su placer, si non faziere tal cosa, porque lo devesse perder según ley. E si por ventura se lo oviesse de tomar por razón que

21. Cfr. OFTINGER: *Einige grundsätzliche Betrachtungen ueber die Auslegung und Er-gänzung der Verkehrsgeschäfte*. JSchu. R., 1939.

22. Graciano, cap. XXI, 1, 23, questio 8.

el Emperador oviesse menester de fazer alguna cosa en ello en que se tornase a procomunal de la terra, tenuda es por derecho de le darm ante *buen cambio* que vale tanto o más de guisa que el finque pagado a bien vista de omes buenos²³.

Este principio general del justo precio, se recoge a lo largo de nuestra legislación e historia constitucional; Const. 1808, arts. 135 a 139; Const. 1812, arts. 4 y 304; Const. 1837, art. 10; Const. 1845, art. 10; Const. 1856, arts. 12 y 13; Const. 1876, art. 10, desarrollado en la propia Ley de Expropiación de 10 enero 1879 y Reglamento de 13 junio 1879.

Es decir, que el aleas queda totalmente eliminado del justiprecio, toda vez que se calcula objetivamente sin atender a consideraciones de índole subjetiva²⁴. Para obviar la modificación del valor y con ello la desvirtuación del justo precio otras leyes especiales, que cita el dictamen consultado prevén un plazo máximo de vigencia de la primitiva tasación. En la Ley general no hay o'ro remedio sino el de acudir, como lo hace la consulta del Alto cuerpo consultivo, a la aplicación de la doctrina de la imprevisión. La cautela jurisprudencial queda excluida desde el momento en que el aleas queda eliminado en la perfección del contrato, a través de la determinación del justo precio.

J. L. VILLAR PALASI
Letrado del Consejo de Estado

23. También la ley 31, tit. 18, partida 3.

24. ISRAEKL: *L'Etat acheteur*, Th., Paris, 1927, Les presses universitaires de France.

III. SENTENCIAS DE INSTANCIA

1. El procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1947 DE LA SALA 2.^a DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE MADRID

CONSIDERANDO que la congruencia de este fallo con lo alegado y probado por las partes exige tener en cuenta: A), que doña Elena G.-P. P., que lo promueve, pide, al amparo de los artículos 348. 362 y 455 del Código civil y 41 de la Ley Hipotecaria, se la declare única y exclusiva dueña de las fincas que individualmente determina por haber adquirido su dominio, que se halla inscrito en el Registro de la Propiedad, por compra a D. Enrique C. T., quien las tenía inscritas a su nombre, y, como consecuencia de tal declaración, se la ponga en posesión de las mismas, previo lanzamiento de éste, con pérdida por él de todos los frutos que han producido desde 3 de noviembre de 1945; y que el vendedor y demandante contradictor, Sr. C. T., se opone a dicha pretensión apoyándose en la causa segunda del citado artículo 41, porque las posee a título de dueño, por más de un año, en méritos de haber adquirido su posesión por prescripción, ya que el 12 de julio de 1946, cuando la compradora formuló su petición, había transcurrido con exceso dicho plazo, desde el 28 de diciembre de 1943 y 5 de enero de 1944 en que se otorgaron las escrituras públicas de venta, y de que las poseía por relación jurídica directa con su padre, anterior titular inscrito, de quien las heredó el año 1940; y B), que este contradictor: a), vendió a doña Elena G.-P. P. las expresadas fincas por el documento privado reconocido, de 11 de octubre de 1943, que obra por testimonio a los folios 100 y 104 vuelto, en el que se conviene que la compradora toma posesión de ellas con el carácter de arrendataria hasta que pague por completo el precio, momento en el que, además de otorgarse los pertinentes documentos notariales, tomará posesión en concepto de dueña; b), otorgó, el 28 de diciembre de 1943 y 5 de enero de 1944, las aludidas escrituras públicas unidas a los folios 6. 17. 85 vuelto y 80 vuelto, inscritas en el Registro de la Propiedad de Quintanar de la Orden el 20 de enero siguiente, en cuyos pactos quinto y cuarto, respectivamente, se dice a la letra: "la señora compradora, que, según manifiesta ha sido arrendataria hasta el día de hoy de las fincas que adquiere, entra en posesión de las mismas como única dueña por el otorgamiento de esta escritura", y c), por documento privado reconocido de 20 de febrero de 1944, unido por testimonio a los folios 98 y 105, después de afimar, entre otras cosas, que doña Elena G.-P. P. le ha comprado las fincas descritas en dichas escrituras de 1943 y 1944.

cede en arrendamiento a ésta, hasta el 29 de septiembre de 1945, la era, las mulas y los ajeros de labor que posee en Quintana de la Orden, para que los utilice en las fincas que le ha comprado y en cuya posesión y explotación directa en concepto de dueña entró el día de otorgamiento de las aludidas escrituras notariales, cediéndole la señora G.-P. como compensación y en concepto de renta la cosecha de cereales del año 1944 y la mitad de la de trigo del año 1945; y doña Elena G.-P.: a), promovió en el mes de marzo de 1946 interdicto de recobrar la posesión de la repetida finca contra el vendedor, bien, terminada el 29 de septiembre de 1945, la vigencia del últimamente aludido contrato de arrendamiento de semovientes y muebles, concluido el 20 de febrero de 1944, en el que éste es arrendador, continuó cultivándola para sí, autos en los cuales, el 9 de mayo de 1946, se dictó sentencia declarando no haber lugar a lo solicitado, y b), el 12 de julio de 1946, en trámite la apelación de esta sentencia, presentó la demanda inicial de las presentes actuaciones, acompañada de una certificación —folio 5—acreditativa de que en favor de dicha señora se halla inscrito en el Registro de la Propiedad, sin contradicción, el dominio de las fincas tantas veces mencionadas.

CONSIDERANDO que los documentos reseñados en el apartado b) del anterior considerando prueban auténticamente que la promotora de estas actuaciones tiene inscrito sin contradicción el dominio de las fincas cuya reivindicación insta, y cuya adquisición resulta irreprensible, aplicando la teoría de puro derecho civil más beneficiosa para el demandante, puesto que se operó por la entrega, en cumplimiento de la obligación que al vendedor impone el artículo 1.461 del Código civil, de dichas fincas, consumada por el otorgamiento de las escrituras públicas de venta, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil y con la voluntad común y concorde de los hoy litigantes expresamente manifestada en tales instrumentos notariales, entrega con la que, aun cuando sólo se la conceda el efecto de transferir la posesión jurídica, no obstante tener el transiente real e inmediatamente la cosa vendida en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa se produjo la transmisión del dominio a virtud de lo dispuesto en el número 2º del artículo 1.005, en relación con el 600 del Código civil, aunque el Sr. C. las continuase teniendo o poseyendo de hecho, ya que esta tenencia o posesión no le permitiría ostentar más calidad que la de precaria, y ésta, por la gran amplitud que al concepto de precario ha dado la jurisprudencia, no para proteger al transferente legal, sino para proveer al comprador de un instrumento procesal breve y adecuado, cual el juicio de desahucio, para lograr la posesión real de la cosa comprada cuando se resiste la entrega real, que no acompañó o subsiguio a la simbólica, ficta o instrumental; prueba documental auténtica, innecesaria para tener por indudables tales hechos, que han aceptado las dos partes, confesándolo llanamente en sus escritos de debate y concretamente el contradictor en los fundamentos 3º, 2º y 1º de su demanda, y, por consiguiente, innecesaria para tener por indudable, en cuanto de ellos es necesaria y rigurosa consecuencia lógico-jurídica, que doña Elena G.-P. se hallaba investida de la acción reivindicatoria específicamente protectora del derecho real de dominio, del cual emana que ejercita en estos autos y que el artículo 348 del Código civil, por ella expresamente invocado, reconoce exclusivamente al propietario no poseedor contra cualquier te-

nedor o poseedor y singularmente contra el tenedor o poseedor a título de dueño no propietario o que no ha probado el dominio que se atribuye para defender su tenencia o posesión, cualquiera que sea el tiempo, mayor o menor de un año, que lleve en ésta, además de la acción publicana, no ejercitada en estos autos, de que se halla investido también todo propietario no poseedor real, en cuanto poseedor jurídico a virtud del *ius possidendi* o facultad de poseer insita en el dominio, que corresponde a todo poseedor jurídico, aun al no propietario, a virtud del *ius possessionis*, contra el que goce de éste con peor derecho y contra el que sin derecho posee de hecho o tiene la cosa para sí y no para otro y en su representación, por más o menos de un año, acciones que asisten al propietario no poseedor, independientemente de la interdicción que se concede al que la poseía de hecho o la tenía materialmente con título o sin él, contra el que materialmente la tiene por tiempo inferior a un año—*possesio ad interdicta*—, acción interdiccional, que tanto por su sustancial contenido, en cuanto ampara un mero hecho, como por sus efectos procesales, en cuanto a la sentencia que se dicte en el procedimiento que se inicia para su ejercicio, no produce los efectos de cosa juzgada material, carece de eficacia, no sólo para destituir, y aun debilitar, la acción reivindicatoria, sino para legitimar la excepción de litis pendencia obstantiva de la normal progresión del proceso que por el ejercicio de ésta se instituye.

CONSIDERANDO que tan plenamente como aparece y se halla obtivamente legitimada la acción ejercitada en estos autos a favor de doña Elena G.-P. lo está pasivamente, en cuanto se ejerce contra D. Enrique de C. T., puesto que afirma poseer y tiene las fincas a que la misma afecta—identificación plena de la cosa objeto de reivindicación—, a título de dueño y no por otro cualquiera que pudiera estimarse conciliable o concurrente con el de dominio—artículo 432 del Código civil—, por haber adquirido la posesión de hecho y no el dominio, por prescripción, a virtud de tenencia material por más de un año, y por poseerla como efecto de una relación jurídica directa con su padre, anterior dueño inscrito de quien adquirió el dominio por título hereditario el año 1940, toda vez que estos hechos únicos, que opone como obstaculivos o impeditivos al éxito de la reivindicación, aparte de no haberlos probado, incumpliendo la obligación que de consumo le imponen su situación procesal y la presunción que a favor del propietario inscrito establece la ley, los niega el demandante con sus propias alegaciones, ya que, en cuanto al primero, prescindiendo de que únicamente alega la prescripción de la posesión y no la del dominio, es preciso no olvidar que la de éste o, más exactamente, la usucapión y, aún más concretamente, el dominio ya adquirido por usurpación consumada, a que exclusivamente se refiere el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, indispensable para que pueda ser subsumida en la causa segunda del artículo 41 de la misma Ley especial, en que apoya su acción contradictoria, no se logra por el transcurso de un año, sino que, según el artículo 1.957 del Código civil, requiere, cuando existe título y buena fe, un período de diez años, al que el día 12 de julio de 1946, día en que doña Elena G.-P. produjo el escrito inicial de estos autos, interruptor de la prescripción, no había transcurrido desde diciembre de 1943, fecha en la que, el hoy contradictor, transmitió voluntariamente la posesión jurídica y el dominio de la finca que vendió a aquélla, como tampoco había transcurrido desde 1940, fecha en la que el Sr. C. heredó de sus padres las vendidas, en el supuesto inadmisible

de que desde esta última fecha pudiera computarse tal plazo, haciendo caso omiso de que la posesión, que con el dominio adquirió por herencia, la perdió el año 1943, según enseña el artículo 460 del Código civil, por cesión onerosa a venta a la Sra. G.-P., y en cuanto al segundo, porque agotada por esta cesión voluntaria y onerosa de la posesión y del dominio la relación jurídica directa que por su sucesión mortis-causa de su padre y causante, anterior titular inscrito, adquirió respecto a las fincas que a su nombre fueron inscritas, no puede invocarse, como no puede invocarse ninguna otra, que no sea la que con la actual titular inscrita, se haya podido establecer con posterioridad a la adquisición por ésta del dominio, relación que—de estimarse tal a los efectos del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que, aun dada la generalidad de su expresión, se contrae a las relaciones jurídicas emanadas de actos vinculantes de Derecho material, similar al contrato en primer término enumerado, la contradiccion posición reciprocamente excluyente de las partes hoy en litigio, acusadora de discordantes y contrapuestas voluntades y pretensiones sobre una misma cosa que reclama decisión dentro de una relación jurídica de Derecho formal—no podrá calificarse más que de precario, por la extensión que a este concepto ha dado la jurisprudencia, no para proteger al precarista en sentido propio o estricto, a cuyo derecho la ley ofrece la garantía que el procedimiento de desahucio presta, sino para proveer con este procedimiento sumario de desahucio, del amparo procesal rápido y adecuado de que hasta ahora carecía todo propietario, atenido a la dilatada tramitación de un proceso ordinario de conocimiento, único en que se podía ejercitar la acción recuperatoria o reivindicatoria, contra el que sin ningún título específico y sin pagar merced posee como mero detentador la cosa fructífera por más de un año, concepto de detentador que es el que en realidad, le corresponden en todos los supuestos distintos del tenido en cuenta por la jurisprudencia al sólo fin de hacerle sujeto pasivo o legítimo demandado en el procedimiento de desahucio, título de precario que, aparte de por las precedentes razones, no puede beneficiar a quien, como el actor en este caso, lo repugna expresamente, basando explícita y únicamente su pretensión, en que tiene y posee la cosa no a título de precario sino al injustificado título de dueño: que no está comprendido en los que anuncia la causa tercera del art. 41 de la Ley Hipotecaria como bastante para legitimar la contradicción de acciones reales, cual la reivindicatoria, procedente del derecho de dominio inscrito, ejercitada en este proceso de más amplios trámites, y que, por ende, otorga mayor garantía al derecho de defensa del precarista que la que concede el juicio de desahucio: y que no sería causa bastante para legitimar la contradicción de la acción reivindicatoria ejercitada en un proceso ordinario de conocimiento, habida cuenta de que el precario debe su existencia a la graciosa voluntad del propietario, quien puede darla por terminada por acto unilateral.

CONSIDERANDO que perfectamente legitimada activa y pasivamente la acción reivindicatoria ejercitada, procede estimarla en esta sentencia, como procedería estimarla, aunque el dominio no estuviera inscrito en el fallo dictado en el juicio ordinario declarativo en que se hubiera ejercitado en los términos en que lo ha sido en este proceso, no de pura ejecución, sino ejecutivo o de ejecución impropiamente, que el art. 41 de la Ley Hipotecaria, ha creado para la rápida efectividad de los derechos reales que tiene por objeto cosa individualmente determinada, frente

a quienes sin título inscrito, se opongan a ellos o pe turben su ejercicio, si por certificación del Registro se acredita su inscripción sin contradicción a favor del que lo insta, proceso que instituye por primera vez, al lado y sin perjuicio del ordinario de conocimiento, que establecido por la Ley de Enjuiciamiento civil, subsiste para la efectividad de todos los derechos sin distinción, incluso del dominio inscrito, del mismo modo que paralelamente a éste, la propia Ley procesal civil, regula el juicio ejecutivo o proceso de ejecución impropia, para la rápida efectividad de los derechos personales o de obligación que tienen por objeto una prestación real, de dar cosa fungible, si consta en forma a la que la ley atribuye fuerza ejecutiva, proceso ejecutivo de algunos derechos de obligación con el que aquél, salvando las necesarias e inexcusables diferencias accidentales que impone la diversa naturaleza propia, de los diferentes derechos sustantivos por cada uno de ellos protegidos, guarda tanta analogía que, casi pueden reputarse idénticos, al menos en cuanto a sus trámites fundamentales y en cuanto a sus efectos, como patentiza respecto a los primeros la comparación de los párrafos del art. 41 de la Ley Hipotecaria con los arts. 1.429, 1.442, 1.463, 1.464 y 1.468 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y respecto a los últimos la confrontación del artículo 1.479 de esta última, con el párrafo con que acaba aquél, y debe ser estimada en este fallo aquella acción reivindicatoria como debería serlo en la de juicio ordinario declarativo, y como debe de ser estimada en la sentencia de remate, la acción personal que se derive de un título ejecutivo, porque además de hallarse legitimada la acción reivindicatoria ejercitada que toma su nombre del derecho material que pretende proteger y no de procedimiento con el que se pretende lograr la protección, su promotor ha llenado los específicos requisitos de forma que la ley exige para provocar la constitución del presente proceso ejecutivo, virtualidad por la cual puede llamarse acción ejecutiva cualquiera que sea el derecho material, real o personal, que en él se pretende discutir, por lo que esta acción no excluye a aquélla y la reivindicatoria lo mismo que cualquiera otro real puede ser ejecutiva desde la promulgación de la vigente Ley Hipotecaria, y sólo la reivindicatoria en caso de dominio inscrito, porque la acción publicana no puede ejercitarse en este procedimiento especial, habida cuenta que el *ius possesionis*, el derecho de posesión o la posesión, derecho del cual se deriva o del que proviene, no es inscribible, y debe de ser estimada la acción reivindicatoria ejecutiva que protege el derecho material de dominio, por un procedimiento ejecutivo, sin temor a lesionar ningún interés legítimo del poseedor que la contradice, quien puede defenderlo en el juicio ordinario declarativo, que, a todo ejecutado, se queda a salvo para promover la misma cuestión, en cuanto esta sentencia, cual la de remate, aunque adornada de efectos de cosa juzgada formal que la hace ejecutable, carece de efectos de cosa juzgada material, además de ofrecer por la mayor amplitud de sus términos y trámites más garantía y protección que los procesos de desahucio y de interdicto prestan al precarista y al mero tenedor de hecho, a quienes el art. 446 del Código civil no dispensa como a ningún otro poseedor más amparo que el de no poder ser privados de su sentencia o posesión violentamente, sino por una sentencia firme ganada en procedimiento pre establecido por una ley, carácter que tiene la Hipotecaria vigente, y tenía cuando estas actuaciones se iniciaron; y pueda defenderlo después de dictada esta sentencia, en un juicio declarativo, de igual modo que ha podido hacer valer cual-

quier otra alegación no admisible en el proceso ejecutivo, durante la tramitación de éste y de igual modo que pudo prohibirla desde que tuvo conocimiento de la actitud de la señora G.-P. antes de que formalizara su pretensión ejecutiva, supuesto este último que hubiera podido obstentar a la tramitación del presente procedimiento si la formulación de la demanda ordinaria se hubiera hecho constar en el Registro, impidiendo la expedición de certificación acreditativa del asiento correspondiente, sin contradicción.

CONSIDERANDO que la acción real reivindicatoria única ejercitada que en este procedimiento, puede y debe estimarse, porque así lo impone su comprobada legitimación y el tenor literal del art. 41 de la Ley Hipotecaria, contiene además de la declaración o reconocimiento del dominio para ella protegido a favor del que la insta, la recuperación de la cosa o cosas que sirven de objeto a éste y la de sus productos naturales e industriales producidos desde que el poseedor demandado haya dejado de poseer de buena fe, lo mismo que la acción personal para reclamar un crédito, contiene, además de la declaración de la existencia de éste y la condena a su pago que se hará efectiva por la vía de apremio si voluntariamente no se satisface, la de los intereses o frutos civiles devengados desde que el deudor incurrió en mora, se ejercenten ésta o aquélla en un juicio ordinario o en un juicio ejecutivo, y, por tanto, estimada la reivindicatoria es inexcusable pronunciar la expresamente pedida condena a los frutos producidos por las fincas cuya reivindicación se acuerda pues lejos de impedirla el art. 41 de la Ley Hipotecaria, la presupone, al disponer cual dispone en su párrafo cuarto que si el poseedor comparece a oponerse a las pretensiones del ducío, presta:á caución adecuada para responder de la devolución de los frutos, medida puramente vejatoria o simplemente molesta y siempre injustificable, si se entiende que no tiene por fin asegurar la condena a la devolución de frutos que en la sentencia puede pronunciarse en la extensión que determina el art. 455, a pesar de aparecer acreditada en autos la mala fe en que se halla el opositor, a virtud de lo dispuesto en el art. 433 del Código civil, al menos desde el 12 de julio de 1946 en que se promovieron estas actuaciones, fecha desde la que sabía no tenía título para poseer, como sabía que carecía de título y sobre todo del título de dueño único que invoca, desde el momento que transmitió por venta el dominio que tenía; y que carecía de buena fe, pues confesada la tradición de las fincas vendidas, no podía ignorar, sin ignorancia inexcusable de la ley que no puede alegar en su favor, que le estaba vedado poseer y más poseer a título de dueño, único que opone, dando el dominio y reteniéndolo al mismo tiempo que retenía el precio, sino que, por el contrario lo sabía con conocimiento de esta prohibición burlaba, como pretende burlar, el derecho de la compradora, con alusiones sin oponerlas en forma, e irregularidades del título cuya declaración judicial precisa para que en derecho puedan tener valor no ha pretendido hasta ahora, por omisión que le es imputable ya que depende y ha dependido de su libre y espontánea voluntad e iniciativa, omisión de la que, por serle imputable, no puede beneficiarse, pues es antijurídico que de la culpa derive ningún beneficio a su autor.

CONSIDERANDO que doña Elena G.-P. no ha probado como es inexcusable para que pueda formularse el correspondiente pronunciamiento de condena, haber sufrido los daños y perjuicios que reclama.

CONSIDERANDO que no es de estimar temeridad en ninguna de las partes al efecto de imposición de costas esta segunda instancia.

Fallamos: Que, sin especial mención de costas, revocamos la sentencia apelada y reconociendo que doña Eleña G.-P. P. tiene el dominio de las fincas descritas en el hecho primero del escrito inicial de las presentes actuaciones, inscrito sin contradicción en el Registro de la Propiedad, acordamos que previo lanzamiento de don Enrique de C. T., se la ponga en posesión de las mismas con pérdida por este señor de todos los frutos por ellas producidos desde el 3 de noviembre de 1945, cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia, y absolvemos al señor C. T. de las demás peticiones formuladas por aquélla. A su tiempo, con las oportunas certificación y orden, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así por esta etc.

2. Arrendamientos urbanos.— Reconstrucción de finca (Ley de 7 de mayo de 1942).

SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1947 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 20, DE MADRID, DICTADA EN APELACION

CONSIDERANDO que, como conjuntamente entiende el Juzgado inferior y los litigantes, la esencial cuestión de este litigio es fijar el valor que debe darse a la frase reconstrucciones de fincas, que emplea el art. 3.^º apartado a) de la Ley de 7 de mayo de 1942. Cremos que para la fijación del concepto, de tan alta trascendencia jurídica, debe atenerse, principal y fundamentalmente, a la busca de una base jurídica, nacida de la propia legislación de alquileres, sin olvido ni de las acepciones gramaticales ni de las expresiones de la técnica, pero que, en modo alguno, dé a estas últimas un valor decisivo. La fijación del concepto tiene tan honda significación en el campo del derecho, que es al Juez a quien compete sentarlo como parte quizás la más esencial, del fallo que ha de dictar: sin que a nadie pueda atribuirse ni traspasarse esta misión.

CONSIDERANDO que, aparte de lo dicho, deseariamos que nuestra labor respondiera al conjunto influjo de las disposiciones legales, respecto a la voluntad contractual y normas de la justicia distributiva, sin olvidar la función social que vino a llenar la legislación especial sobre arrendamientos urbanos y las especiales circunstancias que, en los actuales momentos, tanto les afectan en las grandes capitales. Del estudio analítico de la primordial fuente normativa, o sea del precepto legal mismo, contenido en la Ley de 7 de mayo de 1942, deducimos que las obras realizadas por los propietarios de predios urbanos son susceptibles de unas especiales agrupaciones que llevan en sí elocuentes notas jurídicas que haremos resaltar. En el art. 4.^º de dicha Ley se habla de las construcciones de edificios, pisos o habitaciones nuevos, u ocupados por vez primera, a los que se asigna una renta libre: son notas acusadas la falta de ligamen contractual anterior y volumen

tariedad absoluta en el propietario, que pudo construir, o no, o amoldar la construcción a su decisión. Tiene también nota de voluntariedad, por el origen, aquellas obras de mejora, que contribuyan a la salubridad, higiene o comodidad —supuesto que excedan de las exigencias mínimas por que vela la Fiscalía de la Vivienda— y de las que se ocupa el primer párrafo del art. 3.^º del apartado *a*), pero ya no hay independencia en la voluntad agente, sino la cortapisa de un anterior vínculo arrendaticio, y por ello el precepto establece limitaciones, ya que supuesto un beneficio a los locales y viviendas, regula el aumento de renta a un 5 por 100 del costo de las obras. Aquí creemos que concluyen las hipótesis legales de voluntaria determinación de obrar en el propietario y pasa la ley a regular aquellas situaciones en que el dueño opera ante la presencia de situaciones ajenas a su libre determinación; y tenemos las obras de conservación y reparación ordinarias de origen contractual, aquellas del art. 1.554 del Código civil y del párrafo 2.^º del *a*) en el art. 3.^º de la ley, que responden al desgaste propio y natural que del uso se desprende y que no dan lugar a ventaja para el arrendador, por ser una consecuencia del contrato mismo y contingencia prevista al fijar la renta. Queda un cuarto grupo, el que nos interesa, el de las reconstrucciones, en el que, sin duda, tenemos que incluir las situaciones no definidas en supuestos anteriores, y que quepan dentro de un común denominador de reconstrucciones; así cabrán aquí, por ejemplo, las extraordinarias reparaciones que exijan las edificaciones como consecuencia de daños de guerra, las reedificaciones de lo destruido con el mismo motivo, que son las hipótesis de más frecuente presentación actual. Obtenemos, pues, varias notas, unas que nos alejan de las obras de conservación, otras que nos impiden estimar como incluibles en este especial apartado las construcciones nuevas—digámoslo así—y las obras de mejora. Saliendo del campo de lo literal precisaremos más, creemos que la causa de las reconstrucciones es anterior a la voluntad del arrendador, y que responde a la existencia de vínculos contractuales que le impelen a prestar el objeto del contrato en condiciones pactadas. Estas obras de reconstrucción necesitan hacerse, por motivos físicos y jurídicos, y pueden oscilar, como apuntamos, entre la reparación extraordinaria, o la casi reedificación, que en términos técnicos quizás supongan más que la reconstrucción en su acepción estricta gramatical. Es nota de este grupo que, a diferencia de las voluntarias mejoras, no exige el precepto legal una inmediata utilidad para locales o viviendas, y es natural que así sea, pues en este supuesto las obras necesarias generales, consolidación de un muro, un revoco pesarían sólo sobre el propietario. La ley, al buscar una justicia distributiva, la halla en el supuesto de invertirse en la reconstrucción menos el 50 por 100 a que alude, asegurando una renta a lo invertido, y caso de un coste excedente de ese 50 por 100 con el beneficio de una renta libre, estimando, así en todo caso, el esfuerzo privado, llamado a resolver profundas crisis de viviendas.

CONSIDERANDO que estas observaciones modestas y sin ánimo alguno de dogmatizar, sino con el de hallar un criterio jurídico, aplicadas al caso debatido, vemos que encauzan multitud de aspectos dispersos que en el juicio se presentaban; si las obras fueron necesarias, si el inmueble estuvo más o menos afectado por daños de guerra, si afectaban a la generalidad de la casa, o sólo tendían a un ornato de determinadas porciones del inmueble, si hubo construcciones nuevas, y todo aquello, que un tanto inadecuadamente tendió a definir conceptos y no hechos concretos

y tangibles. Atendida la nota de voluntariedad es obvio que gran parte de las obras por el señor B. B., realizadas, merece tal calificativo, y al no venir impuestas las obras por una necesidad, sino por un deseo de mayor comodidad, no hallamos las circunstancias precisas para calificar lo aludido de reconstrucción, sino de pura y simple mejora. Hay otra parte de las realizaciones, impuesta por exigencia de la realidad misma, no con origen de una voluntad del arrendador, que al exceder de conservación, será propiamente reconstrucción y otro grupo, voluntario en su origen, desligado de vínculo contractual y que por ser de nueva edificación debe encajarse en el concepto de construcción, cual es lo construido en el ático. La divisibilidad de situaciones creemos que es perfectamente jurídica, por venir predeterminada por realidades y exigir, cada una, soluciones jurídicas diferenciadas. En el caso de autos la dificultad estriba en precisar qué obras y qué costo deban asignarse a cada concepto, para así poder determinar si lo propiamente invertido en reconstrucciones sobrepasa, o no alcanza el 50 por 100 del valor de la casa—antes de las obras y descontando el solar—. Si atendemos al criterio de interés general de la obra, aun olvidando el importantísimo de necesidad, hallamos justificada la inversión 322.907 pesetas que no alcanza a la mitad del valor de la casa, recién aludido, y que se remonta a 876.000 pesetas. Por la nota de interés peculiar, apartaremos 133.208 empleadas justificadamente en interés del arrendador. Restan 666.728 pesetas que habrían de repartirse entre reconstrucciones—menores—mejoras—un máximo—y construcciones, sin datos para realizar la adscripción a cada grupo ni el ámbito de éstos. Por ello, ante esta falta de la parte demandante, en cuanto al levantamiento de la carga probatoria, a ella imputable, se impone la absolución aun cuando ciertamente queden relaciones económicas entre arrendador y arrendatarios, ya que éstas, según el principio del artículo 3.^º de la Ley se entregan a la primordial y libre regulación de los interesados sin necesidad de intervención judicial.

CONSIDERANDO que el Juez inferior deriva de la tolerancia de los arrendatarios consecuencias que no nos parecen ajustadas a derecho, ni menos aun bastantes a sentar la presunción de conformidad con la obra y sus posibles derivaciones económicas en cuanto a ellos. El arrendatario por la especial relación contractual a que se sujeta, puede exigir del propietario el uso de la cosa arrendada, pero no esgrimir frente a éste acciones que a otra tiendan: el arrendatario, según el art. 1.558 del Código civil, no suplido por otro precepto, derogatorio o modificador, tiene obligación de tolerar obras, aún las molestas, y los solos derechos que se le otorgan son el de rebajar la merced o el de dar por rescindido el contrato—derecho un tanto inadecuado a al actualidad—, pero no acoger, finalmente, argumentos de otra índole, no por reputar unas realizaciones del arrendador como mejora en vez de reconstrucción, ni se quebranta la justicia ni se obstaculiza la finalidad social de cooperar a la resolución de los problemas de la vivienda, puesto que una obtención del 5 por 100 para un capital invertido, dada la tónica actual, de la rentabilidad, es una colocación de capitales lucrativa, y el inquilino retribuye sus mayores ventajas con una aportación equitativa.

CONSIDERANDO que no se de estimar temeridad ni mala fe a los efectos de imposición de costas y que las pruebas pedidas para mejor proveer no resultarian decisivas a los fines de fallo, por lo que se ha prescindido de ellas.

Vistos los preceptos legales y demás de pertinencia al caso.

Fallo: Que, revocando la sentencia dictada por el Sr. Juez Municipal número 20, de fecha 29 de noviembre último, dobo absolver y absuelvo a D
D y D. de la demanda contra los mismos interpuesta por D., sin hacer especial condena en costas en ninguna de ambas instancias...

IV. NOTAS CRÍTICAS

¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?

(Apostillas a un artículo) ¹

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. *Objeto de esta glosa. La teoría de D'Ors.*—II. *Antecedentes de esta teoría.*—III. *El significado de la ciencia jurídica.*—IV. *La ley y la costumbre.*—V. *El testimonio del Derecho romano clásico.*—VI. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo.*—VII. *La naturaleza del Derecho foral.*—VIII. *Conclusión.*

I. Objeto de esta glosa. La teoría de D'Ors

La doctrina jurídica es externamente conservadora, con tanto apego a las fórmulas tradicionales que sus obras, vistas a la ligera, apenas se diferencian en detalle y las más hondas discrepancias se disimulan en lo posible por un sentido peculiar de "elegantia juris"; aspecto monótono que sólo rompe, de vez en cuando, alguna nota original o estridente. Una teoría iconoclasta el subjetivismo de una actitud o unos nuevos modos de exposición pueden encrespar con aires de tempestad su serena superficie; en ocasiones, con agitación externa que apenas deja recuerdo, pero casi siempre con ciertos resultados beneficiosos, pues se ha removido la doctrina y se ha obligado a meditar sobre problemas que por conocidos y resueltos se trataban de paso y de prisa.

Al trabajo de D'ORS, ocasión de estas notas, debemos gratitud—entre otras razones—por llamar la atención sobre cuestiones un tanto descuidadas de puro sabidas. Ha de admirarse su viveza de tono, su ardor teórico, el dramatismo de la expresión y hasta la vis satírica con que flagela la opinión adversa; mas el interés central de esta incursión del ilustre romanista por campos ajenos a su especialidad, radica en que declara falsas y merecedoras del estigma de lo anticientífico a una serie de afirmaciones tenidas hasta ahora, como indudables por la generalidad de la doctrina.

1. De la "prudentia iuris" a la "jurisprudencia del Tribunal Supremo", por ALVARO D'ORS, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Santiago. *Información Jurídica*, 1947, núm. 55, págs. 63-82.

Mi grande y conocida estima por la obra de D'Ors, su justificada autoridad en la doctrina, hacen—precisamente—más necesario señalar las razones por las que estimo que no es de seguir la dirección que nos marca en el estudio aquí comentado.

Su tesis básica es la del valor de la ciencia como fuente normativa y primaria del Derecho, que aplica después en especial al valor de la jurisprudencia y a la naturaleza del Derecho foral. El jurista—nos dice—debe elevarse a “categorías universales” (pág. 64); en esa altura lograr “el descubrimiento de la verdad jurídica” (pág. 65) para “descender sobre la realidad presente” (pág. 69). Con tal método llega a las siguientes conclusiones básicas:

1. “El Estado por sí es incapaz de crear el Derecho, porque el Estado no tiene sabiduría, no puede tener *prudentia iuris*” (pág. 75); esta es la doctrina “de los verdaderos científicos del Derecho” (pág. 76), de los “genuinos sabios del Derecho” (pág. 75), creadores de “la ciencia libre del Derecho”, que es “una fuente imperecedera la fuente genuina del Derecho, no siendo las otras más que formas de expresar aquélla” (pág. 77); que “se nos demuestra la fuente viva, como la fuente auténtica y decisiva del Derecho”, ya “que las normas son formuladas por los *prudentes*, que la doctrina es la fuente de donde mana sin interrupción el verdadero *ius* y que el Estado, a través de sus órganos, no hace más que administrar ese caudal” (pág. 70).

2. La concepción de la primacía de la ley se deriva del “absolutismo político”, que pretende que “funcionarios medio especializados” y “practicones” desplacen a la “aristocracia teorizante” (pág. 70); el Estado tiene sólo un poder reglamentario administrativo, y sea cualquiera el abuso que haga de su poder, a la larga se restablecerá la debida sumisión del reconocimiento estatal a los resultados de la ciencia del Derecho, la sumisión de lo reglamentario a la eterna Jurisprudencia” (pág. 75); por lo que la idea de proyectar un nuevo Código debe ser apartada de la mente “como el más perverso de los pensamientos” (pág. 76).

3. La costumbre tampoco es “propriamente una fuente del Derecho, sino más bien una simple memoria, una tradición popularizada, de ciencia jurídica” (página 80).

Como justificación de estas afirmaciones, aparte de la señalada elevación a “categorías universales”, se aporta el ejemplo de “la Roma de la época clásica, época de esplendor para la historia universal del Derecho” (pág. 86), según una muy personal visión de la organización jurídica romana (págs. 66-69)².

II. Antecedentes de esta teoría

La idea de que la estructura del Estado y la creación de las normas jurídicas debe ser cometido del sabio, del científico o del filósofo, no es nueva; es una noble aspiración utópica que ha tenido brotes en los más distintos tiempos, aunque con diversas formulaciones. El más ilustre y más antiguo de sus mantenedores ha sido Platón, que elevándose al “cielo de las ideas” dedujo que leyes y gobierno de la ciudad debían ser dictados de los verdaderos filósofos³.

En la doctrina jurídica católica no parece haber habido ningún representante

2. Todavia añade: “El que las potencias de la normatividad jurídica, en este estadio del Derecho clásico, coincidan claramente con las potencias del alma, no hace más que afirmarnos en el desarrollo de nuestras ideas” (pág. 67). No se sabe qué valor se da a esta “coincidencia” (¿hermético, simbólico, analógico?), por ello hay que limitarse a señalarla.

3. En “*El Político*” sostiene que el Gobierno científico (técnico) debe ser de uno solo —a lo más de muy pocos—, pues la ciencia de gobernar es la más difícil; su poder sería

de esta dirección; probablemente por el dominio de la concepción tomista acerca de la ciencia y de la organización de la comunidad⁴.

El desconocimiento de la subordinación del Derecho respecto a la Ley Eterna, base, en cambio, de la escuela ius-naturalista protestante, hizo que ésta, por el contrario, creyese que la ciencia tenía un valor sustantivo para el Derecho⁵. Pero, sobre todo la vieja idea del Derecho romano, como expresión de la razón natural y la renovada admiración por la obra de sus juristas, será la que influya en los tiempos modernos⁶.

SAVIGNY señala como fuente primaria del Derecho al espíritu del pueblo y la armoniza con la importancia que atribuye a la clase especial de los jurisconsultos, diciendo que éstos representan al pueblo del que forman parte; los principios fundamentales del Derecho están siempre en la conciencia del pueblo; su determinación y su aplicación es obra de los jurisconsultos. Estos ejercen sobre el Derecho una doble acción: una, creadora y directa, cuando concentrada en ellos toda la actividad intelectual del pueblo, desenvuelven el Derecho como representantes de su pueblo; otra, puramente científica, al tomar el Derecho, cualquiera que sea su origen para reconstruirlo y traducirlo en forma lógica⁷. Distingue entre la situación de la ciencia jurídica en Roma, en que la clase de los jurisconsultos llegó a ser única representante del Derecho del pueblo⁸; la de la Edad Media, en que la adopción del Derecho romano dió al Derecho un carácter científico⁹; la del momento en que vive, para la que admite la existencia de un Derecho consuetudinario científicamente establecido¹⁰. Las reservas y matices con que SAVIGNY expone su teoría no la hacen más admisible, y por ello será rechazada de modo general por la doctrina posterior¹¹.

Modernamente, la idealización de la obra de los "prudentes" (considerada equivalente a "ius civile"), que cultivan algunos romanistas, produce el resultado de creer que éste "consta de pocos principios elementales, recogidos de la misma realidad de las cosas, y por eso de una verdad absoluta e intuitiva"¹², cuyo fun-

ilimitado, sin otra ley que la ley de la ciencia (*τέχνη τέχνην νόμον*); en "La República" confia el Poder a los filósofos o, mejor dicho, a los verdaderos filósofos; en "Las Leyes" — quizás después de su desgraciada experiencia en Siracusa, propone la organización democrática de los nomophilakes.

4. Se aparta radicalmente de las ideas platónicas, poniendo las aristotélicas al servicio de la concepción cristiana.

5. Especialmente en *Jurisprudentia civili in formam demonstrativam redigenda*, de WOLF, publicada en *Horae subsesivae Marburgenses*, 1731, págs. 84 sig.

6. Leibniz verá en la Jurisprudencia un contar con conceptos, e insiste en que no vió nada, "por la agudeza de la razón, por su nervio en el decir", que más se acerque a la Geometría y merezca el aplauso de los matemáticos; citas de RICCOMONIO, *Jurisprudentia*, N. D. it. 7 (1938), pág. 499.

7. *Sistema del Derecho romano*, I n., 14 trad. española, I, pág. 47.

8. Id. n. 19, pág. 70.

9. Id. id., pág. 72.

10. Id. n. 20, pág. 75. Su doctrina fué seguida por PUCHTA, *Pandekten*, I, n. 16; THÖL, *Einleitung*, n. 55.

11. BESELER, *Volkrecht und Juristenrecht*, p. 71, que señala el carácter anormal de la actuación de los juristas como fuente del Derecho (espejo fiel del espíritu del pueblo); WINDSCHEID, *Pandekten*, I, n. 16 N. 8, p. 45; GIERKE, *Deutsches Privatrecht* (ed. 1895), I, n. 21, p. 181; EHRLICH—citando a WINDSCHEID—dice que "hay en ello una confusión entre la comadrona y la parida". *Die juristische Logik*, 1925, p. 113.

12. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, 1933, pág. 27.

damento y origen es "la *natura* y la *ratio*, o sea la realidad de las cosas y la lógica humana"¹³, "que da siempre el verdadero, el único sistema jurídico, como complejo de principios: perfecto en su lógica, impecable, orgánico en su evolución, geométrico en sus conceptos"¹⁴, y que es el que "ha creado las categorías jurídicas fundamentales"¹⁵.

De este modo, el neo-romanticismo romanista en torno al Derecho clásico, unido al eco de las ideas de la tecnocracia, pudiera ser quizás la raíz de estos nuevos retoños de la teoría de la ciencia como fuente del Derecho, que ahora nos ocupan.

III. El significado de la ciencia jurídica

La cuestión básica planteada es: La ciencia libre del Derecho—única que es ciencia—, ¿puede ser la fuente formal primaria del Derecho?

Para contestarla se precisa recordar lo que es ciencia. Sin necesidad de entrar en disquisiciones filosóficas, puede admitirse a nuestro efecto que es el conocimiento sistemático, la búsqueda metódica y la exposición ordenada, la investigación y la comprobación de verdades con aspiración de certeza¹⁶. La ciencia, por tanto, no puede atribuirse científicamente el monopolio del conocimiento ni creerse sea el único camino del saber; ha de admitir otros modos de conocer, a veces más seguros que el suyo propio¹⁷.

La ciencia del Derecho, perteneciente a las ciencias morales y políticas (ámbito de la ciencia o de la razón práctica), no puede además pretender la exactitud propia de las ciencias naturales ni aspirar a una formulación geométrica o matemática, y menos cabe calificar a sus preceptos con el título de "categorías universales"¹⁸. Ha de contar con la esencial libertad de la persona, con la variabilidad de tipos de la comunidad política, con la existencia del Derecho Natural, que impone considerar la diversidad de las circunstancias, con esa tensión

13. Idem, pág. 28.

14. Idem, pág. 60.

15. Idem, pág. 68. Acepta este punto de partida INVREA, *Parte generale del Diritto*, 1934, págs. 201-202, pero considerando al *ius civile* como ejemplo de "normas no positivas". Como normas subsidiarias señala PACCHIONI a la "libre actividad científica de los juristas", *Elementi di Diritto internazionale privato*, pág. 125, repudiando la doctrina del monopolio del "Derecho legal", pág. 131, *I principi generali di diritto*. Arch. giur., 91, pág. 133. Como principios generales admiten al Derecho científico, MANRESA, *Comentario al art. 6 C. C.*, págs. 77-78; DE BIES, *Introducción al Derecho civil*, pág. 323.

16. "La unidad sistemática convierte al conocimiento vulgar en ciencia", dice KANT, llamando "arquitectónica a la doctrina de lo científico en nuestro conocimiento", *Kritik der reinen Vernunft*, 2.^a ed., pág. 860. (Reklam). "Registro permanente de premisas, deducciones y conclusiones, comprobadas a lo largo del tiempo por su correspondencia con hechos", WITEHEAD, cita de FRANKFURT, *The condition of Legal Research*, 1930, pág. 289. Para LEGAZ la triple función de la ciencia jurídica es "interpretar, construir y sistematizar", *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1943, pág. 49, en lo que coincide con RADBUTCH, *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1930, pág. 250. COSSÍO (Carlos) acepta la definición de JASPER—menos adecuada aún que la de WITEHEAD a las ciencias morales y políticas—, "conocimiento metódico cuyo contenido es de certeza constrictiva y de validez universal", *La teoría ecológica del Derecho*, pág. 270.

17. Como son, además de la fe, la evidencia y la intuición.

18. Por muy laxamente que se emplee este concepto, no se ve qué "categorías universales" pueda haber creado la vieja ciencia romana. Recuérdense las dificultades—y el poco éxito—de STAMMLER y BINDER para formular sus categorías jurídicas.

constante entre la realidad social y la aspiración hacia un Derecho más justo, que en definitiva condicionan todo Derecho positivo.

La "ratio" o "vis directiva" (su verdad o conveniencia) de una regla no le convierte, sin más, en norma con fuerza jurídica vinculante; la buena construcción científica de un precepto no le presta fuerza de obligar. La transformación del consejo o la opinión en norma precisa una nueva nota, la voluntad de ordenar ("vis imperativa"). Falta ésta en la obra científica; carece del "quiero y mando", pues no trata de imponer, sino de exponer los resultados de una investigación, que se saben provisionales y sometidos siempre a corrección¹⁹.

Carácter necesario en una fuente jurídica es la "potestas", la tenencia de un efectivo poder vinculante en la comunidad política; la fuerza de convicción, por grande que sea, no puede suplir la fuerza coactiva²⁰. No sólo carece la ciencia de soberanía, sino que la atribución de poder político es incompatible con su naturaleza. Es cierto que una casta de científicos puede llegar a ser fuente de Derecho; pero precisamente el llegar a tener este carácter les hace perder su significado típico de hombres de ciencia y les convierte en funcionarios, pues no se atiende ya a su saber, sino a su poder. No debe olvidarse que la ciencia tiene por único cometido y finalidad la búsqueda de lo verdadero y requiere la libertad del científico, y por ello estar libre de la potestad gubernamental y de la responsabilidad política.

La ciencia—según nuestro concepto—no pretende el monopolio del saber, no exige valor de dogma para sus resultados, no cree en su infalibilidad y le repugna el poder político. Por todo ello, parece contradecir a la misma naturaleza de la ciencia jurídica el atribuirle tal carácter de fuente primaria del Derecho²¹.

Cuestión que ha de plantearse necesariamente, también de modo previo, es la de averiguar cuál sea la materia propia de esa ciencia del Derecho. El autor señala lo que entiende excluido de ella, al decir que la cuestión de la "conveniencia o no de respetar los Derechos forales" es "no adecuada para un tratado de Derecho civil científicamente elaborado, sino para una polémica política o, en todo caso para un tratado de Derecho político" (pág. 79)²². Frase condenatoria que supone, parece, este doble postulado: 1.º Todo estudio sobre lo preferible de una solución jurídica, con arreglo al criterio del "bonum commune", le está vedado al civilista como anticientífico. Discurrir por ejemplo, sobre lo beneficioso o lo perjudicial de la unificación civil, del vigente régimen foral o de una completa atomización localista del Derecho; sobre el matrimonio civil forzoso y el divorcio vincular; respecto a la doctrina de la voluntad y la de la declaración en el negocio jurídico, etc. 2.º Se proscribe, también por no científico, todo contacto entre el Derecho civil y el Derecho político.

El primer axioma es de suponer que no serán muchos los civilistas que lo

19. Va implícita la cláusula usual con que termina el dictamen del abogado: "salvo mejor opinión". Lo indica SAVIGNY diciendo que la autoridad científica "no funda nunca nada de una manera invariable y definitiva, pues nuevas investigaciones más profundas pueden siempre modificar la ciencia, siendo tan legítimas las nuevas como las antiguas", idem, n. 19, pág. 74.

20. Comp. GIERKE, loc. cit. Además, la doctrina general respecto a la sanción en el Derecho. En especial, SANTO TOMÁS, *S. Th.*, I, 2^a, q. 90, a. 3, ad 2.

21. Sobre mi opinión respecto al significado de la ciencia jurídica: *Derecho civil de España*, págs. 425-429.

22. En censura a mi *Derecho civil de España*.

acepten, pues con razón se considera el estudio científico de las cuestiones de "lege ferenda" como la función más alta—aunque más difícil y arriesgada—de la profesión. El segundo encontrará más eco, pero tampoco parece aceptable. El Derecho, sea civil o político, es regulación de la comunidad con arreglo a una idea de la vida (política)²³; sería cómodo—quizás hasta utópicamente deseable—convertir al Derecho privado en un "ius arcanum", desconectado de la política y de la economía; pero es imposible cerrar los ojos al hecho del significado político de todo el quehacer jurídico²⁴, y, por tanto, a la necesidad de considerar científicamente este aspecto, tanto en la problemática jurídica como en la aplicación de las normas civiles²⁵.

Menos claro resulta el pensamiento del autor sobre cuál sea el contenido que estima propio de la ciencia. Es verdad que alude a la posible existencia de "un alma jurídica especial", a la "peculiaridad económica de distintos territorios" (página 82) y que requiere que la "investigación del jurista no se desarrolle en la soledad, sino al contacto de la patología vital de la sociedad" (pág. 65). Ello hace surgir una serie de dudas que el lector no tiene medios con qué resolver: ¿Cómo compaginar esas tales afirmaciones con la también predicada elevación a "categorías universales"? (pág. 64). ¿Esa "alma jurídica especial" cómo se armoniza con la primacía del Derecho científico y con la exclusión de la costumbre? ¿La estructura capitalista de la sociedad moderna de qué modo hay que conjugarla con la vaga dictadura jurídica de una "aristocracia teorizante"? (página 70).

En fin, podemos recordar, que en la República platónica Glaucon señalaba la dificultad práctica de averiguar, de entre los que se llaman filósofos, quiénes merecerían (como verdaderos filósofos) gobernar la ciudad, y Sócrates le contesta que los que aman ver la verdad²⁶, los que saben elevarse a la genuina forma o idea en que la verdad consiste. De la ciudad de Platón serían seguramente expulsados, con los pretas y los tocadores de cítara, todos los filósofos extraños a la Akademia. ¿Qué título—podemos a nuestra vez preguntarnos—confiere el derecho a considerarse miembro de la jurídica "aristocracia teorizante"? No parece que tal "carisma" lo conceda hoy el pertenecer a una casta, a una profesión o el éxito en unas oposiciones. A semejanza de Glaucon, habrá que pensar

23. En el sentido señalado en *Derecho civil de España*, pág. 12, n. 1, 28 y 355. Toda pregunta y toda respuesta sobre lo justo o lo conveniente de un precepto es política.

24. El autor discurre ampliamente sobre "agere" y "facere", considerando a la ciencia del Derecho como "prudentia iuris", obra del "prudente del Derecho" (pág. 64). Esta afirmación no se concilia con el extrañamiento de la consideración política del Derecho. Se ha dicho, con razón, que la prudencia "que se extiende al bien común para salvaguardarlo y preservarle de todo mal es la prudencia política", PALACIOS (L. E.), *La prudencia política*, 1945, pág. 30, también págs. 34 y 150. Pensamiento que ya expuso claramente SÁEZ en el prólogo a su *Tractatus de Legibus*. Sobre la diferencia entre ciencia, prudencia, razón especulativa y razón práctica, SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 2^a, 2.^æ, q. 47, a. 6; sobre la relación entre "legalis justitia" y "prudentia politica", id. a. 10; define ésta como la que "ordinatur ad bonum commune civitatis, vel regni" id. id. a. 11.

25. Se ha dicho, con exactitud, que "El Derecho (privado) no es un fin en sí mismo. Es una parte en el sistema de gobierno de la nación en la que funciona y debe justificarse el mismo por su habilidad para servir los fines de gobierno, esto es, para ayudar a promover la existencia ordenada de la nación y la buena vida del pueblo", LORD WRIGHT, cita de FRIEDMANN, *Legal Theory*, 1947, pág. 275, n. 82.

26. Τοις ταχέis πλούτους.

que el hecho de ser extraño a la escuela definidora puede acarrear el triple estigma de anticientífico, medio-especialista y legalista.

IV. La ley y la costumbre

La primacía de la ciencia como fuente jurídica lleva consigo el negar que tengan carácter de verdaderas fuentes del Derecho la ley y la costumbre.

A la ley se la excluye basándose en que el Estado tiene sólo una función reglamentaria y administrativa, y además como se recordará, se condena el "legalismo" como unido al "absolutismo político". Frente a estas afirmaciones dogmáticas conviene recordar las razones por las que la doctrina reconoce el valor primario de la ley, no recogidas ni refutadas por D'ORS y que parecen tan válidas hoy como antes. Las fundamentales son éstas:

- 1.^a La libertad natural del pueblo hace que sea la ley, en cuanto emanada directamente de la comunidad o de sus representantes, la fuente primaria del Derecho positivo²⁷.
- 2.^a Entre los intereses diversos, antagónicos, de clases, castas y grupos, la ley representa una instancia superior armonizadora, que atiende primordialmente al bien común²⁸ y procura la ordenación más adecuada a las circunstancias²⁹.
- 3.^a El Estado ha conseguido el monopolio de la coacción y por ello puede dar a sus preceptos la necesaria fuerza vinculante³⁰.

La costumbre, por su parte, es considerada también como manifestación imperfecta del pensar de los científicos como "memoria" de la ciencia jurídica. Esta concepción choca con estos dos obstáculos, que no parecen táctiles de salvar:

1.^a Precisaría suponer la existencia de una Edad de Oro de la ciencia jurídica, en todos los casos en que se conocen costumbres (de los salvajes, de los germanos, etc.), y respecto de los que no queda ni atisbos de que hubiese una anterior "aristocracia teorizante".

2.^a Con la realidad social de que las costumbres, cuyo origen se conoce, son manifestación del poder social de una clase (costumbres feudales, comerciales, campesinas, etc.), que no es precisamente la de los juristas.

V. El testimonio del Derecho romano clásico

El argumento de oro de nuestro autor es el valor ejemplar del Derecho romano clásico. Es hora ya de aclarar un viejo equívoco. Estimar ese Derecho como paradigma de la ciencia actual es una petición de principio inadmisible. Frente a ella pueden sentarse previamente estas afirmaciones:

27. "Condere legem vel pertinet ad totam multitudinem vel pertinet ad personam publicam, quae totius multitudinis curam habet; quia et in omnibus aliis ordinare in finem ejus, cuius propius ille finis", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 90, a. 4; q. 95, a. 4.

28. "Finis autem legis est bonum commune", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 96, a. 1; q. 90, a. 2.

29. "Leges humanae non possunt illam infallibilitatem habere, quam habent conclusiones demonstrativaes scientiarum", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 91, a. 3 ad 3 y 97, a. 2.

30. "Persona privata non potest inducere efficaciter ad virtutem: potest enim solum monere: sed si sua monitio non recipiat, non habet vim coactivam, quam debet habere lex", SANTO TOMÁS, *S. Th.*, 1, 2, q. 90, a. 3 ad 2.

1. El Derecho romano clásico interesa a la historia del Derecho y sólo como parte de ella es útil al jurista actual. El Derecho mode:no se deriva del justiniano, a través de la recepción medioeval, y carece de conexión directa con el clásico.

2. El Derecho romano clásico es reflejo de una situación social y cultural distinta, y muchas veces contradictoria, de la concepción cristiana, que es la que aspira a realizar el Derecho mode:no.

3. El Derecho de los pueblos modernos adquirió su propia personalidad al independizarse del Derecho justiniano y con ello de todo el Derecho romano³¹.

La jerarquía que tuviesen las fuentes jurídicas en el Derecho romano no puede, por tanto, decidir nada respecto al valor que pueda tener para el Derecho actual la ciencia como fuente jurídica. Si fuera, sin embargo la que piensa el autor, valdría ya como prueba de que un Derecho positivo tuvo tal sistema, de que no es una utopía y de que habría sido viable alguna vez en la práctica. Por ello se impone recoger la tesis romanista del autor.

La imagen que nos da del Derecho clásico romano es la siguiente: "Después de todo, no hay en la Roma clásica más que dos fuentes primordiales: el saber jurídico, la Jurisprudencia, que es fuente del *ius civile*, y el querer jurídico o Edicto, que es fuente del *ius honorarium*" (pág. 67); pero, en realidad, sólo una de estas fuentes acaba por merecer el nombre de tal la de los *prud'nes* o "verdaderos científicos", pues el Edicto expresa el poder reglamentario del pretor, que queda reducido a mero "portavoz de una opinión científica" (págs. 68-69), con lo que queda "el querer subordinado al saber" (pág. 67). Con este criterio unificador, sólo la ciencia jurídica conserva el carácter de verdadera fuente jurídica y se dejan sin valor de tal: las leyes y los plebiscitos (degradados a costumbres), las constituciones imperiales y los senatus consultus (convertidos en actos administrativos o reglamentarios) (pág. 66) y la costumbre (reducida a refranero, memoria o rutina) (pág. 67).

Esta construcción teórica, por su unidad, puede resultar seductora; pero como el autor no revela las razones en que la apoya, parece difícil—mientras no lo haga—el seguirle. Entretanto, habrá que atenerse a la que hasta ahora es la doctrina general.

La primacía de la ley en la organización jurídica romana no puede descenderse. Es verdad que las leyes conservadas o conocidas son relativamente escasas aunque los romanos se refieran con especial énfasis a su crecido número³².

31. Vieja querella entre algunos romanistas y civilistas es la cuestión metódica. Hay romanista que achaca a los civilistas el defecto de las construcciones abstractas, un legalismo servil y utilizar los textos romanos sin sentido crítico. Los civilistas piensan que el abuso de las construcciones dogmáticas procede de los pandectistas alemanes, que los modernos romanistas justifican la teoría más arbitraria con el juego de eliminar el texto molesto (interpolación, glosema) y añadir las palabras convenientes (supresión hipotética), y que no comprenden el especial valor que para el civilista tiene el Derecho romano. Estas reprimendas nada producen—excepto descrédito para la ciencia jurídica—y no habría ocasión para ellas si se tuviese presente lo diferente de fines y métodos de trabajo; el romanista es un historiador, el civilista es un colaborador en la obra legislativa, al que el Derecho romano interesa sólo para explicarse mejor el sentido de la norma vigente. Lo que ha sido indicado ya por el romanista BIONDI, loc. cit. págs. 12 y 13.

32. "Innumerabilis leges" (Cicerón), "inmensus cumulus" (Tito Livio), "inmensa copia" (Suetonio), "multitud infinita" (Tácito), citas de SCHULZ, *Principien des römischen Recht*, 1934, pág. 6, n. 11.

Mas lo cierto es que en los momentos cruciales de su historia y respecto a las cuestiones más arduas o graves se acude a la ley³³; que el sentir popular y los textos de los jurisconsultos (la ciencia romana) coinciden en estimar a la ley como la primera y la más importante de las fuentes del Derecho. Bastan a convencernos estos hechos: el Derecho se basa en la voluntad del pueblo³⁴; la más venerada y primera de sus normas se considera una ley³⁵; al hacerse la enumeración de las distintas fuentes se comienza siempre por la ley³⁶; los juristas—al tratar de la eficacia de las normas, de sus tipos e interpretación—se referían siempre a la ley³⁷; en fin, cuando tratan de otras fuentes legales, de la costumbre³⁸, del "ius honorarium"³⁹ y de las constituciones imperiales⁴⁰, se justifica o se explica su eficacia jurídica refiriéndola a la de la ley⁴¹.

Tampoco parece posible reducir al pretor a ser un mero portavoz de los "prudentes". El viejo "ius civilis" de los "prudentes" es tan distinto del "ius honorarium" que se ha pensado que hasta constituye un sistema jurídico distinto, heterogéneo y sin nada de común con él⁴²; naciendo precisamente el Derecho pretorio de la crisis de la "interpretatio" de su agotamiento y de su impotencia respecto a las nuevas realidades sociales⁴³. Sea de ello lo que se quiera, lo que parece cierto es que el Derecho honorario surge con propia fuerza vinculante que no sólo no se deriva de la "interpretatio", sino que viene a corregir al viejo "ius civilis"⁴⁴, rompiendo las antiguas instituciones e introduciendo una serie de figuras jurídicas contradictorias con su espíritu⁴⁵.

La admiración por los "prudentes" ha sido constante y universal; pero los datos conocidos no permiten considerarlos como una "aristocracia teorizante", formuladora de "categorías universales" del Derecho. En el Derecho primitivo los jurisconsultos eran aristócratas, pero no científicos; eran celosos guardadores de reglas y fórmulas en provecho de una casta avariciosa y dura, plena de prácticas supersticiosas y de ceremonias mágicas⁴⁶. En la época de su máximo esplendor, la postura de los juristas—se ha dicho en su elogio—no es la de teorizantes. Gran valor se ha dado a la lógica de los prudentes⁴⁷; pero mucho más

33. SCHULZ, loc. cit. pág. 6; BIONDI, loc. cit. pág. 58.

34. "Sacrosantum esse nihil potest, nisi quod populus plebesve sanxisset". CICERÓN, *Pro Balbo*, 14, 15 (33, 35); MARCIANO, D., 1, 3, 2.

35. Las XII Tablas: "fons omnis publici privatique iuris". TITO LIVIO, 3, 34.

36. GAYO, 1, 2; PAPINIANO, D., 1, 1, 7 pr.; *Auctor ad Herennium*, 2, 13, 19; CICERÓN, *Topica*, 5, 28; *De oratore*, 1, 47, 212.

37. D., 1, 3, que habría que citar en la mayor parte de sus fragmentos; también ULPIANO, 1, 2.

38. D., 1, 3, 32.

39. GAYO, 3, 32; citas de Cicerón en BIONDI, loc. cit., pág. 36, n. 1.

40. GAYO, 1, 5.

41. Tampoco parece justificada la negación total de fuerza legislativa a los senatus consultus y a las constituciones.

42. BIONDI, loc. cit., pág. 40.

43. BIONDI, id., pág. 49; "el uno es la *ratio*, el otro la oportunidad", pág. 40; "lógica rigurosa y acto de imposición", pág. 49.

44. "Corrigendi iuris civilis gratia". D., 1, 1, 7 pr. Era un modo práctico de legislación experimental, dice BUCKLAND, *Roman Law and Common Law*, 1936, pág. 3.

45. P. ej.: "restitutio in integrum", testamento militar, deuda alimenticia, fideicomiso, "pollicitatio", posesión de la herencia, preferencia de la voluntad sobre la letra.

46. Vide CICERÓN, *Pro Murena*, 11 y 12 (25-27).

47. BIONDI, para mantener incólume su sistema, utiliza este procedimiento infalible: "un principio o una decisión que no se deduce lógicamente de un precepto del ius civilis

que ella resalta en sus escritos su fidelidad de escuela, su conservadurismo y la importancia que dan a las citas de autoridad⁴⁴. Conforme a las referencias conocidas y a su obra misma, se nos representan como hábiles "practicones"⁴⁵, como "legalistas", respetuosos en extremo con la letra de las fórmulas⁴⁶, con el Edicto y con las constituciones⁴⁷; hasta podríamos encontrarle una mayor semejanza con el "funcionario medio especializado" que con un "teorizante", desde que reciben el "ius respondendi", ya que el poder vinculante de sus "responsa" no surge de su ciencia, sino "ex auctoritate principis"⁴⁸.

Sobre estas cuestiones hay que atenerse a los resultados de la ciencia románista; pero sean las que fueren, podemos concluir que el saber jurídico de los juristas de una sociedad pagana, superficialmente humanizada por el estoicismo, no puede tener valor "categórico" para la sociedad ni para la ciencia jurídica moderna⁴⁹.

VII. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La aplicación lógica de la teoría de D'ORS a la jurisprudencia, parece que sería la de estimarla manifestación refleja e imperfecta de la ciencia, sin más valor jurídico vinculante que el que la misma ciencia que contuviese le prestara. No sin extrañeza, se observa que la teoría sufre aquí una importante desviación. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se califica de "regato canalizado" (página 72) y obra de "funcionarios medio especialistas" (pág. 75), se añade que "pese al legalismo" (pág. 73) "tiene, de hecho, vigencia positiva" (pág. 71) y que es "la fuente decisiva del Derecho, ya que nada valen todos los Códigos si aquel Tribunal no quiere observar sus preceptos. El valor de la ley no pasa, en este sentido, del de un solemne consejo que se da a los jueces, pero que la voluntad del Tribunal Supremo puede rectificar impunemente" (pág. 74)⁵⁰.

se deberá ciertamente descartar del ámbito del *ius civile*, porque éste es un sistema lógico y orgánico y, por tanto, ninguna discordancia e ilogicidad es admisible", loc. cit. pág. 69; o sea, la petición de principio elevada a sistema. BUCKLAND, por el contrario, hace resaltar la falta de lógica y el carácter práctico e ingenioso de la "interpretatio", *A text-book of Roman Law*, 1932, pág. 2.

48. No sólo es visible en los textos conservados, sino que los mismos romanos señalan la superioridad que los jurisconsultos daban a la autoridad sobre la misma razón, y el uso y abuso de las citas originó bromas ridiculizándolas. Citas en SCHULZ, loc. cit., págs. 125-126.

49. El mero jurisconsulto es descrito por CICERÓN: "legulejus quidam cautum et acutus, praeceo actionum, cantor formularum, auceps syllabarum", *De oratore*, I, 55, 236.

50. Dice CICERÓN: "in singulis litteris atque interpunktionibus verborum occupatae", *Pro Murena*, II, 25.

Recuérdese la separación entre "ius civile" y "ius naturale" y "ius gentium", GAYO, I, 1; 3, 93; D., I, 1, 3 y 4.

51. "El jurista se limita a reproducir el texto del edicto y de la fórmula, haciendo seguir después el comentario de cada frase y de cada palabra. En estos comentarios *ad edictum* falta completamente todo intento de elaboración, de desarrollo y sistematización orgánica..." BIONDI, pág. 41.

52. D., I, 2, 2, 49; "quibus permissum est", GAYO, I, 7.

53. Recuérdense las figuras jurídicas desconocidas o repudiadas por el Derecho romano clásico y aceptadas por la ciencia moderna: representación, contrato a favor de tercero, transmisión de derechos y obligaciones, anulabilidad, personas jurídicas, estructura del negocio jurídico, la patria potestad como deber, etc.

54. En desobediencia, naturalmente, a lo dispuesto en el art. 6 C. c.; y ello incluso conforme a la personal interpretación que le da el autor: "En realidad—dice—, lo que en este precepto se dispone es el acatamiento a la Ley; en caso de faltar ésta, a lo que parez-

El idealismo "categorial" del autor ha degenerado aquí en un pragmatismo sociológico, al estilo de los secuaces de HOLMES. ¿Cómo armonizar tan dispares puntos de vista? Si fuesen ciertas las últimas frases citadas, el Tribunal Supremo sería soberano, y no se ve entonces cómo podría someterse a la "opinión cierta de un prudente" (pág. 74)⁵⁶. No se pueden afirmar los dos extremos de un dilema; si la ciencia es la fuente primaria del Derecho, una actuación arbitraria e ilegal de los jueces no es apta para convertir el arbitrio en ciencia; si, por el contrario, se piensa que las reglas—de la ley o de la ciencia jurídica—son mero consejo y que el Derecho es obra de los jueces la fuente primaria del Derecho será la judicatura y no la ciencia del Derecho.

Aparte de esto, al aceptar sus premisas, se incurre en los mismos errores del positivismo jurídico americano. Recordaremos, al efecto, las siguientes consideraciones:

1. Que los jueces⁵⁸ forman parte de la organización estatal y que su mayor o menor subordinación al poder legislativo depende del tipo de Constitución política.
2. Que el juez que desobedece a la ley incurre en sanciones penales, civiles y administrativas⁵⁷.
3. Que una resistencia del poder judicial desobedeciendo al legislador, infringiendo el mandato de la Constitución sobre la división de poderes, sería un acto revolucionario que si tuviese éxito significaría un cambio constitucional.
4. Que la aparente dependencia de la eficacia de la ley respecto a la conducta de los jueces es la misma que se podría ver en la sentencia respecto de los alguaciles, la policía y el verdugo.

Si se lleva a su conclusión lógica esta teoría, la única fuente de Derecho sería la fuerza del que ejecuta, "manu militari", el poder material, y no el saber ni el deber⁵⁸.

ca en mayor consonancia con el medio ambiente, y, en último término, a la conciencia natural del juez" (pág. 63). Resultaría ocioso, después de lo dicho, señalar las razones por qué no puede aceptarse esta interpretación.

55. D'ORS se apoya en la autoridad de SUÁREZ (pág. 73) para demostrar la subordinación de la jurisprudencia a la ciencia; es cierto que SUÁREZ, con su certa agudeza, señala que la jurisprudencia no llega a tener consideración legal, sino la de un autor de consideración o la de varios autores (cita de *Derecho civil de España*, pág. 418, n.º 3), pero debe advertirse que para SUÁREZ, como para todos los autores de la escuela española, la ciencia jurídica carece de valor vinculante, e incluso cuando es concorde supone sólo una presunción de verdad. La doctrina del ius-naturalismo católico, siguiendo a SANTO TOMÁS, estima que la Ley obliga en conciencia, incurriendo en pecado mortal el que la desobedece en materia grave, y, por ello, había de rechazar una teoría que, como la del autor, llevaría al principio de: "prudentes (sapientes) aut indices a legibus solutos".

56. Es lógicamente inexplicable el monopolio que se pretende tiene el Tribunal Supremo. En los casos en que no se entabla el recurso o en que generalmente no se pueda entablar, la norma no puede crearla el Tribunal Supremo, y habría que entender que la crearía el de instancia.

57. Se juega en esta ocasión con un equívoco. Cuando el Tribunal Supremo juzga utilizando una ley poco clara o llenando una laguna legal, su función puede llamarse creadora, por ser colaboradora. Aquí la pregunta es otra: ¿Puede el Tribunal Supremo, como tal, juzgar decididamente contra el mandato claro, expreso y terminante del legislador? La contestación nos parece indudable. El Tribunal que tuviese tal conducta perdía, por ello, su condición de Tribunal y adquiriría la de delincuente.

58. Quedan de hecho, planteadas las dos cuestiones básicas en la problemática del Derecho: ¿qué obliga al poder soberano?, ¿qué obliga al ejecutor del mandato jurídico?;

VIII. La naturaleza del Derecho foral

Otra aplicación práctica de su teoría hace D'ORS respecto a la naturaleza de los derechos forales. No es éste el lugar oportuno para tratar con el debido espacio la "vexata quaestio" de los Derechos forales⁶⁰; sólo se aludirá en cuanto directamente afecte al examen crítico de dicha teoría.

En base a lo que "todo el mundo sabe", se nos define el privilegio como "normas graciamente introducidas para un particular", y el "ius singulare" como "el Derecho excepcional también, pero que fué introducido por alguna razón fundada" (pág. 78). Sobre este único fundamento se concluye que "el Derecho foral podrá ser un privilegio o un Derecho singular, pero no las dos cosas a la vez" (pág. 79)⁶¹.

El primer concepto se basa en el número de los agraciados (o perseguidos)⁶², y el segundo en el porqué de las normas⁶³. Así concebidos, y considerados sólo desde el punto de vista racional, el dilema no existe, ya que una misma norma puede reunir ambas notas⁶⁴; pero lo que aquí importa señalar es que la Historia nos enseña que ni esos conceptos ni esa contradicción tuvieron realidad jurídica⁶⁵.

En los textos romanos hay diversos lugares en los que la expresión "privilegium" se emplea para situaciones que son también de "ius singulare", como las causas de excusa para la tutela y las preferencias concedidas a la mujer, al acreedor refaccionario, al pupilo y al furioso respecto a otros acreedores⁶⁶; por lo que se ha dicho que "otra característica de los escritos de los juristas en

que sólo pueden resolverse, creemos, considerando la doble base de la norma de Derecho positivo, su validez extrapositiva y su eficacia social".

59. Espero poder hacerlo, con el debido detenimiento, en otra ocasión; con tanto más motivo, cuando es de temer que mi inhabilidad de expresión haya hecho comprender mal mi pensamiento; considero peligroso para la unidad política de España el mantenimiento del actual régimen foral, peligro no compensado por ventajas de valor equivalente, pero estimo de gran valor el contenido de muchas instituciones forales, que pienso deberían aplicarse en todo el territorio nacional, lo que sería—incluso—españolizar más nuestro Derecho civil.

El estudio psicoanalítico que de mis "ilusiones" hace D'ORS no corresponde a la realidad; el Congreso de Derecho civil de Zaragoza no ha sido para mí causa "de profunda desilusión" (pág. 78), pues espero pueda tener beneficiosos resultados para la ciencia jurídica y para la misma resolución del problema foral; en todo caso, estimo preferible sus conclusiones a una supresión inmediata y simplista de los Derechos forales.

La traducción—que dice hacer—de mi definición de Derecho foral "a una fórmula más franca" (pág. 78) no deja de tener gracia caricaturesca, pero deforma de modo sustancial mi pensamiento.

60. Criticando lo dicho en página 187 de mi *Derecho civil de España*.

61. Definición excesivamente estrecha comparada con D., 50, 17, 196 y 68; Decretales, 1, 31, 9, gl. privilegia; SANTO TOMÁS, S. Th., 1, 2, q. 96, c. 1 ad 1.

62. Se suprime "contra tenorem rationis" y no se tiene en cuenta D., 50, 17, 141.

63. Conviene insistir en que no es lo mismo distinto que incompatible o contradictorio; sobre la diversidad de conceptos hay acuerdo en la doctrina moderna y también creímos que lo había sobre que ambos caracteres podían coincidir en una misma norma jurídica.

64. D'ORS cita como únicos apoyos de su afirmación el estudio de ARIAS RAMOS y la obra de AMBROSINI sobre Derecho singular, "próxima a publicarse, si no se ha publicado ya a estas fechas" (pág. 79); naturalmente, no nos es posible compulsar esta última cita; el fino estudio de ARIAS RAMOS, creemos—como se indica en seguida—que no puede servir de apoyo a su tesis.

65. Sobre el "testamentum militis", HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, páginas 182-222, y bibliografía allí citada.

esta materia es la de una evidente disminución de la precisión del concepto en cuanto a su delimitación con el *ius singulare*, que doctrinalmente, accentúan los comentaristas modernos”⁶⁶.

Mas para averiguar cuál sea la naturaleza del Derecho foral, no nos importa demasiado saber cómo concibieron estos términos los juristas romanos; la fuente de información decisiva será el pensamiento de la doctrina medieval, la manera como la entendieron los autores, los viejos “feristas”, al calificar y dar sentido a las reglas de su propio Derecho.

En este respecto nos será de preciosa ayuda la doctrina de los juristas catalanes clásicos. Ellos, no podemos descnecerlo, sabían el valor de su propio Derecho, se preocuparon mucho de la cuestión, y además fueron los únicos entre los juristas españoles que consiguieron que sus opiniones tuvieran fuerza vinculante⁶⁷. Pueden, por tanto, contestarnos a estas preguntas: ¿Qué naturaleza tenía el Derecho catalán antes de los Decretos de Felipe V? ¿Tenían las peculiares disposiciones catalanas carácter de privilegio o de Derecho singular? ¿Consideraban posible que todas o algunas de sus reglas jurídicas tuviesen a la vez significado de privilegio y de Derecho singular? Bastará un repaso somero de algunos de los tratados clásicos para obtener—creemos—una clara y decisiva respuesta.

Son numerosos los casos de reglas de “ius singulare” denominadas privilegios⁶⁸, como también las disposiciones del Derecho catalán que sólo por ser tales son calificadas de privilegio⁶⁹; y, en fin, se encuentra más de un pasaje en que una misma regla se califica a la vez de privilegio y de Derecho singular⁷⁰.

Más que esta fácil comprobación de hechos, importa señalar la razón de ellos. Las disposiciones peculiares del Derecho catalán se consideran “statuta”, “leges municipales”, respecto al “ius commune” (Derecho romano o Derecho canónico y romano) y aquel “ius particulare”—que así también se le denomina—era calificado conjuntamente, a la vez, de privilegio y de Derecho singular. Era denominado privilegio, en cuanto suponía un especial beneficio en favor de una ciudad, de un territorio o de los ciudadanos de éstos⁷¹, a la vez que, por gozar del espe-

66. ARIAS RAMOS, *Notas en torno al privilegium*. Rev. Universidad de Madrid (Derecho), 1943, pág. 192.

67. Admitida por Felipe II en las Cortes de Barcelona de 1599.

68. P. ej., la “restitutio in integrum” a Hospitales y menores, derechos especiales de los “cives honorarii”, nobles, militares y caballeros, comerciantes, de la Iglesia y del Fisco, la sucesión de monjes y monasterios, el testamento sacramental (“magnum privilegium”), FONTANELLA, *Sacri Regii Senatus Cathaloniae Decisiones* (ed. 1645), 110, 1 y 7 (I, 287); 100, 4 sig. (I, 262 sig.); 111, 12 sig. (I, 291), 221, 1 (I, 520), 131, 1 sig. (I, 353), 236, 8 (I, 577), 296, 9 (I, 752), 350, 16 (II, 163), 576, 3 (II, 750).

69. Respecto a pragmáticas, constituciones, el *Recognoverunt proceres y el Libro del Consulado del Mar*, FONTANELLA, id., 476, 7 (II, 488); CÁNCER, *Variorum Resolutionum* (edición 1683), 2, 7, 89 (II, 150); 1, 1, 52 (I, 12); FONTANELLA, 240, 15 (I, 589).

70. FONTANELLA a la Pragmática “Intelleximus”, tit. priv. dotalis, la considera “privilegium” concedido por el rey Jaime, añadiendo “istud sit ius singulare et particulare”, 476, 4 (II, 488); CÁNCER, respecto a una constitución “iure speciale Cathaloniae”, señala expresamente su carácter de “privilegium”, 2, 7, 89 (II, 150).

71. Generalmente se admitían tres tipos de privilegio: personal, real y mixto; se discutía si los atribuidos a ciudades, reinos “et similibus personis fictis” eran reales o personales.

cial beneficio de un Derecho distinto del común⁷²; mas también tenía la consideración de "ius singulare", en cuanto se apartaban del Derecho romano, único que se consideraba conforme al tenor de la razón⁷³. De este modo, por su mera divergencia con el Derecho común el Derecho peculiar de una ciudad o territorio o reino tenía la condición doble de Derecho singular y privilegio⁷⁴. A consecuencia de ello, no había duda de que sus normas merecían el correspondiente trato jurídico a esta su naturaleza: se interpretaban de modo estricto, no se podían extender por analogía ni por interpretación extensiva y habían de ser entendidas del modo más conforme al Derecho común⁷⁵.

La semejanza que los autores medievales vieron entre el privilegio y el Derecho singular hizo que su distinción y sus contornos se desdibujasen en la doctrina y hasta en el lenguaje jurídico corriente⁷⁶. La diferenciación entre los dos términos, no su posible coincidencia, es lo que necesita explicación; como después de haberse confundido casi por completo se llega a distinguirlos en la doctrina moderna.

La escuela de la "Jurisprudencia elegante" llamó la atención sobre las peculiaridades que califican, de modo distintivo, al privilegio y al Derecho singular⁷⁷. La iniciación de este movimiento se debe, probablemente, a Cujacto, que marcó la diferencia entre estas tres clases de reglas: el privilegio en las XII Tablas, el privilegio personal en las demás leyes y el Derecho singular; y que puso de relieve que el Derecho singular es "Derecho general", que "pertenece a todos los ciudadanos", ya que no se llama singular porque se establezca para personas individuales, sino "porque se separa un poco ("paulum") de las reglas de Derecho"⁷⁸. Sobre esta base se hace opinión común que los privilegios debían distinguirse de los "beneficia legis", sean generales ("restitutio in integrum" beneficio de orden, de inventario y de división) o especiales (en favor de mujeres, fisco y personas

72. *Et que certum, concessionem contra ius commune dici privilegium*", CÁNCER, 2, 7, 89 (II, 150). Ya la glosa dijo "dicitur favor vel privilegium cum est extra ius commune", gl. quod favor, 7 a C. 1, 19, 6.

73. "Statuta iuri communii contraria: odiosa censetur", CÁNCER, 1, 1, 52 (I, 12).

74. Lo indica claramente PICHARDO: "cum in privilegiis et iuribus singularibus non soleat nec debeat etiam ex eadem ratione extensio admitti", 2, 11 princ. tit. 10 (I, 208). *Clementariorum in quatuor Instituticnum Justinianae carum libros* (ed. 1630).

MOLINO explica de este modo la peculiaridad del privilegio: "privilegia semper veniunt ad privationem legis, id est iuris communis: quia privilegium dicitur privatio legis: unde debent stricte interpretari". *Repertorium Fororum* (ed. 1585), fol. 264.

75. "Estricte sit interpretandum": "nec ex identitate rationis extendentur, quod quia contra ius commune conceduntur, odiosa censenda sunt"; "non extendendum sed limitandum". FONTANELLA, 475, 5 y 6, 7 (II, 488); "statutum autem non credendum in dubio voluisse... recedere a dispositione iuris communis, sed cum eo conformare quantum potest", idem 240, 15 (I, 592); "Usaticos tutores est contra ius commune et sic non recipit extensivam interpretationem". CÁNCER, 1, 7, 19 (I, 119) "statuta recipiunt suam interpretationem a iure communi", id. 1, 11, 60 (I, 227).

76. Respecto al Derecho propio de los belgas, ANTONIO PÉREZ. *Jus Publicum*, cap. 36, página 249; cap. 55, pág. 255, ed. Venecia, 1773, II; respecto al Derecho propio de los holandeses, BINKERSHOEK. *An peregrini ab administratione Reipublicae sunt arcendi? Quaestionum iuris publici* II, 11, *Opera omnia*, ed. Colonia, 1761, II, pág. 230.

77. Todavía LORIOR caracteriza al privilegio: "a nullo iure neque naturali neque gentium neque civile ordinario ortum habet", *De iure et eius speciebus*, Ax. 29, *De iuris Aplicibus*, ed. 1945.

78. *Observationum et emendationum*, XV, 8 ed. Faber, 1758, Operum, III, col. 429.

jurídicas), que constituyen "iura singulares" y que "sólo impropiamente son llamados privilegios"⁷⁹.

La ciencia moderna recogerá estas ideas y fijará la distinción entre privilegio y Derecho singular; claro es que esta separación no supone nunca que una misma norma jurídica no pueda ser, a la vez, privilegio y Derecho singular, y—para evitar precisamente esta confusión—muchos autores se cuidan de hacerlo notar⁸⁰.

Esta digresión puede ser ejemplo y advertencia del peligro que corremos los juristas al utilizar el método de la elevación a "categorías universales". El concepto de privilegio y el de Derecho singular existen, pero vinculados a unas determinadas reglas y a una manera especial de ser entendidos y utilizados en los diversos momentos de la Historia.

Para saber cuál sea el significado del Derecho foral, tenemos que fijarnos en los tres momentos cruciales del régimen foral: la doctrina clásica (hasta el siglo XVIII); la situación creada por los Decretos de Felipe V y el mantenimiento de esta situación por la publicación del Código Civil. No se puede afirmar que el Derecho foral haya de ser a la vez privilegio y Derecho singular, o bien que ha de ser una cosa o la otra, pero que no puede ser ambas a la vez partiendo de conceptos a priori y extraños a la realidad jurídica; pues una u otra afirmación resultaría vana ante la demostración de que, en efecto algún Derecho foral—o todos—en uno de esos tres momentos, tuvo una u otra naturaleza. Basta por ello, a los efectos de nuestro razonamiento, señalar el hecho de que la doctrina de los foristas catalanes considera el Derecho propio de Cataluña Derecho singular y privilegio.

Merecen todavía recogerse estas frases de D'ORS: "Nuestros foralistas suelen invocar, muchas veces con grandes excesos retóricos y sentimentales, la santidad de las costumbres locales, deleitándose en lo que podíamos llamar rústico consevadurismo. Se deleitan ante el hecho diferencial, ante el mínimo residuo muchas veces inobservado por la mayoría, ante todo lo que puede revelar un sentir específico de la vida jurídica, el localismo. Desde un punto de vista objetivo, tales deleites y excesos sentimentales carecen de todo interés." "La auténtica vida del Derecho foral no puede fundarse en la existencia de una determinada costumbre, sino en la existencia de una específica ciencia del Derecho" (pág. 80). Ideas que le llevan a la ominosa conclusión: "Si no hay ciencia jurídica regional, el Derecho foral desaparecerá por sí solo; si la hay, las prohibiciones no harán más que volver la espalda a la realidad incombustible" (pág. 81).

Conforme a la teoría del autor, son lógicas estas conclusiones; la convicción de que no responde a la realidad jurídica se refuerza aquí con la evidencia de estos otros hechos: que perviven Derechos forales, mantenidos por el uso o por el

79. SCOTI, KAHL, BRISONII, HEINECCII, VICAT, *Vocabularium Privilegium*, ed. 1759, III, 172.

80. P. ej., SAVIGNY dice: "en todos estos casos, el *privilegium* tiene el sentido de *ius singulare*", I, n. 10 (ed. española, I, 57); BRINZ: "el *ius singulare* consiste no pocas veces en la designación privilegiada de ciertas personas o cosas, por lo que se llama también *beneficium* y *privilegium*", *Lehrbuch der Pandekten* (ed. 1873), I, n. 25, pág. 111; "la preferencia que el Derecho singular concede es beneficio jurídico, llamado "beneficium" y también "privilegium", REGELSBERGER, *Pandekten* (ed. 1893), n. 31, pág. 127. Sobre el significado del Derecho excepcional o singular y el privilegio, vide mi *Derecho civil de España*, páginas 75-80.

amparo que le otorga la Ley, a pesar de la carencia completa de "ciencia jurídica regional".

IX. Conclusión

El Derecho romano es para el civilista su primer maestro y la obra de sus autores manantial inagotable de enseñanzas. Los romanistas son, entre los hombres dedicados al Derecho, paradigma de pura devoción científica, y su ejemplo generoso puede servir de aliento y modelo a todo jurista con vocación científica. En tiempos como el presente, en que el mundo sufre de un fárrago de leyes redactadas con premura y descuido y en que la masa ignara se impone, es bienvenido el toque de atención señalando el alto valor del trabajo científico y su función de vigía y dirección. Pero el exceso de celo rara vez deja de ser peligroso; una exaltación romántica del Derecho romano clásico como categoría jurídica universal, la atribución de función de fuente jurídica a una "aristocracia teorizante", no favorecerá el interés por los estudios romanistas ni hará crecer el respeto por la ciencia; podría, en cambio, ser causa de una reacción lamentable y perniciosa, a la vez que posible pretexto de desobediencia a la Ley.

BIBLIOGRAFIA

Libros¹

ANTUNES VARELA, João de Matos.—“Da sucessão do Estado nos bens dos particulares”.—Coimbra, 1946.

CANCELLA DE ABREU, João Paulo.—“Do direito do Estado ás herenças vagas”.—Lisboa, 1946.

El problema abordado en estos dos estudios, que reseñamos juntos a pesar del antagonismo de sus respectivas tesis—sucesión de derecho privado, según Varela; sucesión de derecho público, según Abréu—por el enlace que entre ellos estableció la polémica, es interesante no sólo en su aspecto teórico, que exige una revisión a fondo del fundamento del derecho de suceder, sino también en sus consecuencias prácticas, determinadas por la solución dada en vía de principio. Así, si se sigue la directriz “clásica”, según la cual el Estado sucede como otro cualquier heredero, es indudable que aquél podrá repudiar libremente la herencia, responderá como los demás herederos (cuando a ello haya lugar) *ultra vires hereditatis*, le afectará la desheredación por voluntad expresa del “de cuius” y, dada la generalidad de la norma de Derecho internacional privado que remite a la ley nacional del causante, será el Estado nacional quien suceda en todos los bienes, aun en los situados en país extranjero. Por el contrario, de acuerdo con la concepción publicista, el Estado no puede repudiar la herencia ni responder por las deudas del causante que sobrepasen el activo del caudal relicto, no le afecta la desheredación expresa (sólo se consigue ese resultado nombrando un heredero) y al Estado *locus rei sitae* corresponde el ejercicio de un derecho público, tan íntimamente ligado al territorio.

Es mérito de Varela haber abordado un tema apenas tratado por la doctrina portuguesa y que tantas dificultades ofrece. Su estudio constituye un verdadero acierto. El autor no se dejó llevar por la novedad de las nuevas concepciones, ponderando muy juiciosamente todos los argumentos que militan en pro y en contra de su tesis, sin perder de vista los preceptos del ordenamiento portugués, sobre los que asienta su construcción. Especialmente merece ponerse de relieve su modo de interpretar aquéllos, no aisladamente, sino dentro de los principios rectores del Derecho lusitano, método que siempre debe condicionar las soluciones correctas. Una buena base filosófico-jurídica, revelada en el prefacio de su libro, le hizo posible afrontar el problema seriamente.

El estudio de Abréu, sensiblemente inferior al de Varela, se resiente de falta de preparación. El culto excesivo a la letra de la ley y a la in-

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.

falibilidad del legislador, que ya merecieron las justas críticas de Varela¹, le llevó a intentar una conciliación de los diversos artículos de los Códigos civil y de procedimiento portugueses, referentes a la materia, armonizándolos con una construcción original, en la que demuestra excesiva habilidad. Según Abréu, el Estado es, sin duda alguna, un sucesor: en un primer momento (liquidación y adquisición de la herencia) es sucesor de derecho público; en un momento posterior (después de adjudicado el remanente), se coloca en la posición de un sucesor de derecho privado, de un heredero.

El mismo autor reconoce que esta construcción, determinada por la letra de la ley, desde el punto de vista teórico, no satisface por completo. "Es—dice—que nunca nos satisfacen las teorías híbridas, las construcciones mixtas, las soluciones de compromiso entre dos doctrinas opuestas, como son la de la sucesión de derecho público y la de la sucesión de derecho privado. Las aplicamos ambas en su pureza, usándolas en momentos distintos. Así se evita ciertamente su colisión, pero sufre la lógica, la unidad, la sencillez y la elegancia de la doctrina."

A juicio de Varela, las quiebras a la equiparación entre el Estado sucesor de derecho privado y el tipo normal de heredero legítimo se explican mejor por las características especiales de la persona y de la posición que el Estado ocupa en la escala de los sucesores. Por otra parte, las soluciones que de la concepción hereditaria se derivan para los problemas antes apuntados son—según el mismo autor—las que están más de acuerdo con los principios dominantes en el ordenamiento positivo portugués.

Juan Bautista JORDANO BAREA
Doctor en Derecho

BORRELL SOLER, Antonio M.—"El dominio según el Código civil español".—Bosch, Barcelona, 1948.—563 págs.

Mucho se ha escrito y se ha dicho sobre tema tan candente como el del dominio y no es infrecuente que bajo títulos idénticos o parecidos se den a la luz ideas por completo vacuas o superficiales; la propiedad es, además, el eterno semillero de problemas que con unas u otras características se plantean en todas las épocas de la Historia. De ahí la conjunción de lo receloso con lo atractivo que resulta el mero enunciado de una obra como la que acaba de ofrecer a nuestra literatura jurídico-civil tan acreditado autor. Realmente, ya a primera vista puede afirmarse que la atracción no resulta defraudada. A lo largo de unas 560 páginas, pulcramente editadas, y haciendo gala de un lenguaje liso y llano, a veces más discursivo que científico, va dando forma el autor a la doctrina del dominio sin otras materias primas que las que le proporciona, de una parte, el articulado de nuestro sexagenario Código civil y, de otra, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal. Sobre esta doble y segura base y tras una breve Introducción y un primer título de Preliminares

^{1.} *Da sucessão do Estado nos bens dos particulares*, en "Revista de Direito e de Estudos Sociais", año II, Coimbra 1946-1947, págs. 303 y sigs.

(antecedentes del Código, división de las cosas y extensión vertical del dominio inmueble), entra el autor a examinar en el título II los derechos, limitaciones y responsabilidades del dominio, estudia en el título III el condominio, en el IV considera los varios modos de adquisición del dominio, en el V pasa revista a las propiedades especiales y, en fin, dedica el título VI y último a exponer la protección del dominio.

A buen seguro que las partes más logradas del trabajo residen en las páginas dedicadas a la usucapión (tít. IV), a la exposición del título V, relativo a las propiedades especiales, y al desarrollo de la reivindicatoria en el ámbito del título VI, que cierra la obra. Su mayor mérito de conjunto, sobre todo desde el punto de vista práctico, radica en el magnífico acopio de doctrina jurisprudencial—no menos de las dos terceras partes del texto—, capaz por sí solo de avalar el ingreso del libro en el bufete del profesional o en el aula universitaria; lástima y grande es que no vaya seguido de un índice cronológico de fallos y disposiciones citadas, que aumentaría aún más, indudablemente, su valor práctico. Es igualmente elogiable la ortodoxia de que hace gala el autor al contraponer en la Introducción—aunque no más que someramente y en tono eminentemente discursivo—la idea de propiedad a las doctrinas comunistas, y no lo es menos el “*Nihil obstat*” con que aparece exornada la obra.

Con fidelidad constante al matiz puramente exegético que ya en principio se infiere del título de la obra, el autor se desentiende casi en absoluto de toda aportación filosófica o doctrinal sobre los múltiples problemas del dominio—incluso el “*prius*” de su fundamentación—para afe rrarse a un método de riguroso comentario y típica raigambre francesa; estudia el texto de la ley en cada una de sus cláusulas valiéndose preferentemente del confronto y analogía de unas con otras y, como hemos dicho, de los fallos jurisprudenciales. Tal vez tan exclusivo apego al texto legal impida la amplia visión de conjunto que hubiese redundado en beneficio de una más acabada sistematización y hasta de un contenido más completo. Puede observarse, por ejemplo, que la lógica trayectoria desde los modos de adquisición del dominio hasta los modos de perderlo se quiebra no sólo por tratar de los primeros (tít. IV) después de hablar de los derechos, limitaciones y responsabilidades dominicales (tít. II) y del condominio (tít. III), sino por silenciar en absoluto los modos de perder el dominio, entre los que, a no dudarlo, hubiese sido objeto de interesante estudio la cuestión del abandono y la renuncia. Parece adolecer igualmente de falta de sistematización parcial la inclusión de las servidumbres de aguas terrestres bajo el epígrafe “*Servidumbres marítimas*”; el que, dando gran extensión a los retractos, se desplace de su conjunto el del régimen de la propiedad horizontal, se asigne mínima extensión al de arrendamientos rústicos y se omita el de inquilinato, y, en fin, parece que la concurrencia de aprovechamientos diferentes de una misma finca a favor de personas distintas debería llevarse al apartado relativo a las formas especiales de comunidad, entre las cuales se incluye la medianería, pero se omite la comunidad entre coherederos.

La posición del autor dentro de la más estricta exégesis hace licitas

cuantas omisiones también lo fueron en el codificador. Parece, no obstante, que, sobre la magnífica base que patentiza la obra, hubiera sido provechoso traer a examen las principales construcciones doctrinales de entre las surgidas al amparo del articulado legal. Hacemos referencia a la doctrina de las inmisiones y demás problemas de las relaciones de vecindad que, al lado de las aplicaciones de la doctrina del mal menor, del "jus usus inocui" y del abuso del derecho, cabría integrar entre las limitaciones del dominio; lo relativo a las prohibiciones de disponer, sobre todo a las de carácter legal (reservas, segundas nupcias, etc.), a la teoría del título y el modo en la adquisición del dominio, a la tradición, a ciertas acciones dominicales, etc.; y sobre todo nos referimos al moderno movimiento socializador de la propiedad, que, plasmado en el vigoroso desarrollo de ciertas formas de propiedad colectiva y familiar, en el patrimonio familiar inembargable, en el acceso a la propiedad, en la cuestión de la inmovilización o movilización de la propiedad inmueble, en la progresiva pujanza de la propiedad mueble, etc., viene a constituir la más fuerte reacción contra el acerbo individualismo patrimonial del siglo que vió nacer a nuestro Código.

En fin, si algún defecto pudiera imputarse a la obra, tal vez obedezca a la rapidez con que parece haber sido elaborada o la deficiente revisión de que ha sido objeto; tal ocurre pensar cuando, por ejemplo, se encuentra citado el Código penal de 1932 y no el vigente, o cuando, extrayendo de la subsección dedicada a las servidumbres de paso la del que sirve a obras de construcción y reparación de edificios, a la que se da número aparte, quedan después sin enumerar las de paso para ganados y las de luces y vistas. Mas, con todo, permanece incólume, repetimos, el preeminentemente valor práctico de la obra como laboriosa recopilación de fecunda doctrina legal sobre tema tan transcendente como el del dominio.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

Doctor en Derecho.

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

CALAMANDREI.—"El procedimiento monitorio", trad. esp. de S. Sentís Melendo.—Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946.

Consta la obra de una serie de trabajos anteriormente publicados por el autor—con sólo algún retoque—seguidos de una breve nota polémica recopilando las objeciones que le fueron formuladas y contestándolas.

Prescindiendo de esta última parte, hay otras tres correspondientes a la estructura del procedimiento, a sus *condiciones de admisibilidad* y a su *vitalidad práctica*, de las cuales sólo la primera ocupará nuestra atención, ya que las otras se refieren, por su orden, al estudio de los requisitos legalmente exigidos para la substancialización del proceso monitorio en la entonces vigente legislación italiana, y a los problemas de política procesal planteados, que tan sagazmente exhibe como con discreto humorismo razona.

En la primera parte, el punto de iniciación, que es el trampolín dialéctico al servicio de la argumentación subsiguiente, versa sobre la fase de cognición del proceso, concebida como algo mediato e instrumental cuyo fin "en todos aquellos casos en que la sentencia es susceptible de ulterior ejecución, es servir para construir un título ejecutivo". Su fin último es, por tanto, la ejecución. En los casos de un proceso iniciado sin una previa fase de cognición, como ocurre en el supuesto de títulos ejecutivos extrajudiciales, falta la cognición con *finalidad preparatoria del título ejecutivo*: el proceso es de ejecución, si bien la oposición del deudor, haciendo necesaria una declaración, inserta en aquél un verdadero proceso de cognición.

Paralelamente a estos procesos provenientes de un título privilegiado, otros hay que, abreviando el conocimiento, (a) tienden a la *rápida creación de un título*, utilizando, como medio para lograrlo una (b) *inversión de la iniciativa del contradictorio*, que pasa del actor al demandado. Establecido, por estas dos notas (a) y (b) el concepto del procedimiento monitorio, surge la cuestión de precisar su esencia, a lo que llega mediante la siguiente triple determinación: 1.) ¿El proceso monitorio tiene naturaleza propiamente jurisdiccional o pertenece a la "jurisdicción voluntaria"? En oposición a la tesis mantenida por algunos procesalistas austriacos afirma Calamandrei su carácter jurisdiccional aplicando al procedimiento monitorio los criterios utilizados por la doctrina para distinguir lo contencioso de lo voluntario, pues ya se siga la tesis—anti-cuada—de que la primera se dirige a reprimir injusticias y la segunda a impedirlas, o ya el criterio más progresivo de Wach, que les asigna respectivamente *como fin actuar relaciones jurídicas o constituir estados jurídicos nuevos*, es evidente que el carácter genuinamente jurisdiccional (contencioso) del procedimiento monitorio aparece claro.

2.) El proceso monitorio, ¿es ejecutivo o de cognición? Contra Plósz y Skell sostiene Calamandrei la segunda alternativa, fundado en que la característica esencial que expresa el punto de separación entre las doce fases del proceso, es el nacimiento del título ejecutivo, de donde, mientras exista en un procedimiento algún período destinado a la preparación del título, nos veremos ante un proceso de cognición, como sucede en este caso. Así el proc. mon. constituye una forma especial de proceso de cognición abreviado, en donde, por el juego de la *ficta confessio*, se consigue una declaración de certeza mediante preclusión.

3.) ¿El procedimiento monitorio implica una acción sumaria especial? La opinión afirmativa es impugnada por Calamandrei, que afirma frente a Chiovenda, su mantenedor (quien atendiendo para clasificar las acciones al criterio de la providencia judicial que constituye su objeto inmediato, ve diferencias entre las providencias surgidas del procedimiento monitorio y las sentencias ordinarias de condena), que las limitaciones implícitas al ejercicio de la acción en el proceso monitorio no son condiciones de una acción sumaria especial, sino presupuestos procesales *especiales* que no alteran la naturaleza de la acción ordinaria de condena, de modo que para sostener con lógica la existencia aquí de una acción

sumaria especial, es prerrequisito sostener lo mismo para el procedimiento en rebeldía.

Tales son las bases de la doctrina de Calamandrei, que, conservando fielmente el espíritu sugestivo del original, nos ofrece en su cuidada versión Sentís Melendo. Son grandes—y mucho—en este campo de la investigación procesal los méritos del ilustre tratadista italiano. Ha dado un paso decisivo; pero nos parece que hay algo que objetar a la *lógica* de las consecuencias en que se apoya.

Afirma, en efecto, Calamandrei, al umbral de su trabajo, que la fase de cognición es algo *mediato* e *instrumental* al servicio de una finalidad ulterior ejecutiva. Y en esta aserción ha *preparado* ya la respuesta anticipada a las cuestiones que se ha de proponer; porque, realmente, si la cognición tuviese por mira sólo el título ejecutivo, dondequiera que sea menester desplegar alguna actividad para crear éste, podremos hablar de cognición.

Ahora bien, el tema crítico es aquí, cabalmente, si la cognición es algo sustantivo, de valor autónomo, o algo accidental y mediato. Esta es la cuestión que debe resolverse, no otra; porque ésta es la cuestión esencial del problema. Y he aquí justo lo que Calamandrei da por demostrado, cuando es únicamente lo que tendría que demostrar. Una vez introducido con habilidad este supuesto, la cadena de conclusiones es tan estrecha como se quiera, si bien, a efectos demostrativos, inútil, en tanto el punto de partida quede sujeto a discusión.

Por otra parte, ¿cómo sa va Calamandrei su tesis ante procesos que tienen como única finalidad una mera declaración de certeza? ¿Y cómo justifica la designación de un proceso atendiendo sólo a una de sus fases y precisamente a la de menor entidad? Si consideramos que la cognición y ejecución son *fases*, nos pueden servir para estructurar el proceso en “etapas”, distinguiendo en cada una estas dos especies de actividad. Pero no pueden servirnos con una finalidad clasificatoria. La *tipología* procesal ha de partir, si se quiere evitar contradicciones, de perspectivas referibles al proceso como *totalidad*. Y ya en este punto parece preferible comprender el proceso monitorio dentro de los procesos *formales*¹, único medio de no incidir en un contrasentido semejante al de Calamandrei, quien, de un lado, afirma que la ejecución es lo fundamental en el proceso y, de otro, a un proceso por el mero hecho de hallar vestigios de conocimiento, le llama de cognición. Apurando las cosas, ¿cabe aún un proceso ejecutivo sin ella?

Prescindiendo de estas discrepancias marginales de punto de vista, el valor de la obra, como aportación, es notable. Y en toda ella campea la bizarria de ingenio de uno de los más notables cultivadores del Derecho en nuestros días.

José LOIS ESTEVEZ

¹. Vid. mi *Proceso y Forma*, IV, 4 ss.

CAPUA, BATTAGLINI, MARTUSCELLI.—“Il Codice civile della Russia Sovietica. Esposizione e raffronto con il Codice italiano”.—Milán, 1946.

El conocimiento del Derecho privado ruso tiene el interés que despertan todas las cosas extrañas. El libro de Capua, Battaglini y Martuscelli, sin precedentes en Italia, satisface plenamente la curiosidad del estudioso por saber algo del mundo jurídico de los soviets. Para nosotros pierde actualidad, porque el Derecho de la Rusia soviética nos era conocido a través de un artículo de Pérez Serrano¹ y del libro, bastante completo, de Horacio de Castro². Y, como dice Federico de Castro, el interés de los textos rusos es, para nosotros, sólo histórico, en cuanto pueden servir de explicación de ciertas disposiciones y principios que se trataron de implantar por los políticos marxistas en España³. Esta actitud contrasta fuertemente con la afirmación, un tanto ingenua, que los autores del libro que comentamos colocan en una advertencia preliminar: “Un examen aun incompleto del Código y una comparación con nuestro Derecho civil será útil para fijar la atención sobre el aspecto jurídico de un *evento*, conocido casi exclusivamente en sus aspectos económico y político.”

La introducción, obra de Capua, es la parte más saliente del estudio. En ella se examinan brevemente los efectos reflejos de la doctrina socialista en el campo del Derecho civil. El autor destaca la concepción publicista del Derecho privado ruso, precisando el concepto en el ámbito de la teoría socialista, frente a la orientación *publicista* acusada en los ordenamientos civiles que él llama burgueses, señalando sus diferencias. La coincidencia, o mejor, la confusión entre los intereses privados y el interés general, le llevan a hablar de un “nuevo concepto del Derecho privado”, en el que el interés *rei publicae* actúa como criterio general de interpretación.

No se puede negar la buena voluntad de Capua cuando aplica criterios jurídico-políticos y filosóficos que con su apariencia estética encubren la concepción comunista y materialista de la vida, demasiado fea para exponerla con la cruda verdad de sus resultados concretos. Así, el autor hasta habla de “personalidad jurídica” y de “valor” del individuo como tal en el cuadro de los intereses generales. El concepto de personalidad jurídica, según Capua, se “modifica” sin perder por esto importancia. El individuo se aprecia igualmente por lo que tiene de propio y distinto, y en el “nuevo ordenamiento jurídico” tiene la oportunidad de afirmar, en campos nuevos y con medios diversos, la propia voluntad y la propia e inconfundible personalidad. Y la pequeña modificación consiste nada menos que en sustituir el concepto humano de la personalidad por una “personalidad” fundada en la utilidad del individuo: *un simple producto impersonal del ambiente social*.

Sin embargo, los autores no llegan a la ingenuidad de aquellos que encontraron en el Código civil ruso un “aburguesamiento” tan profundo

1. *El Código civil de la Rusia soviética* en “Revista de Derecho privado”, 1924, páginas 65 y siguientes.

2. *Principios de Derecho soviético*, Madrid 1934.

3. *Derecho civil de España. Parte general*, pág. 265.

como para poner en quiebra los principios que informaron la revolución comunista. Pero no siempre tuvieron muy en cuenta su buen deseo de no prescindir del "clima político", para evitar la lamentable equivocación de creer de buena fe en todo lo que dicen los preceptos del Código de los soviets, tan equívocos por otra parte. "La verdadera organización social de Rusia—dice Federico de Castro—es bien distinta de la reflejada en sus Códigos, pues está fuera de los textos legales y sólo podría conocerse a través de las instrucciones secretas dadas a la burocracia del partido comunista".⁴

Los comentarios de Capua, Battaglini y Martuscelli son la mayoría de las veces estrictamente jurídico-formales. El parangón con el Derecho italiano perjudicó notablemente el estudio, porque al olvidar el criterio político, se presentó—consciente o inconscientemente—el Derecho ruso como un Derecho nuevo, sí, pero que puede colocarse en un mismo plano.

Una clara consecuencia de este deplorable olvido, tanto más deplorable en cuanto que inicialmente fué previsto, está en la parte tercera (derechos de obligación), cuidada por Martuscelli. El autor se plantea el problema, cuya solución *prima facie* no parece dudosa, de si en el sistema soviético puede hablarse de libertad de contratación. Según él, aunque no existe una norma que la afirme expresamente, tampoco existe una que la niegue, y, por tanto, no hay razón ni apoyo en el Código para sostener que los particulares no tienen facultad para contraer negocios no comprendidos en los esquemas regulados por el Código, o de fijar cláusulas o modalidades no previstas por el mismo. No obstante, reconoce que además de los límites generales, que reducen en mayor medida que en otras legislaciones el campo reservado a la contratación privada, existen graves limitaciones debidas a la injerencia del Estado en muchas relaciones jurídicas privadas, pero, a su juicio, esta injerencia se encuentra también en mayor o menor medida en todas las legislaciones proporcionalmente a la intervención del Estado en la economía privada, por lo que los límites que se encuentran en el ordenamiento jurídico soviético difieren por el grado, y no por la substancia, de los demás ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Si Martuscelli hubiera tenido más en cuenta los principios generales que informan el mundo soviético, y la orientación marcadamente "publícista" de su Derecho privado, hubiera llegado a una conclusión bien distinta. La consideración prevalente del interés social, concebido como interés económico de la colectividad, impone también una "socialización" de los tipos negociales. El principio de la coacción legal del tipo (tipicidad) responde como lógica consecuencia a esa tutela que mira con recelo toda nueva iniciativa de los particulares para introducir formas o modalidades nuevas.

El Código ruso—y aquí está el grave error de Capua, Martuscelli y Battaglini—no se puede interpretar con la mentalidad de un jurista latino. Lo importante no es la letra de la ley, sino el espíritu que la in-

4. Ob. y loc. cits.

forma, que vivifica cuando tiene vida y mata cuando lleva en sí la muerte.

Es digna de tenerse en cuenta la cuidada traducción que Napolitano ha hecho de la edición oficial de 1943 del Código ruso para el apéndice de este volumen, el cual va precedido de una breve nota sobre el estado actual de la ciencia y método del Derecho civil en la U. R. S. S., interesante por los curiosos datos que suministra.

Juan Bautista JORDANO BAREA
Doctor en Derecho

DE LA RICA Y ARENAL, Ramón (Registrador).—“Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario”. Primera parte: Innovaciones.—Madrid, 1948.

El patrimonio doctrinal y práctico de las relaciones jurídico-registrales y por ende, la ciencia inmobiliaria en general, se ha visto incrementada, durante el presente año, con esta nueva obra del Registrador de la Propiedad D. Ramón de la Rica y Arenal. Publicación centrada en la exégesis del articulado del nuevo Reglamento Hipotecario, viiniendo a llenar un vacío existente en nuestra literatura jurídica inmobiliaria. Conocido es el autor por sus valiosas aportaciones, prueba de su preocupación hacia los problemas concernientes al desarrollo de la propiedad sobre bienes inmuebles. Divide los comentarios en dos partes: en la primera trata de las innovaciones reglamentarias, cuyo análisis vamos a realizar, y la segunda, próxima a publicarse, afectará preferentemente a las modificaciones sufridas por el citado Reglamento en la última reforma. Se fija, en primer lugar, sobre la inscripción del llamado contrato de opción, aceptando la tesis de que su construcción realística no crea grandes problemas técnicos, ya que este derecho, más que imponer una obligación al que lo constituye implica una limitación de sus facultades dispositivas, una modificación del *jus disponendi*, y como tal, debe hacerse constar en los folios del Registro, estimando se ha dado un paso progresivo al permitir expresamente la inscripción bajo ciertas condiciones del derecho de opción que representa un avance doctrinal y práctico, amén de rechazar con argumentos incontrovertibles los defectos e inconvenientes que algunos autores asignan a la registración de esta figura jurídica, y cuya inscripción será constitutiva, pues el derecho real o los efectos reales, sólo nacerán y se generarán mediante la inscripción. Los aciertos del autor en este sentido son indudables. Ahora bien: No estamos conformes en la afirmación de que una vez inscrita la opción producirá todos los efectos del sistema. Excluimos nosotros a este derecho de los efectos procesales del artículo 41 de la Ley cuyo fundamento es el siguiente: el Registro no puede variar la naturaleza de las instituciones privadas que ingresan en sus libros, y al tener la opción el carácter de derecho personal extraregistralmente, se infiere lógicamente, que los efectos reales conferidos a tal derecho solamente se refieren al mecanismo registral. De ahí que al faltarle el requisito anteriormente citado y no engendrar por lo tanto una acción de naturaleza real, quede *ipso facto* fuera del sujeto protector del sistema. Continúa la exégesis exponiendo sus puntos de vista

en cuanto a las inscripciones de prohibición de disponer apropiamientos de agua, etc., haciendo hincapié en las inscripciones de actos dispositivos otorgados por mujeres casadas sin licencia marital, y de adquisiciones onerosas a favor también de mujer casada, cerrando con ello el capítulo primero.

Pasa revista, en el capítulo segundo, a la función calificadora de documentos judiciales, concretándose, después, a la excepción que el artículo 103 establece al principio general del trámite sucesivo en cuanto a los documentos otorgados por causahabientes no inscritos de titulares inscritos. Hace un examen especial del procedimiento judicial para el ejercicio de acciones reales, que concede enorme virtualidad procesal a los pronunciamientos del Registro y cuyo éxito práctico se patentiza, por el hecho de no haber apenas Juzgado de Primera Instancia en que no se tramiten varios asuntos de esta naturaleza. Señala que la jurisprudencia habrá de resolver cuestiones de importancia en esta materia, resaltando al propio tiempo el amplio arbitrio concedido al Juez. Puede entablarlo, el titular de derecho inmobiliario susceptible de engendrar una acción real, siempre que estas acciones no tengan en la Ley asignado otro procedimiento especial de ejecución, como las acciones reivindicatorias, confesorias y negatorias, coincidiendo en este punto con Roca; afirmando a su vez que no existe posibilidad de ejercitarse las posesorias ni las declarativas, notándose a este respecto la falta de un estudio a fondo sobre esta cuestión, no obstante, la copiosísima literatura jurídica que ha provocado la importancia de este tema.

La problemática de las innovaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario en materia de anotaciones, la estudia en el capítulo III, en el que proyecta su visión sobre las anotaciones de derecho hereditario y anotación de demanda. Cree que el derecho hereditario anotado es una "entelequia", en la estricta acepción del vocablo; el legislador de 1944 sustituyó el mecanismo, o, si se quiere, el artificio de la inscripción, que ofrecía bastantes ventajas prácticas, por el artillugio de una anotación cuya finalidad resulta indeterminada y cuya utilidad es imperceptible, citando opiniones tan sólidas como la de Roca, Sanz y últimamente Romero Cerdeiriña. Respecto de la anotación de demanda abunda en apreciaciones conceptuales que ayudan a perfilar esta importante institución, completando la materia con numerosa jurisprudencia y un poderoso apoyo doctrinal. También desarrolla, con la claridad a que nos tiene acostumbrados, la conversión de la anotación preventiva en inscripción definitiva.

El capítulo IV, lo dedica al asiento de cancelación tratando con todo rigor las que atañen a los representantes legales, crédito hipotecario, etcétera, y sobre todo, la de confusión de derechos, resolviendo numerosas dudas que la aplicación del precepto reglamentario puede presentar en la práctica y analiza al propio tiempo la correlación que este punto tiene con la doctrina general recogida en el Código civil.

Destaca también en la parte relativa a las innovaciones sobre hipotecas, las ideas y conceptos en orden a este derecho real y a los gravámenes simultáneos, logrando aclarar enrevesados problemas que estos cuerpos

jurídicos plantean en el sistema registral español. Respecto al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, después de realizar un lucido estudio del mismo, se declara contrario a su implantación, en beneficio del crédito territorial, de los deudores y quizás, también, de los acreedores. Pero donde el Sr. De la Rica demuestra de una forma incontrovertible su formidable preparación técnico-jurídica y extraordinaria erudición inmobiliaria, es precisamente en este capítulo V, al desarrollar el comentario del precepto sobre posposición de hipoteca, o lo que científicamente se denomina "reserva de puesto o de rango", superando en doctrina y estilo por su diafanidad al llorado D. Jerónimo González y a Roca Sastre, al concebir que en la permuta, posposición o reserva, hay siempre una posposición: un derecho que se coloca detrás de otro de constitución posterior, distinguiendo a su vez posposición entre derechos inscritos (permuto de puestos), y entre un derecho inscrito y otro de futura inscripción (posposición y reserva de puestos), y en esta segunda hipótesis, según él, cabe subdistinguir si la posposición se estipula en el momento de constituirse el derecho que va a retroceder (verdadera reserva de rango), o la posposición se estipula después de inscrito el derecho que se pospone y antes o al mismo tiempo de constituirse el que va a ganar rango (posposición en sentido estricto). Construcción arquitectónica que pone de relieve el poder de abstracción y conocimiento intrínseco de las instituciones hipotecarias, manifestación que puede perfectamente constituir el arquetipo de nuevas formulaciones posteriores.

En la temática de la concordancia del Registro con la realidad jurídica, vaticina que las actas de notoriedad con aprobación judicial han de tener poco éxito práctico, pero disentimos en que las actas de notoriedad complementarias no están sujetas al impuesto de derechos reales, actuando sobre la base de que donde la Ley no distingue no se debe distinguir, y por lo tanto, es improcedente dividir las actas de notoriedad a tales efectos en directa e indirectamente inmatriculables, para sujetar a las primeras y eximir a las segundas del pago del citado impuesto, pudiendo el Liquidador, en última instancia, si no se acepta el anterior razonamiento, recurrir al oportuno expediente de asimilación conforme al apartado 2) del artículo 44 del Reglamento del impuesto.

Recole y comenta el punto relativo a la publicidad registral por nota simple, caducidad de menciones, derechos personales, etc., con bastante extensión, y sobre la calificación de los sustitutos sienta premisas plausibles. Por último, en este capítulo VII, hace una discreta alusión a los preceptos que contienen innovaciones referentes a la organización del Registro y Estatutos de los Registradores.

En suma, no dudamos en calificar estos comentarios como la mejor obra que ha visto la luz en estos últimos tiempos no sólo por la claridad, certa visión de los problemas y método seguido en la exposición, sino también por el elevado juridismo demostrado por el autor, abogando porque la segunda parte anunciada no desmerezca de la presente.

DR. BADENES GASSET. Ramón.—“El riesgo imprevisible. (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)”.—Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1946.—250 págs.

El Dr. Badenes cumple con este libro, por de pronto, un mérito que no cabe regatearle: oportunidad. Todo el contenido del Derecho interesa a la paz social, pero esta paz social, como hecho histórico, destaca en cada tiempo problemas acuciantes y agudos que implican temas jurídicos especialmente graves. El tema abordado por el Dr. Badenes pertenece a esta clase. Suscitado con amplitud general por la guerra 14-18 y sus consecuencias (hasta entonces los datos del tema fueron, salvo excepciones, punto menos que hipótesis rebuscada y singular), los recientes acontecimientos mundiales y la universal y casi continua “alteración de las circunstancias” que padecemos le han vuelto a prestar viva actualidad¹.

Comienza su obra el autor con una “Introducción” en que, tras unas consideraciones generales sobre “La evolución del Derecho y la acción de la jurisprudencia”, se sitúa y justifica el tema. La referencia al tema de tales consideraciones—por otra parte de valor teórico muy excaso—no se manifiesta expresamente.

El capítulo I tiene de título “Concepto del riesgo imprevisible”. En este capítulo no hay que ver más que un planteamiento del tema, más completamente que en el mero esbozo de la “Introducción”. Para ello se sitúa el problema muy someramente, se declara la adopción de la terminología “riesgo imprevisible” entre todas las que designa la materia², y se in-

¹. La bibliografía española sobre el tema es reducida. Una sola obra de conjunto, la de CANDIL (“Cláusula *rebus sic stantibus*”, Madrid, 1946) y diversos estudios parciales o de síntesis como conferencias o artículos de revista (DUALDE: “De la cláusula *rebus sic stantibus* (Relatividad contractual)”, en “Temas varios de Derecho Público y Privado”);—Conferencias pronunciadas en el Colegio Notarial de Barcelona—, Barcelona 1943; HAURIOT: “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influídos por instituciones sociales”—con una nota sobre legislación administrativa española de FERNÁNDEZ DE VELASCO—, en *Revista Derecho Privado*, 1926; LENEL: “La cláusula *rebus sic stantibus*”, en *Rev. D. Priv.*, 1923; TELLO: “Consecuencias prácticas de la teoría de la imprevisión”, en *Información Jurídica*, marzo 1944; BATTLE: “La imposibilidad económica sobrevinida y no prevista en la ejecución de los contratos”, en *Analés de la Universidad de Murcia*, julio-septiembre 1945; DÍAZ CRUZ: “La cláusula “*rebus sic stantibus*” en el Derecho privado”, en *Rev. Gral. Leg. y Jurisprudencia*, mayo 1946.

Aluden al tema otros artículos (MORO LEDESMA y HERNÁNDEZ GIL, PÉREZ SERRANO, CASTRILLO, etc.), obras de conjunto y comentarios a jurisprudencia del T. S. Vid. en este mismo Fascículo del ANUARIO “Un dictamen del Consejo de Estado” sobre la materia y comentarios de VILLAR PALASI.

². La cuestión terminológica es, naturalmente, convencional. Pero para una terminología científica hay que estar al convencionalismo común o de la escuela. Por esta razón disentimos del autor, al parecerlo preferible en general a la designación francesa y predominantemente administrativista de “riesgo imprevisible” esa otra de “cláusula *rebus sic stantibus*” que, como procedente del Derecho común y de la Escuela medieval, tiene una aceptación general, así respecto a países y direcciones como a ramas del Derecho; por supuesto que aceptarla no implica acceder en la tesis originaria, a que el nombre alude de la cláusula tácita. Por otra parte, la teoría francesa de la imprevisión se ha formulado en el Derecho Administrativo por la jurisprudencia administrativa del *Conseil d'Etat*, por lo que tiene supuestos peculiares de explicación y justificación en ese terreno. Así, por ejemplo, PEUGUIGNOT en su magistral “Théorie générale du contrat administratif” (París 1945) afirma ser inequívocamente una teoría administrativa, incluso distinta respecto a los principios del Derecho privado común (págs. 517 y 605). No ignoramos que la opinión contraria ha sido igualmente mantenida. El autor recoge esta polémica en el § II del cap. IV, página 149, bajo el epígrafe: “¿Es la teoría del riesgo imprevisible común al Derecho privado y al Derecho público?” Pero el hecho mismo de esta cuestión como interrogativa, señala la utilidad de un término inequívoco y de común aceptación. En fin, la misma denominación “riesgo imprevisible” es restrictiva; se refiere sólo al problema de la mayor onerosidad, como consecuencia del riesgo sobreviniente, de una prestación debida, pero no puede referirse a otras cuestiones normalmente englobadas en la institución de la

tenta una limitación del concepto por distinción dialéctica con otros conceptos afines: culpa, error, lesión, enriquecimiento sin causa y abuso de derecho (a nuestro parecer, la heterogeneidad patente de muchas de estas figuras podía haber ahorrado el esfuerzo de pretender demostrarlo; otra cosa es el intento de comprender en estos conceptos normalmente admitidos el supuesto particular que la teoría de la imprevisión trata de resolver, cuestión que queda en el libro relegada al cap. IV).

El capítulo II está dedicado a "Nociones históricas". El autor hace un rápido recorrido por el Derecho romano, el canonismo de los siglos XII y XIII, el movimiento de los postglosadores, que son los que formula la tesis como cláusula tácita "rebus sic stantibus", la doctrina y la jurisprudencia italiana en el s. XVII y el Derecho natural racionalista, para concluir con la decadencia de la teoría, que es silenciada por los juristas franceses cuyo influjo recoge el "Code" y, tras éste, el movimiento codificador en general.

Se entra de lleno en la dogmática de la institución en el cap. III, que el autor titula "la modificación de los actos jurídicos válidamente celebrados". La base sistemática de este capítulo está en la distinción de dos modos de operarse esta modificación, según sea por intervención del "poder legislativo" o del "poder judicial". A esta distinción, aparentemente tan simple, le falta luego cierto desarrollo orgánico en el texto. Parece que no ha querido significarse el hecho de que el principio de la imprevisión puede tener expreso reconocimiento legal o no tenerlo más que jurisprudencial, sino, lo que en ocasión de un estudio dogmático tiene más importancia, que el juego del principio puede producirse por determinación objetiva y general de una Ley (en vista de una situación de imprevisión particular, cuyo alcance a los negocios afectados se define con exactitud; por ejemplo, en vista de esta devaluación de la moneda incremétense las deudas pecuniarias anteriores a tal fecha en un 20 por 100, o bien por modulación concreta del juez que, primeramente debe apreciar si la situación de imprevisión ha advenido o no en el supuesto concreto, por valoración de sus circunstancias singulares, y en el caso afirmativo decidir su alcance operativo. Dos únicas consideraciones teóricas preceden a la larga enumeración en nuestro Derecho positivo de las que el autor llama "leyes de emergencia", enumeración en que se concreta el primer epígrafe del capítulo: la afirmación de que en cuanto una disposición legislativa recoge el principio de la imprevisión "desaparece toda posibilidad de aplicación del riesgo imprevisible, que es un remedio para dar solución a situaciones no previstas por la ley ni por los interesados" (pág. 39), y otra que dice que esta legislación "puede considerarse admitida por la

cláusula "rebus sic stantibus", como la de la permanencia de una renuncia ya producida, la revocación de negocios consumados en sus efectos, etc. Casi todo el juego de la "cláusula rebus", en el Derecho Internacional se refiere precisamente a estos casos extraños al principio del "riesgo imprevisible", por lo que aludir a ello bajo esta misma denominación de "riesgo imprevisible" (como hace el Dr. Bádenas, pág. 135 y ss.) parece anómalo. Todo esto creemos que debiera de haberse tenido en cuenta, tanto más cuanto el autor no justifica la razón que le ha llevado a adoptar el término "riesgo imprevisible"; la cuestión, aunque relativa, tiene su importancia, por lo que no puede resolverse apodicticamente.

doctrina". Esa primera afirmación—a nuestro entender, equívoca—parece responder a un criterio firme del autor, pues la hace nada menos que contenido de una de las once conclusiones de la obra (conclusión 4.^a, página 226). Sin duda, este mismo criterio es el que ha impulsado al autor a reservar en exclusiva para el epígrafe segundo del capítulo (aplicación de la teoría por el "poder judicial") lo que llama "medios de aplicación de la teoría" (resolución, revisión, suspensión del acto afectado—o como el autor dice en curiosa terminología—, del "acto jurídico gangrenado"); de otro modo no se comprendería que las "leyes de emergencia" no dispusieran ningún "medio de aplicación de la teoría". De la segunda afirmación del autor (la "legislación parece admitida por la doctrina") debemos confesar que no comprendemos su sentido. La enumeración de disposiciones españolas "de emergencia" se hace con alusión esquemática de su contenido; notamos una omisión fundamental al tratar de la regulación de la materia en la contratación administrativa: la de la Ley de 17 de julio de 1945 y sus disposiciones complementarias, que han establecido el sistema de la revisión de los precios³.

Otra vez, al tratar de la intervención del poder judicial, vuelve el autor a remontarse a los principios de la actuación jurisprudencial, con cuya consideración ha encabezado ya el libro. Esta vez alude a la tesis del "standard" jurídico, a la teoría de los "órdenes concretos" (cuya referencia al tema no razona), y, en fin, al "amparo judicial para la revisión de contratos", que ya no es una teoría, sino una institución positiva y concreta establecida circunstancialmente en Alemania. Estudia a continuación "los diversos medios de aplicación de la teoría", que es, sin duda, la parte de mayor interés del capítulo. Sobrevenida la circunstancia imprevisible cabe que la obligación sea: resuelta, revisada, suspendida en su ejecución. Al tratar de la revisión expone la doctrina sentada por el Consejo de Estado francés en el célebre "arrêt" Gaz de Bordeaux (1916), base de toda la teoría francesa de la imprevisión, y unos antecedentes sobre la ley francesa Faillot. Justifica, a nuestro entender, pobremente el expediente de la revisión, al hacerlo sólo desde el punto de vista del deudor. Tras exponer el sistema de suspensión o prórroga, el autor concluye el capítulo recapitulando sobre cuál de las tres soluciones es preferible, inclinándose por un casuismo que debe administrar el prudente arbitrio judicial. Es lástima que el autor no haya ahondado más sobre esta cuestión (a la que dedica nada más que cinco páginas), sin duda la verdaderamente interesante en el capítulo y uno de los quicios de la dogmática de la institución.

El capítulo IV, el más extenso de la obra, está dedicado a estudiar el "fundamento de la teoría del riesgo imprevisible". Hace el autor en este capítulo una amplia exposición de doctrinas para concluir presentando una posición propia. Para tal exposición distingue cuatro grupos de posiciones doctrinales: 1.^o, aquéllas que sitúan el fundamento de la

3. Que esta regulación fundamental ya se había producido en el momento de la redacción del libro se deduce de que el autor cita fechas posteriores, p. ej., la de una Revista de noviembre de 1945, en la pág. 207.

institución en la propia relación jurídica afectada, y esto a su vez, ya subjetivamente en la voluntad informadora del negocio jurídico en cuestión (teoría de la "presuposición", de Windscheid, y sus afines—Renard, Ossilia, Cogliolo, Alsina, Dualde—; teoría de la "voluntad marginal", de Osti; teoría de la "base del negocio", de Oertmann, y sus modalidades en Locher y Lehmann; aplicaciones de la moderna teoría causalista; teoría del "deber de esfuerzo", de Hartmann, y, en fin, posición de Bruzin de la "situación extracontractual"), ya objetivamente, en el principio de la equivalencia de las prestaciones (antecedentes en la tesis escolástica del "justo precio", posiciones de Giorgi, Poyaji, Krückmann, Lenel, Mauury y Coviello); 2.º, doctrinas que sitúan el fundamento del riesgo imprevisible fuera de la relación jurídica, ya deduciéndolo de un principio moral general (Ripert, Voirin), ya del principio concreto de la buena fe (Went, Klenke, etc.); 3.º, justificación de la teoría por extensión del concepto de caso fortuito, mediante la tesis de la "imposibilidad relativa", que ha tenido cierto relieve en Francia e Italia y ha sido recibida por la jurisprudencia inglesa en la doctrina de la "commercial impossibility", y 4.º, doctrinas formuladas con otros fines, pero "que por su propio contenido resuelven el problema" (teoría de la integración, de Smend; teoría de la pluralidad de contratos en las obligaciones de trato sucesivo, de Larombière). De esta somera reseña del capítulo puede colegirse la amplitud del material bibliográfico manejado por el autor. Se observa, sin embargo, que a veces se ha extremado la singularidad de la doctrina de algún autor para señalarla como posición original; que falta en muchas doctrinas una exposición más orgánica y completa, como, por ejemplo, en la extensión al caso del principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, en que el autor olvida toda la obra de la jurisprudencia alemana, depurada en los años decisivos de la postguerra pasada; que no se acompaña la referencia bibliográfica de alguna teoría, como ocurre con la doctrina inglesa de la "commercial impossibility" (por cierto nada más que aludida); en fin, de otras teorías (por ejemplo, la de la "integración", de Smend) cabe decir que la aplicación al supuesto del tema está hecha con poco rigor.

El autor concluye el capítulo IV exponiendo la que él cree "posición correcta deducida de la revisión de conceptos tradicionales". Los epígrafes son expresivos de la concepción del autor a este respecto: "el contrato y la idea de comunidad", "debilitación de los dominios de la voluntad", "la solidaridad social", "la relatividad de los derechos". Se hace eco, como se ve, de la crítica moderna al concepto tradicional del contrato (crítica—por cierto—, a nuestro parecer, más aparatosa que efectiva; no alcanza a rozar a la dogmática esencial del contrato, perfilada en siglos de jurismo práctico y teórico, sino a lo más a alguna de sus aplicaciones prácticas). "El concepto tradicional del contrato, por inexacto—dice—, no puede soportar el problema que estudiamos en este trabajo" (pág. 112). Esta afirmación nos parece extremadamente orgullosa, tanto más cuanto que después no se opone a ese concepto "inexacto" otro concepto que le sustituya, conformándose el autor con una se-

rie de declaraciones generales del tenor ya aludido. Concluye afirmando "que el riesgo imprevisible tiene una amplia y sólida fundamentación en la relatividad de los derechos y en la solidaridad social".

El capítulo V estudia los "requisitos del riesgo imprevisible". Examina los siguientes: "imprevisibilidad" propiamente tal, dificultad extraordinaria, ausencia de acción dolosa de las partes, desconocimiento por el deudor del acontecimiento sobreveniente (en donde estudia la posibilidad de estimar el riesgo imprevisible en los contratos aleatorios, inclinándose por la afirmativa por la distinción de un álea previsible y un álea imprevisible), que no afecte al orden público y petición de parte interesada.

En el capítulo VI se señala el "ámbito de aplicación de la teoría". El autor estudia a este respecto la efectividad de la teoría en el Derecho Internacional Público, en el Derecho privado en general y en particular en los actos jurídicos no contractuales. A nuestro entender, si se quería hacer un estudio general de la relevancia de la teoría en todas las ramas del Derecho, se ha realizado la grave omisión de no considerar el Derecho administrativo, donde tiene un campo peculiar de aplicación que precisamente, como ya hemos observado, ha determinado la formulación de la teoría como teoría de la imprevisión; si no se ha pretendido esto, la referencia al problema en Derecho Internacional Público está fuera de sistema. En la presente obra es lo cierto que todos los capítulos anteriores se han realizado con la idea puesta en el Derecho privado y no, como en este capítulo parece pretenderse, construyendo una teoría en los términos abstractos de una teoría general del Derecho. En el estudio sobre la cuestión en el Derecho Internacional Público el autor deja deslizar alguna afirmación errónea, como la de imputar a Kelsen la concepción de la regla "pacta sunt servanda" como norma fundamental suprema del ordenamiento internacional⁴. No nos sorprende este desliz cuando el propio autor pone de manifiesto en este punto su falta de conocimiento y manejo de las fuentes, al atribuir a Kelsen una obra que no es sino del español Recaséns Siches, la publicada por Labor en 1929 con el título "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico"; la cita de la página 136 (nota) en ese sentido es reproducida luego en la Bibliografía general, página 238. Tras exponer la doctrina ligera "pacta sunt servanda" y hacer una historia de la aplicación de la "cláusula rebus" en las relaciones internacionales, concluye con una somera referencia a la posibilidad práctica de la teoría. El epígrafe II del capítulo está dedicado a la cuestión de la admisión de la institución del riesgo imprevisible, nacida bajo este nombre en el Derecho Administrativo, en el campo del Derecho privado. En realidad esta cuestión, como ya hemos dicho, está planteada respecto a la peculiaridad de esa teoría en cuanto formulada en el Derecho Administrativo por la obra del Consejo

⁴. Tal afirmación, además de ser falsa (remitimos al autor a la bibliografía de Kelsen accesible en castellano: "Teoría General del Estado", trad. Legaz, pág. 168, y "Compendio de Teoría General del Estado", trad. Recaséns, pág. 141 y ss.), es esencialmente antikelseniana, pues implica negar el carácter hipotético de la norma fundamental suprema y por ende el carácter formal del ordenamiento, la misma concepción "pura" del Derecho.

de Estado francés, por lo que no puede tener el mismo sentido plantearla cuando se ha prescindido de esa peculiaridad presentando bajo ese nombre en realidad una vieja doctrina formulada en y para el Derecho privado; verificamos aquí prácticamente aquella ponderación anterior de la importancia de la terminología. El autor concluye que la teoría del riesgo imprevisible "es común al Derecho público y al Derecho privado". Termina el capítulo estudiando la aplicabilidad de la teoría "a todos los actos jurídicos"; en realidad este enunciado no responde al contenido, pues el autor solamente se refiere a los actos unilaterales productores de obligaciones (promesa, etc.).

El capítulo VII está dedicado a la "legislación española", distinguiendo ahora el Derecho administrativo y el Derecho privado. Respecto a la legislación administrativa, el autor centra la cuestión en un estudio de la "fuerza mayor". Incluye en tal estudio en un error de interpretación —por cierto, bastante común— al partir de la base de que el principio de "riesgo y ventura" que informa la contratación administrativa contrasta con el artículo 1.105 del Código civil (pág. 165). Esta afirmación es totalmente falsa, aunque no sea ésta la ocasión más oportuna el demostrarlo⁵. Con este defecto inicial de comprensión, la exposición de nuestro régimen positivo administrativo es muy deficiente. Por otra parte, el autor no tiene en cuenta, como ya hemos observado más arriba, la regulación fundamental de la materia en este campo, constituida por la Ley de 17 de julio de 1945 y disposiciones complementarias, que establecen el prin-

5. El riesgo y ventura se refieren a la mayor o menor onerosidad en la realización de las prestaciones comprometidas ("El contratista no podrá bajo ningún pretexto de error u omisión reclamar aumento de los precios fijados en el cuadro correspondiente del presupuesto": art. 43 del Pliego de condiciones generales de 13 de marzo de 1903), pero en modo alguno a negar la aplicación al contrato administrativo del principio elemental de derecho que exonerá de toda responsabilidad por daños producidos a quienes no puede, directa ni indirectamente, imputarse su causación. Aunque bastaría exigir la prueba de la cita legal en contrario de esta afirmación nuestra (dado el párrafo 3.^o del artículo 60 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, que dispone la aplicación a los contratos administrativos de "las reglas de Derecho común" en lo no contradicho "por las disposiciones especiales sobre contratación administrativa"), cabe admitir una demostración positiva en el propio Pliego de condiciones generales, sin necesidad de acudir a los principios del derecho común, puede encontrarse formulación del principio "casus a nullo praestantur"; así, en el párrafo 2.^o del artículo 56, concordante con el artículo 13, se define del modo más amplio la situación de fuerza mayor ("motivos inevitables", "causa cualquiera independiente de la voluntad del contratista") para excepcionarla de la calificación material de incumplimiento culpable; y el art. 53 otorga al contratista nada menos que un derecho de rescisión (incluso con el derecho a ser indemnizado, aun cuando se tase la indemnización: párrafo 4.^o del art. 56) cuando "cualquier circunstancia independiente de su voluntad" impida durante más de tres años "comenzar las obras y desarrollarlas en la escala debida". El "riesgo y ventura" es, como se ve, el mismo "periculum" común del contrato privado. Suelen aducirse, sin embargo, ciertos preceptos (por cierto que el autor omite precisamente los fundamentales: art. 42 del Pliego y Reglamento de 17 de julio de 1868 en su parte vigente) en que se limita a ciertos siniestros, la estimación de la fuerza mayor en el contrato de obras públicas; pero se olvida que tales preceptos se refieren no en general a fuerza mayor como determinante de una situación de incumplimiento, sino como determinante de un perjuicio material ("pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras": art. 42 del Pliego) para decidir quién debe soportarlo. Si se examina el caso con detención, se llega a la sorprendente conclusión de que estos preceptos no sólo no consagran un extremo rigor en el principio del "riesgo y ventura", sino que son, precisamente, excepciones del rigor que es ordinario a este principio en el Derecho común, dado que establecen que las pérdidas causadas por aquellos ciertos siniestros, en vez de recaer sobre el contratista (como ocurre en el contrato privado de obras: arts. 1.589 y 1.590 Código civil), serán soportadas por la Administración mediante la indemnización oportuna. He aquí que la pretendida dureza del contrato administrativo no es sino en realidad, en este punto, benignidad, que coloca al contratista en situación más favorable que la que el Derecho privado le ofrece.

cipio de la revisibilidad de los precios del contrato. La exposición del régimen positivo en el Derecho privado es muy superior—en nuestro sentir, una de las partes más logradas de la obra—. El autor, ante la ausencia de preceptos concretos que consagren la institución del riesgo imprevisible (falta en nuestro Derecho una declaración expresa a este respecto como la contenida en los artículos 1.467-1.469 del nuevo Código civil italiano), estudia en el Código civil el principio “*pacta sunt servanda*”, sus limitaciones en sentido general, su afirmación frente a circunstancias sobrevinientes que pudieran afectarle y, en fin, los casos concretos en que, por el contrario, el legislador ha tenido en cuenta esta variación de circunstancias para posibilitar la rescisión, resolución, etcétera, de actos y contratos firmes. Examina a continuación la posibilidad de instrumentar la institución del riesgo imprevisible en nuestro Derecho sobre la base de los principios positivos respecto a interpretación (artículo 1.281 Código civil), causa (art. 1.277 Código civil), valoración de los daños de que responde el deudor de buena fe (art. 1.107 Código civil), principio contractual de la buena fe (arts. 1.258 Código civil y 57 Código de comercio), reciprocidad de las prestaciones (art. 1.124 Código civil) y plazos de gracia y beneficio de espera (arts. 1.128 y 1.912 Código civil). La disposición del autor hacia la institución le lleva a admitir su posibilidad (lo que razona con prudencia) en alguno de esos citados preceptos, particularmente en los que consagran el principio de la buena fe y el de la reciprocidad de las prestaciones. Tras examinar críticamente seis sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, concluye afirmando que “puede considerarse el riesgo imprevisible en nuestro Derecho privado como fuente primaria de aplicación”, y esto “como solución de ley sin necesidad de acudir a la aplicación de fuentes de derecho subsidiario”.

El último capítulo de la obra considera las “medidas que pudieran solucionar parcialmente el problema del riesgo imprevisible” mediante “la previsión del riesgo imprevisible”; se trata aquí de las llamadas “cláusulas estabilizadoras” frente a las fluctuaciones del valor monetario, supuesto el más general respecto a la teoría del riesgo imprevisible. El autor postula la validez de estas cláusulas valor, si bien admite que su excesivo empleo pudiera obligar al Estado a declarar la fórmula contraria al orden público.

Concluye la obra resumiendo en once “conclusiones” los criterios obtenidos a lo largo de la investigación del tema. Como final se acompaña una lista general de la bibliografía consultada.

Podemos resumir nuestro juicio sobre la obra de Badenes Gasset afirmando que, no obstante los reparos que pueden formularse—como hemos indicado—a alguna de sus partes concretas y a cierta falta de rigor observable en algunos puntos, acierta a presentar cuestiones importantes de positivo interés para nuestro Derecho, dada la actualidad y transcendencia del tema y lo exiguo de nuestra bibliografía. Sin duda que su utilidad ha de quedar pronto de manifiesto ante los encargados de administrar esa sutil y sugestiva institución que es la cláusula “*rebus sic*

stantibus"; esta proyección práctica de la obra es su mayor mérito positivo, cuya ponderación no precisará hacerse entre juristas que hacen de "la lucha por el Derecho" su vocación.

E. GARCIA DE ENTERRIA Y CARANDE

Letrado del Consejo de Estado

ERMINI, Giuseppe.—“Corso di Diritto comune. I, Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi”.—Fonti, 2.^a ed.—Milán, 1946.

El “Derecho común” es la ciencia nueva de un saber antiguo. Un romanista de hoy puede considerarlo como una forma primitiva, tosca, definitivamente superada de conocer y manejar el Derecho romano. Para estos estudios, una glosa de Bartolo es simplemente una curiosidad. El defecto radical de esta romanística del medievo es la falta de sentido histórico. El Derecho romano es para glosadores y comentaristas un todo compacto, homogéneo y sumamente racional. Ellos no ven los estratos de que está formado, y su labor se dirige a armonizar, poner de acuerdo los principios y normas que aparentemente se contradicen: *Haec vero non sunt contraria...* El resultado es de una lógica que intenta colocarse fuera del tiempo. Colocar el Derecho común en una perspectiva histórica debería constituir una gran lección para los dogmáticos de todos los tiempos. Porque si ha habido una escuela jurídica que se hubiera resistido a admitir que se insertase en un lugar histórico, relativo, esa es la escolástica jurídica medieval. Y, sin embargo, ahí está ahora.

Un método científico erróneo y superado, ¿qué interés puede tener? Sí: esa ciencia muerta fué un Derecho vivo, y aún diremos que fué una cálida aspiración medieval, más aún, como el contrapunto de su historia jurídica. Estábamos acostumbrados a observar en ésta el proceso particularizador que enlaza con los últimos tiempos del Derecho romano occidental, a cuyo proceso se yuxtapone después la recepción romanista, como algo distinto y en cierta manera exótico. Tenía que venir de Italia otra vez—ya que en su tierra se mantiene vivo y hasta exacerbado el sentimiento de la *civilità*—esta tendencia a contemp'ar la continuidad jurídica occidental desde el Derecho romano. Y es su ciencia actual la que se aplica a mostrarnos el Derecho común como una posición subsiguiente al *Ius universal*: Derecho común, ahora, justamente porque se opone como término al *Ius proprium*: se opone y lo complementa y conduce la evolución histórica hasta la época de las codificaciones contemporáneas.

Hay en estas investigaciones, verdaderamente, un objeto material diferente, el Derecho común; pero hay también otro punto de vista, otra actitud ante la totalidad del Derecho medieval. Para nuestra especialidad nacionalista—acaso con exceso dominada por la concepción germánica—esta nueva ciencia del Derecho común puede ser una invitación a caer tambié el punto de mira. ¿Adoptando íntegramente el de los autores italianos que primero con pasión—Tamassia—, después con paciencia, van reivindicando la continuidad de la tradición romana? Posiblemente habría algo que corregir en su nacionalismo.

El libro de José Ermini—de cuya segunda edición damos ahora cuenta—es una Introducción a la historia del Derecho común, mejor dicho, su historia externa, que se caracteriza notablemente por esa amplitud de criterio que permite concebir la disciplina como un método para la historia del Derecho medieval. Conserva la estructura y la fisonomía de un curso universitario, y también su belleza de esfuerzo científico.

El Derecho común es para Ermini el Derecho de la unidad romana imperial frente a los derechos particulares de las monarquías, de las ciudades y de todas aquellas corporaciones que adquieren el *Ius statuendi*; o bien dentro de aquella unidad, como permisión de una suprema potestad política o bien independientemente de ella, por propia jurisdicción, tendencia que en definitiva ha de imponerse y que desde un principio caracte- riza a los territorios no sometidos al Imperio medieval. El Derecho común es también un concepto relativo, como lo indica la observación del español Antonio de Burgos—cuyo testimonio recoge Ermini—de que en las monarquías independientes también se llama Derecho común a la Ley regia. Pero, no obstante, el Derecho común universal seguía actuando como razón escrita. No el Derecho romano exclusivamente, sino *Utriusque ius*, más el Derecho canónico común y asimismo el Derecho feudal común.

Respecto a España, es muy breve la referencia que se hace en el libro, pero tiene el valor de estar inserta en una visión general que ilumina el aspecto. Muy acertadamente, a nuestro juicio, Ermini parte del dato de que la *Lex wisigothorum* (que tiene muchos materiales romanos, pero que aún más, en lo que no es textualmente romano cada día se ve más posible su enlace con la evolución postclásica de este Derecho) representa un Derecho nacional común, recordado por los tribunales hasta el siglo XVIII. Y en cuanto al desarrollo del Derecho común medieval, tiene el acierto de comprender en él la recepción de los Derechos extranjeros junto a la legislación regia territorial, fenómenos que en las Partidas se funden, pero que no dejan de significar una doble corriente, sin cuya comprensión las disposiciones reales contrarias a la Recepción serían algo anormal e inexplicable en nuestra historia jurídica, lo que no son de ninguna manera. Derecho común es, así, para nosotros, no una mera influencia exterior, sino una perspectiva muy amplia de la Historia del Derecho Nacional que incluye, naturalmente, el *ius particolare* del uso de la tierra y los fueros locales.

Muchas cuestiones internas, de la técnica del Derecho común, campo en cierto modo nuevo para la investigación histórica, son planteadas en este libro. Ejemplo, la de los elementos constitutivos y, por tanto, la del concepto mismo del Derecho común.

Como siempre, será posible realizar una labor positiva y fecunda si que se llegue a un acuerdo sobre este punto. Pero la actitud tomada por Ermini—“el Derecho común encuentra su razón de ser en la antítesis con un contrapuesto Derecho no común”—me parece que encierra posibilidades espléndidas.

R. GIBERT

FANELLI, Giuseppe.—“L'assicurazione privata contro gli infortuni”.—Roma, 1945, Ed. della Rivista “Assicurazioni”.—VII, 254 págs.

A pesar de que el título de la obra autoriza a pensar, lógicamente, que la materia tratada se reduce al estudio especializado de una rama concreta del ya frondoso árbol del seguro, el estudioso se encontrará gratamente sorprendido al encontrar a través de sus páginas, correctamente planteadas y resueltas, numerosas cuestiones que tendrían, sin duda, un marco más adecuado en una teoría general del seguro.

El autor, cuya labor a través de diversas revistas es bien conocida, ha podido exponer de manera completa y exhaustiva—como hasta ahora no se había hecho en Italia, que nosotros sepamos—los numerosos problemas que plantea este sector del seguro, que viene adquiriendo de día en día un más amplio desenvolvimiento, sin renunciar a una densa introducción, que permitirá a quien no posea una previa preparación en estas cuestiones entrar provechosamente en el estudio del seguro de accidentes en especial.

Se inicia el trabajo con un capítulo destinado a la determinación del concepto del seguro contra accidentes, en función de la naturaleza del riesgo que persigue garantizar, y a la delimitación de otras especies afines. Una breve reseña histórica, en la que se afirma que el seguro contra daños como rama autónoma de la familia del seguro nace y se desenvuelve a partir de la segunda mitad del siglo pasado, sirve de pórtico a la exposición de las principales formas contractuales en uso y a su clasificación atendiendo a criterios diversos, y que nos muestran claramente la amplia gama de matices que la práctica nos ofrece.

La naturaleza jurídica del contrato de seguros contra accidentes es cuestión siempre controvertida y cuyo estudio lleva necesariamente a un clásico planteamiento: ¿Cabe asimilarla al seguro sobre la vida? ¿Constituye una categoría “sui generis”? El autor, antes de entrar en el examen del núcleo central de la cuestión, se preocupa del correcto planteamiento del problema y de las necesarias precisiones conceptuales y terminológicas, abordando el problema previo de cuál sea la naturaleza jurídica del contrato de seguros en general. La solución del autor, que ya se vislumbra desde un principio, es clara. Fanelli adopta una postura dualista. Seguro contra daños y seguro sobre la vida son, para él, dos categorías enteramente distintas y en las que, dada la fundamental diversidad de causa, falta toda posibilidad de unificación, y aun de reconducir a unidad conceptual—con la suficiente virtud diferenciadora—relaciones tan diversas como el seguro social y el seguro privado, por ejemplo.

Moviéndose en la órbita del nuevo C. c., en el que la existencia de una definición formalmente unitaria del seguro, artículo 1.882, y de un vasto conjunto de normas calificadas por el legislador de “Disposiciones generales”, parecen invitar al intérprete a una solución unitaria, Fanelli llega a la conclusión de que se puede afirmar que salvo la norma que define el seguro (art. 1.882) y las que postulan la empresa (arts. 1.883 y 1.902) todas las demás “Disposiciones generales” relativas al contrato de seguro no regulan el típico contenido del contrato, sino que se refieren a aspec-

tos secundarios, periféricos, regulan caracteres no exclusivos del seguro o son manifiestamente inaplicables a ambas especies de seguro. La existencia de "Disposiciones generales" aún puede proporcionar, añade, argumentos para la tesis dualista. Pero el propio autor reconoce que para la fundamentación de la misma son necesarios argumentos más sustanciales. Sólo la existencia de una típica y unitaria causa común a ambos tipos de seguro puede autorizar la afirmación de que existe una típica relación contractual en el campo del seguro. Basándose en que toda tentativa de fundamentación tiene que valuararse exclusivamente en función de la causa, somete a crítica las teorías más caracterizadas, y entre ellas:

La teoría de la empresa, tan unida al nombre de Vivante, si bien ha tenido el mérito indiscutible de poner de relieve la importancia del fundamento técnico del seguro, aun para su disciplina jurídica, dice Fanelli, que la presencia de una empresa entre los sujetos del negocio no incide en su causa ni puede llevar a una precisa noción unitaria.

Las teorías basadas en el objeto del contrato (Karup, Wörner, Ehrenberg, Erenzweig, Weens) y en la idea de la necesidad ("Bedarfstheorie"), defendida, entre otros, por Hupka, Bruck, Hemard, Mossa, Viterbo, Ferrarini y, especialmente, Salandra, tampoco merecen su aprobación, y llega a la conclusión de que existe una profunda y completa fractura en el campo de los contratos de seguro; para unos, la causa típica es su finalidad indemnizatoria; para otros, la obtención de una suma predeterminada. Queda así, pues, Fanelli encuadrado en aquella línea de pensamiento en que militan Valeri, Brunetti, Devoto, Gasperoni, Kisch, Hagen, etc., que niega la posibilidad de construir una teoría unitaria del seguro.

Estas conclusiones tienen lógicamente su proyección en la determinación de cuál sea la naturaleza jurídica del seguro contra accidentes. ¿En qué grupo de la dicotomía apuntada hay que incluirle? ¿Forma un grupo especial? Fanelli cree que no cabe encuadrarlo en ninguno de los dos grupos y que nos encontramos ante un *contrato mixto*, que resulta de la reunión de dos causas típicas: la del seguro contra daños y la del seguro sobre la vida.

De lo que llevamos expuesto cabe deducir claramente que esta concepción de Fanelli no había de tener pleno asentimiento en Italia. En efecto, la publicación de la obra que nos ocupa motivó la crítica de un sector muy cualificado de la doctrina. La más reciente que ha llegado hasta nosotros es la del profesor de Bolonia Vittorio Salandra, que insiste en que aparte de la unidad de la conclusión del contrato y la del documento contractual, reconocida por el mismo Fanelli, se opone la consideración de la unidad del riesgo asumido por el asegurador. Invalidez temporal, invalidez perpetua y muerte, constituyen variaciones de intensidad, más bien que de naturaleza. A la tesis del contrato mixto se opone, por otra parte, añade Salandra, la unidad y la absoluta inescindibilidad de la indemnización, que es la misma para las tres hipótesis contempladas en el contrato.

En el capítulo III se estudia el concepto de riesgo, dedicando especial atención a los límites legales y convencionales, respecto de los cuales el legislador ha dejado la más amplia libertad. Lo esencial es que el riesgo

exista; cuál sea su naturaleza y su medida corresponde a las partes establecerlo en la póliza.

En el estudio de la cuestión, siempre difícil, del nexo de causalidad entre evento y siniestro nos muestra el autor un pleno dominio de la materia y una rara claridad de exposición en el análisis de las diversas teorías que pretenden dar solución al llamado problema de la causalidad: 1.^o Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la "conditio sine qua non". 2.^o Teoría de la causalidad adecuada; y 3.^o Teoría de la causalidad regular.

La conclusión, efectos y extinción del contrato se estudian en el capítulo IV. En lo tocante a la conclusión, son dignas de tenerse en cuenta las consideraciones del autor respecto a los problemas vivos que plantean las declaraciones inexactas y las reticencias de los contratantes.

Después de apuntar el contenido del contrato, se estudia la extinción y renovación del mismo.

Se cierra la obra con un apéndice en el que se recoge la "Poliza di assicurazione cumulativa infortuni" tipo, concordada en 1941 entre las Compañías de este ramo, y cuyas principales cláusulas vienen reproducidas también en las recientes pólizas individuales.

E. VERDERA y TUELLS

FERRARINI, Sergio.—"L'impresa di navigazione".—Ed. Dott A. Guiffré, Milano, 1945.—I, XII + 204 págs.; II, 182 págs.

Después de un prolongado silencio impuesto por las difíciles circunstancias que han perturbado la brillante producción científica italiana, la Colección de "Monografie di Diritto della navigazione", recopiladas por el Prof. A. Lefebvre D'Ovidio, ha iniciado nuevamente su publicación. Y, en estos momentos de laboriosa reconstrucción nacional, le ha correspondido al Prof. Ferrarini el indudable honor de proseguir una trayectoria provisionalmente truncada, con una monografía sobre el Derecho italiano de la navegación, a la que siguió "I contratti di utilizzazione della nave e dell'aeromobile", Roma, 1947.

La tarea emprendida por el autor tropieza necesariamente con serias dificultades, entre las que destaca la falta de publicación de los reglamentos para la aplicación de la Ley. Y así Ferrarini, como anteriormente Scialoja en su "Curso", sólo puede referirse al proyecto de reglamento para la ejecución del Código de la Navegación, que ya en junio de 1943 esperaba ser sancionado.

El primero de los cinco amplios capítulos en que se divide la obra está consagrado al estudio de la empresa de la navegación, desde el punto de vista de su encuadramiento sistemático, y, en él, se llega a la conclusión de que existe una indudable conexión en lo que toca a la disciplina general de la producción, y separación en lo referente a los fines y caracteres peculiares de la empresa de navegación. Y ya en el ámbito de este derecho especial, cree el autor que el carácter preponderante con que aparece la empresa en el Código de la navegación, indica que la noción de empresa

para aquél no se deduce solamente a las disposiciones del Código dedicadas a ella, sino que hay que reconstruirla en una visión más amplia en que esté considerada armónicamente en la unidad de las normas del derecho privado, y del público, referentes tanto a ella como a sus elementos singulares.

Estas previas conclusiones sistemáticas vienen, por otra parte, a precisar el contenido y límites del estudio. Realmente, como nos advierte el mismo autor, no es posible tratar en una obra monográfica la empresa de navegación orgánicamente, en todos sus múltiples aspectos y desarrollos, ya que ello llevaría necesariamente a una exposición completa del Derecho y de la Navegación sobre la fecunda base de la empresa. Una necesaria limitación, evidente en esta clase de trabajos, lleva al autor al estudio de determinadas cuestiones concretas, limitándose en los más de los casos a rápidas referencias a reglas e instituciones del Derecho de la navegación.

En el capítulo II, consagrado a la noción de empresa de navegación, se parte de una revisión crítica de la densa y sugestiva doctrina de la empresa, uno de los modernos caballos de batalla de nuestra ciencia. Aún cuando ve en el C. c. una noción esencialmente unitaria de "empresa" y "azienda", cree es preciso fijar la relación entre ambos términos, que son, dice, aspectos respectivamente subjetivo y objetivo del mismo fenómeno.

La "azienda" es el complejo organizado de instrumentos, personales y reales, y de relaciones en su resultante objetiva; empresa es este mismo conjunto en ejercicio.

Después de estas necesarias precisiones conceptuales y terminológicas, en que el autor fija su propia posición en esta debatida materia, aborda la noción de empresa de navegación, observando que el Código de la navegación emplea el término empresa tanto para referirse a la empresa económica en general como a la empresa de navegación.

Con respecto a la fundamental cuestión de la responsabilidad del armador, el nuevo Código de la navegación, apartándose del sistema del abandono a los acreedores, se ha inclinado por el de la limitación del débito, aunque siguiendo distinto sistema para la navegación marítima que para la aérea. Sobre esta base legal, el autor critica aquellas doctrinas que afirman la autonomía patrimonial de la empresa-nave y su personificación, sosteniendo que el nuevo sistema no permite continuar hablando de patrimonio naval separado del terrestre del armador.

La figura del empresario o armador nos viene delineada a través de la contraposición de dos aspectos: el dinámico de la explotación de la nave o aeronave y el estático de la propiedad. En otras palabras, contraponiendo la figura del propietario a la del empresario, posible desde el momento en que ambas figuras no coinciden necesariamente.

Fiel a esta distinción apunta Ferrarini el concepto de armador y delimita los supuestos, no siempre claros, de arrendamiento de nave y arrendamiento de empresa de navegación, fletamiento y transporte y, por último, la empresa de navegación como forma típica y esencial de la explotación de la nave o aeronave.

La última parte de este denso capítulo se consagra al estudio de la

responsabilidad del armador como jefe de la empresa de navegación, criticando la doctrina de la responsabilidad objetiva.

Estudiada la empresa de navegación individual, el autor se refiere a la sociedad de armamento entre copropietarios, y, en general, a la empresa de navegación colectiva, en sus diversas modalidades: sociedad mercantil, comisión de gestión y asociación no reconocida, señalando quién asume la figura de armador en cada uno de estos supuestos y deteniéndose especialmente en la sociedad de armamento.

La publicidad de la empresa, en general, responde a la necesidad de que los terceros conozcan quién es el empresario, así como cuantos datos puedan interesar en sus relaciones comerciales. En el caso concreto de la empresa de navegación, la particularidad consiste en la necesidad de que conste especialmente si el armador es, además, propietario de la nave. Esta interesante materia es objeto de estudio en el capítulo IV de la obra, en el que después de apuntarse el origen y evolución de la publicidad en las diversas reglamentaciones anteriores al Código de la navegación, se analizan las disposiciones contenidas en éste, especialmente en lo relativo a la declaración del armador en sus múltiples aspectos, la organización de la publicidad y, finalmente, sus efectos. La publicidad de la sociedad de armamentos y del poder conferido al consignatario se estudian en la última parte del capítulo.

Se cierra la obra con el capítulo relativo a la empresa de navegación y a la sociedad de armamento, como tipo especial de sociedad comercial y los cuidados índices, de materias y autores.

E. VERDERA Y TUELLS

FERRER CORREIA, Antonio de Arruda.—“*Sociedades ficticias e unipessoais*”.—Coimbra, 1948.

Es Ferrer Correia, profesor de Derecho mercantil e internacional privado de Coimbra, la primera figura de la escuela que dirige el civilista de aquella Universidad—a quien dedica esta monografía—, Domingues de Andrade, orientada en el método de la jurisprudencia de los intereses. A ella se debe una renovación de los estudios jurídico-privados de Portugal, que hoy han adquirido transcendencia y relieve insospechado merced a su solidez científica y a la relevancia del fin práctico del Derecho que en ellos se preconiza.

Es autor de un famoso estudio sobre *Erro e interpretação na teoria do negocio jurídico* (Coimbra, 1929) y también de varios artículos publicados en diferentes revistas, especialmente en la de *Direito e Estudos Sociais*, a cuyo Consejo de redacción pertenece.

Y viene a consolidar su prestigio con esta magnífica obra, aparecida a mediados de abril, de la que vamos a hacer una amplia referencia.

Indica Ferrer en la introducción que va a estudiar un fenómeno frecuente de la vida económica moderna que por su singularidad parece estar al margen de toda previsión y protección legal: la existencia de Sociedades comerciales bajo el exclusivo control de una sola persona.

Este fenómeno puede producirse por una concentración de todas las cuotas o acciones—cuya titularidad al iniciarse la Sociedad estaba repartida entre varios socios—en manos de un único asociado. Mas también es frecuente que, para limitar la responsabilidad patrimonial, la Empresa colectiva viva siempre dominada por un único socio, no por constituirse con una sola persona—lo que se opone rotundamente a la misma esencia de la Sociedad—, sino porque de sus fundadores todos menos uno, por acuerdo de las partes, asume la posición de meros socios ficticios; hay en estos casos una sola persona interesada en la Empresa, y, diga el Derecho lo que diga, la verdad es que de hecho, económicamente, la Empresa pertenece a esa persona. La ley fué aquí una vez más ultrapasada por los hechos.

En el primer supuesto estamos ante una Sociedad unipersonal. En el segundo, frente a lo que los italianos llaman “Societá di comodo” y Ferrer traduce con acierto por “ficticia” o “de favor”.

El arduo problema que se plantea es dilucidar si las Sociedades anónimas y por cuotas pueden ser desviadas de su finalidad típica, poniéndolas al servicio del comerciante individual en virtud de la autonomía privada; es decir, si el principio de la voluntad domina de tal manera en el Derecho que le sea permitido utilizar para sus propios fines las formas por el ordenamiento predispuestas para finalidades diferentes.

El autor razona la sistemática que adopta advirtiendo que el dividir en dos partes su trabajo (una dedicada a las Sociedades ficticias y otra a las unipersonales) obedece a los diferentes problemas que en ellas se plantean: las Sociedades ficticias exigen determinar el valor jurídico del acto constitutivo para pronunciarse sobre su validez; en las unipersonales el valor del acto constitutivo no se discute, mas han de apreciarse las consecuencias resultantes de la reducción de los socios a la unidad y del destino jurídico de la corporación que en determinado momento cayó en manos de una sola persona. ¿Da ello lugar a un trato jurídico diferente en cada caso?

Expuestas estas bases, pasa a desenvolver el problema con la sistemática enunciada.

Las Sociedades ficticias son Sociedades creadas para el disfrute de un único individuo, normalmente para proporcionar a un comerciante el beneficio de la responsabilidad limitada, interviniendo en su creación una serie de socios ficticios, meros presta-nombres, con objeto de dar al negocio la configuración legal necesaria y que muchas veces se comprometen a ceder sus cuotas o acciones—después de constituida la Sociedad—al único interesado, si bien ese acuerdo no es esencial ni altera el supuesto.

Nos encontramos ante un caso de simulación. ¿Será relevante? Previamente a responder, hay que determinar si se puede aplicar a las Sociedades mercantiles la teoría general de la simulación del esquema civil.

Estudia Ferrer las teorías negativas. Primero la que considera que los requisitos de escritura pública e inscribir en el registro son constitutivos de la Sociedad, en cuyo caso la simulación tendría que ser excluida. Niega que tal suceda; la intervención del Notario y del Registrador no

supone un reconocimiento por concesión, sino un reconocimiento normativo condicionado a ciertos presupuestos legales; el funcionario ha de constatar tan sólo si existen esos presupuestos exigidos por la ley.

Mas cabe la pregunta de si aun así puesto el problema esa intervención estatal reviste tal naturaleza que excluye la posibilidad de simular en el contrato de Sociedad. Así lo cree Ferrara en referencia a las personas jurídicas en general y a las Sociedades comerciales en particular. Critica Ferrer esta idea, superada en Italia por Valeri, Pestalozza, Ascarelli, Dominedó, Russo, Salandra, Cicu, Marcora y Butera, y en Portugal por Beleza dos Santos, concluyendo que la autoridad pública no es parte en el proceso constitutivo de las Sociedades comerciales, por lo que si hay acuerdo simulatorio entre los fundadores del ente social, ningún requisito faltará al acto simulado.

Otra teoría considera el acto constitutivo como negocio complejo, deduciendo de ello que el esquema civil de la simulación es totalmente inaplicable: tal afirma la mayor parte de la doctrina alemana. Reconoce Ferrer que admitir que el acto constitutivo tenga esa naturaleza no es tesis segura, y que, por el contrario, en los países latinos la teoría contractualista es la dominante. Mas no queriendo pronunciarse por una de estas dos directrices—cree que esto excede los límites de su trabajo—, prefiere probar que aun adhiriéndose a la idea del acto complejo no se torna necesario excluir la simulación. Tal proceso deductivo es metodológicamente incorrecto; no susceptible de simulación será el negocio jurídico colectivo unilateral no recepticio. Pero no se puede concebir el acto constitutivo de la Sociedad como un simple haz de declaraciones de voluntad paralelas, concurriendo todas en el mismo punto; no hay que olvidar que cada uno de los declarantes adquiere ciertos derechos y ciertas obligaciones respecto a sus consocios en virtud de la declaración que emitió combinada con la de los demás, con lo que, técnicamente, estamos en presencia de declaraciones recepticias. Y en cada una de ellas podrán concurrir los requisitos de la simulación.

En todo caso, nos parece que hubiera sido preferible adherirse a la tesis contractualista, que en nuestros países goza de amplia acogida; con certeza le hubiera sido a Ferrer más fácil probar la consistencia de ésta que no lo que ha intentado, que por otra parte sólo es útil para conseguir afirmar la posibilidad de simulación en todo caso; esto tal vez sea un exceso de celo.

El mismo autor reconoce en el párrafo siguiente un exceso conceptual —aunque necesario a la investigación—en lo anterior y pasa a enfocar el estudio desde el plano de los intereses.

Comienza por afirmar que en el caso de que el Derecho tratase las declaraciones individuales de los socios como independientes en absoluto de la voluntad individual de que proceden, poco interesaría haber probado que la simulación era posible en aquéllas. Mas niega ese trato ya que existen una serie de intereses capaces de justificar la autonomización de las voluntades constitutivas del acto social, con sus eventuales vicios: Los intereses del público, concretamente los de los acreedores y adqui-

rentes de la Sociedad; los de los socios admitidos posteriormente a la constitución, y los de la misma Sociedad comercial, a la que no se pueden comunicar los vicios del acto constitutivo, que si en otros negocios serían relevantes, aquí dejan de serlo para la mayor velocidad en el ritmo de las transacciones y la más pronta obtención de créditos y lucros. Cuando se negocia con un comerciante colectivo no se puede obligar a investigar la validez del acto social.

Estudia Ferrer a continuación el régimen de la Sociedad herida por vicios subjetivos en el contrato fundacional, apartándose así del tema, indudable defecto sistemático confesado por el propio autor, justificándolo por tratarse de un asunto de extrema importancia y no conocido en Portugal. Reconociendo la verdad de estos argumentos, no dejamos de seguir pensando en lo improcedente del sistema; esta materia hubiera podido servir para hacer un artículo al margen de la monografía y con referencia a ella, pero no para incluirla aquí, lo que, indudablemente, perjudica la unidad de exposición y ninguna utilidad directa presenta para las soluciones que han de darse. Hace un estudio completo y valioso de este asunto, pese a su afirmación de no querer ser exhaustivo.

Sostiene Ferrer que la participación simulada de un socio da lugar tan sólo a un derecho de exoneración; es así como mejor se protegen los intereses de los acreedores y de los socios. Pensar que la simulación sólo es inoponible a los terceros de buena fe, es por demás insuficiente. Para dar fuerza a sus afirmaciones realiza un trabajo interpretativo de los textos portugueses y una exhaustiva exposición de la doctrina, con lo que recoge los materiales precisos para una construcción científica y práctica que venga a fundamentar la mejor tutela del fin y de los intereses. Con esta base, entra de lleno en el problema de las Sociedades ficticias y la simulación.

Dos principales teorías se perfilan al querer calificar la naturaleza de esas figuras: la de la simulación (Dominedó, Bonelli, Vivante, Mossa, Pestalozza, Russo, Manara, Butera y De Gennaro) y la del negocio indirecto (Ascarrelli) o el fiduciario (Greco). Una tercera postura intermedia y aislada, que pudiera deducirse de la tesis de Messineo en referencia a la "societá collegiate" en el sentido de afirmar que existe simulación, pero no recae en el contrato, sino en el resultado que por su intermedio se pretende alcanzar; es puesta de lado por Ferrer. Rechaza también las tesis del negocio indirecto y del fiduciario para afirmar que los suscriptores de complacencia son simulados.

Admite como irrefutable la imposibilidad de crear libremente patrimonios separados; sólo serán consentidos en casos particulares y en virtud de intereses importantes a salvaguardar. Y la separación para fines comerciales el legislador sólo pensó en concederla a las Sociedades mercantiles, no al comerciante individual; el Derecho no proporciona a los particulares la libre autonomización de una parte de su patrimonio en orden a limitar su responsabilidad. Mas esto no es por "odio" del legislador a ese resultado, sino por una deficiencia del ordenamiento explicable por la inercia jurídica. Esta es la única posibilidad de afirmar que la

simulación no vicia de nulidad a las Sociedades ficticias: considerar que aunque no están expresamente reconocidas en la ley, pueden ser implícitamente admitidas. Los argumentos de Salandra y Brunetti sobre la validez de la manifestación de la voluntad merced a la preponderancia de la apariencia sobre la realidad, y de Soprano, que considera subsistente la promesa vinculatoria dirigida a los terceros no obstante la nulidad del acto social, nada pueden probar. O se reconoce que tales Sociedades que nacen simuladas están permitidas por la ley o hay que afirmar su nulidad. Sólo más adelante, en la segunda parte de su trabajo, se pronunciará Ferrer sobre estas dos soluciones.

Estudia después la Sociedad unipersonal. Su admisibilidad es negada por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia portuguesas, basándose en el propio concepto de Sociedad. Fué Ferrer el primero que se opuso a la corriente general, habiendo seguido su dirección Pinto Coelho, que la ha llevado a sus últimas consecuencias. La Sociedad comercial no es, jurídicamente, una simple organización de individuos para la realización de un interés económico común, sino un sujeto autónomo de derechos y obligaciones, una unidad ideal. La suerte del todo puede ser así independiente del destino de las partes. Mantener la tesis contraria es una postura conceptualista errada, desconociéndose que al no admitir la continuación de la Sociedad por quedar en manos de un solo socio se niega protección a ciertos intereses diferentes de los que presidían al tiempo de crearse el acto social.

La Sociedad disuélvese al llegar a la unipersonalidad cuando sea genuinamente de personas. Así ocurre en la colectiva, donde el detentador de todas las partes sociales hace suya la Empresa, subsistiendo tan sólo la personalidad hasta terminada la liquidación. E igual acontece en caso de Sociedades comanditarias.

Pero no ocurre lo mismo en las Sociedades de capitales. Apártase Ferrer de la teoría dominante en Italia, que considera el hecho de concentrarse en manos de un solo socio—en la Sociedad anónima—todas las acciones, como absolutamente irrelevante en el campo jurídico. Mas tampoco se adhiere a la de Mossa, seguida en el Código italiano del 42, que obliga al socio único a responder personal e ilimitadamente de los débitos sociales. Pondera los pros y contras que ofrecen tanto el reconocimiento de estas sociedades como el pretender su necesaria disolución, deduciendo que lo más ventajoso es consentir en la persistencia de la sociedad unipersonal, mas reconociendo a los acreedores el derecho de promover su disolución y acreciendo la responsabilidad—subsidiariamente—al matrimonio personal del socio único cuando este desfalcase el fondo social.

Esto desde el punto de vista teórico. Legislativamente encuentra base para su teoría en el párrafo 3 del artículo 120 del Código mercantil portugués, en vista de lo cual cualquier interesado puede requerir la disolución de la sociedad anónima cuando se demuestre haber existido más de seis meses con un número de accionistas inferior a diez. Con ello se faculta al socio único para mantener durante seis meses la sociedad y para reconstruir en ese plazo la colectividad social. Es este, aunque tí-

mido; un reconocimiento legal de la Sociedad en manos de una sola persona. Y considera Ferrer que también se benefician del régimen del párrafo 3 del artículo 120 las Sociedades por cuotas.

Pero no se puede llegar al mismo resultado en las Sociedades ficticias y, por tanto, el trazo jurídico de unas y otras será diferente. No pueden encuadrarse en el artículo 120, porque lo que justifica la subsistencia de la Sociedad anónima en el caso del párrafo 3 por el plazo de seis meses, no es otra cosa sino la expectativa de reconstitución de la colectividad de socios ("spes refectionis"), expectativa que nunca puede darse en las ficticias.

Por tanto, la ficticia, simulada como es, está sujeta a ser declarada jurídicamente inexistente por la nulidad del acto constitutivo, a petición de cualquier interesado, sin que pueda—claro está—oponerse la simulación a terceros de buena fe.

¿Cuál es la condición jurídica de la Sociedad unipersonal? Le son, en principio, aplicables las disposiciones legales referentes a las sociedades, salvo las inconciliables con la situación de hecho existente. También se rigen por las determinaciones estatutarias, porque el pacto social continúa vigente. A unas y otras normas es debido pleno acatamiento en cuanto se dirigen a proteger a los terceros y a la Sociedad. Esas Sociedades siguen teniendo, mientras existen, personalidad jurídica y una esfera patrimonial perfectamente diferente de la del socio; también poseen personalidad judicial y están sujetas a quiebra. Pero todo esto siempre que el socio se mantenga en la línea de representación del interés corporativo, sujetándose a la pérdida del privilegio de la responsabilidad limitada cuando se aparta de ella, violando los preceptos de la Ley que para la tutela de terceros fijan el principio de vinculación y consiguiente intangibilidad del capital social.

Durante el tiempo en que así subsiste es posible el autocontrato, aunque una vez reconstruida la Sociedad se pueden impugnar los contratos hechos por el ex-socio único consigo mismo. Ahora bien, el hecho de la subsistencia de la separación de patrimonios que justifica la autocontratación, no puede hacerse valer cuando con ello se venga a lesionar la voluntad contractual, los principios de la buena fe y los del abuso del Derecho. Apreciar estos extremos es cosa que debe quedar en cada caso concreto al recto juicio del magistrado.

¿Cuál será el encuadramiento y la construcción jurídica que mejor condigan con la sociedad unipersonal? No intenta Ferrer hacer una construcción puramente dogmática, vacía de todo contenido vital, sino que preconiza un conceptualismo cargado de sentido, reflejando los valores y los fines del Derecho. Con este propósito observa que el pensamiento que anima la "Sociedad" es de la comunidad de esfuerzos y capitales para la realización de una Empresa. Ello trae consigo la idea de un patrimonio autónomo al que corresponde una autónoma subjetividad jurídica; ese patrimonio subsiste en la sociedad unipersonal, cuya forma social—único resto de la Sociedad primitiva—permite al socio único continuar el ejercicio de la Empresa mediante el patrimonio autónomo. El

patrimonio es el soporte necesario del ente jurídico social unipersonal.

Para explicar el paso de lo que era Sociedad a lo que es un simple caso de autonomía patrimonial, rechaza el autor la teoría de la sucesión (Wieland), afirmando por su parte que lo que esclarece el hecho es la idea de la continuación de la personalidad del ente social; la Sociedad extinguese en estos casos como agregado corporativo, más subsiste como personificación de un patrimonio. De esta manera se explica perfectamente la posibilidad de transformarse otra vez en verdadera Sociedad sin que sea necesario nuevo acto constitutivo social al cederse cuotas o acciones a un tercero; porque el ente jurídico primitivo no dejó de existir, la Sociedad mantúose como persona, conservó su estructura esencial, permanecieron vigentes los estatutos. Y una de las normas estatutarias es la que indica el proceso a seguir para la admisión de nuevos socios, con lo que siempre que se siga ese proceso la Sociedad unipersonal se tornará automáticamente y sin ningún otro requisito verdadera Sociedad. Esta construcción proporciona, por tanto, una visión realista y lógica del fenómeno.

Así acaba la obra de Ferrer. Por lo que de ella expusimos puede el lector apreciar su valor. Es cierto que apuntamos pequeños defectos sistemáticos que el mismo autor es el primero en reconocer, encontrando siempre para justificarlos razones convincentes. Mas nada suponen en el conjunto del libro. Hay que destacar en él, su extraordinaria preocupación por resaltar el fin que el Derecho viene a cumplir y por hacer —respecto a aquél—que prevalezcan los intereses más importantes. Todo ello servido por un fino espíritu de construcción jurídica realista científicamente irreprochable, y manejando toda la bibliografía que del tema se ocupó.

Estas cualidades hacen de este completo estudio un modelo de lo que la investigación debe ser en el Derecho privado.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

GUIJARRO ARRÍZABALAGA, Francisco.—“La participación social por acciones y los valores mobiliarios en el Derecho español”.—Edit. Escrivá, S. L., San Sebastián, 1947.—VII + 216 págs.

Como ya señala en el prólogo el profesor Uría, y posteriormente el autor (págs. 15-18 y 119-120), el propósito de los dos ensayos que integran esta obra es elaborar conceptos necesarios para la recta aplicación de las leyes tributarias; pero ello sólo puede lograrse, y aquí radica su importancia, mediante la solución de problemas de Derecho mercantil sustutivo.

En el primer ensayo, dedicado al estudio de la participación social por acciones, después de examinar algunos artículos del Código de comercio en los que se alude a la acción bajo diversos aspectos y pasar una somera revista a la doctrina española, estudia el “origen evolución y perfilación de la participación social por acciones en el Derecho histórico comparado”, con objeto de averiguar cuál era el concepto que sirvió

de base a las normas del vigente Código de comercio relativas a esta materia. Siguiendo esencialmente a Fischer, examina la situación del aportante en las Compañías de navegación holandesas del siglo XVII y posteriormente en las francesas del siglo XVIII, en las cuales adquiere la acción el triple significado actual, por ser uno de los derechos del socio la extensión de un título, antes con mero significado probatorio, que constituye un verdadero título-valor. De esta indagación histórica deduce el autor las características esenciales de la participación social por acciones: descansar sobre aportaciones de igual cuantía y estar incorporadas, a efectos de la transmisión, a títulos-valores.

En las codificaciones del siglo XIX no se determina claramente su concepto, y esto explica la desorientación de la doctrina (examina el autor la francesa, anterior a 1900, siguiendo a Couty, y en la italiana, esencialmente, la opinión de Vivante), a lo que se une la falta de adecuación entre los fines económicos perseguidos y las formas sociales establecidas por el Derecho. Sin embargo, no faltan en estas legislaciones los elementos esenciales señalados.

En el Derecho español hemos de buscar "la confirmación del concepto" en las normas que rigen la Sociedad anónima. De este examen deduce el autor, que examina en cada caso la posición de la doctrina, como características esenciales: *a) la igualdad*, al menos por series, de las acciones, como se confirma con el examen de los artículos 122, número 3, y 21, número 10, del Código de comercio; *b) derecho del socio al título acción*, aunque no es necesaria la extensión efectiva del mismo, pudiendo adoptar los títulos diversos tipos (artículos 122, número 3, y 160 del Código de comercio, concordados según sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1941); *c) derecho a la transmisión de la participación*, "a pesar de que no puede inferirse de nuestro Código la prohibición" de pacto en contrario, y, finalmente, *d) la limitación de responsabilidad del socio por las deudas sociales*. Como características naturales enumera la irrevocabilidad de la aportación y su configuración en los beneficios y en la gestión administrativa como derecho al dividendo y de voto, respectivamente.

Estima el autor que los tipos de participación social susceptibles de ser configurados por acciones son los de los socios de las Sociedades anónima, comanditaria, de responsabilidad limitada (en ciertos casos), cooperativa y la del participante en cuentas. Cierra el ensayo la definición de la acción por autonomía como "unidad autónoma de situación de socio" constituida sobre la base económica de una aportación, y en la cual han de concurrir las características que ya hemos visto que se estiman como esenciales.

En la segunda parte de la obra se intenta la elaboración del concepto de "valor mobiliario". Después de examinar las distintas acepciones en que esta expresión se ha utilizado, hace notar que en la enumeración de sus tipos se emplea de modo constante la frase "acciones, obligaciones y demás valores análogos o equivalentes", y en esto fundamenta su método de inducir de las características genéricas comunes a las acciones y obli-

gaciones las que han de reputarse esenciales en el concepto de valor mobiliario, denominación que corresponde a su esencia, que es, según el concepto que expone el autor, constituir una unidad de situación jurídica de socio o de acreedor por razón de un empréstito, formando parte de una serie de unidades de idénticas características en cuanto a los derechos y deberes que de ellas derivan y a los que sirven de módulo, confiriendo a su titular derecho a la extensión de un título-valor, que, extendido, condiciona la transferibilidad esencial de aquellas situaciones y el ejercicio de estos derechos y deberes. Analiza a continuación el régimen funcional de los valores mobiliarios antes de ser incorporados a títulos y después de incorporados, exponiendo las características del documento (matriz, título propiamente dicho, cupones) y, haciendo aplicación de la teoría general de los títulos-valores, las presunciones que de él se derivan (legitimación por la posesión y sus efectos respecto al titular legítimo de la situación, tenedor ostensible y formalmente legítimo y ente emisor, y la literalidad y autonomía). Como valores mobiliarios análogos a las acciones enumera los emitidos por consecuencia de una aportación de industria (partes de fundador, etc.) o de la amortización de acciones (acciones de goce, etc.), rechazando algunos tipos—como, por ejemplo, las acciones de trabajo, a las que falta la característica esencial de la transmisibilidad—; considera asimismo valores mobiliarios análogos a las obligaciones (simples), las obligaciones y cédulas hipotecarias y los fondos públicos, por regla general. Por último, se refiere a los pretendidos valores mobiliarios de carácter mixto (acciones-obligaciones), para considerarlos inaceptables.

A los ensayos precedentes siguen unas breves notas sobre el concepto de la emisión de valores mobiliarios, desenvolviendo ideas contenidas en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Estos ensayos, encaminados a esclarecer los preceptos del Código de comercio en las materias sobre que versan, alcanzan, a nuestro parecer, su punto más interesante con el estudio de los tipos de participación social que pueden configurarse por acciones, a pesar de que el autor no destruye previamente los argumentos de la doctrina en contra de esta posibilidad. No podemos, sin embargo, dejar de señalar algunas opiniones de las que disentimos. Sin ánimo de lograr una enumeración exhaustiva, indicaremos las siguientes:

1. Los conceptos creados por el autor carecen de utilidad para la Ciencia del Derecho, por no presentar una elaboración técnica rigurosa. Desde este punto de vista, las definiciones de acción (pág. 113), obligación (pág. 135), valor mobiliario (pág. 144), etc., nada nos aclaran, pues las fórmulas que se emplean ("unidad autónoma de situación de socio", en la acción, y similares) tendrían que ser explicadas previamente. O se recurre a conceptos técnicos que han adquirido ya precisión en la doctrina, como, por ejemplo, el de relación jurídica, o es necesario explicar el significado y alcance de los nuevos, así como la inadecuación de los tradicionales.

2. Si al hablar de "unidad autónoma de situación de socio" se quiere referir, como a nosotros nos parece, a la relación jurídica que existe entre el socio y la Sociedad, no se comprende cómo luego se amplía el concepto para dar cabida al caso del partícipe en cuentas (págs. 93 a 101); señala el autor que ello es posible porque puede "pactarse un patrimonio común entre el gestor comerciante y el partícipe, que con el lucro común, es lo esencial para que pueda hablarse de situación intrínseca de socio básico de la acción" (pág. 95). Con esto se desnaturaliza el contrato de cuentas en participación, además de plantearse el problema de cuál sería la diferencia entre esta forma del contrato y el de Sociedad mercantil, problema que, naturalmente, no aparece resuelto.

3. No se justifica la necesidad de crear dos conceptos de obligación, uno de la simple y otro "análogo" de la hipotecaria (pág. 186), debido a que ésta presenta alguna "particularidad en cuanto a la situación jurídica" (pág. 175), abandonándose así la doctrina tradicional.

4. No nos parece exacto creer que la división del capital social de la Sociedad anónima en partes ciertas (art. 122, 3.^º, del Código de comercio) supone que éstas forman parte de una masa o serie de iguales características (págs. 64 y 65); a nuestro juicio, lo que la Ley quiso indicar es que el capital social debe estar determinado *a priori*.

5. Interpretación inexacta de la doctrina legal sobre la Sociedad de responsabilidad limitada (págs. 88 y 89); no indicamos aquí la que nos parece adecuada porque ello será objeto de un pequeño trabajo que esperamos publicar en breve.

6. Análisis poco profundo de algunas cuestiones, como, por ejemplo, no reparar que toda Sociedad anónima es, en nuestro Derecho, Sociedad por acciones por imperativo legal, por lo que no puede servir de modelo para determinar las características esenciales de la acción, y, a través de esto, las formas de participación social que pueden configurarse por acciones, puesto que las condiciones suficientes en el caso de la Sociedad anónima no bastan en el de otras Sociedades, así la de responsabilidad limitada. Puede existir una Sociedad anónima en la cual las acciones no puedan transmitirse sino entre los tres socios que la constituyan, pero esto no es posible, en el mismo caso, en una Sociedad de responsabilidad limitada, ya que no hay razón alguna que justifique la configuración por acciones.

7. Nos parece deficiente el método de inducir el concepto de valor mobiliario a través de las características genéricas comunes a las acciones y obligaciones (págs. 130 y ss.), puesto que con ello solamente se demuestran las analogías entre ambos conceptos, pero no que todas las características comunes a ellos sean necesarias para el de valor mobiliario; asimismo hemos de hacer notar que con este método no es posible la creación de un concepto nuevo, al partir de una enumeración que es consecuencia de un concepto previo.

8. Se desvirtúa la naturaleza jurídica de las partes de fundador, como consecuencia de hacer esenciales al concepto de valor mobiliario no sólo las características genéricas comunes a las acciones y obligaciones,

sino también las específicas (pág. 135), con lo cual se considera como socio al titular de una parte de fundador (pág. 182), abandonando la tesis contractualista aceptada por nuestro Tribunal Supremo y por lo más relevante de nuestra doctrina científica.

9. No nos parece adecuada la aplicación del artículo 464 del Código civil (pág. 158) en el caso de la legitimación por la posesión en los títulos-valores, y esto como presunción *iuris tantum* (pág. 173).

10. Señalemos, por último, conjuntamente, que causan extrañeza ciertas omisiones (como la del análisis intrínseco del artículo 160 del Código de comercio, a pesar de que se hace referencia de paso a los problemas que presenta, pág. 11), deficiencias de expresión (se habla constantemente de la responsabilidad de los socios de una Sociedad anónima por las deudas sociales, por ejemplo) y, finalmente, que resalta en la obra cierta insuficiencia doctrinal (cf. el índice bibliográfico al final de la misma) y que no siempre aparece la doctrina trabajada de primera mano.

Deseamos que el autor pueda en breve elaborar un estudio definitivo sobre estas cuestiones, hacia las que le encaminan su loable preocupación por el Derecho mercantil y el admirable intento de poner en claro los preceptos de nuestro Código de comercio, que ha sido calificado de anticuado por la doctrina antes, por cierto, de que pueda considerársele conocido.

Jerónimo LOPEZ

LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Pilar.—“Costumbres de Lérida”.—Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, 1946.

Meritísima es la empresa editorial que desde 1924 continúa la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. En su catálogo figura la edición de fuentes de la Historia del Derecho y traducciones de estudios decisivos sobre la materia. Basta recordar sólo el libro de Piskorski sobre las Cortes castellanas, o el de Zeumer sobre la legislación visigoda. El más puro interés científico ha sido el criterio de estas publicaciones, iniciadas por el profesor Galo Sánchez, entonces catedrático de aquella Universidad, y proseguidas por el profesor G. de Valdeavellano. La que hoy comentamos nos ofrece, cuidadosamente impresa, la edición crítica (sólo existía la de Villanueva, *Viaje literario*, t. XVI, 1851) de uno de los más interesantes monumentos del Derecho municipal español: las “Consuetudines ilerdenses”, la más antigua de las redacciones catalanas de Derecho local. La transcripción del texto se hace a base de uno de los manuscritos que le han transmitido, indicando las variantes de otros cuatro conocidos y copiando también varios documentos complementarios que alguno de aquéllos contiene. En resumen, poseemos los tres libros de las “Consuetudines” (1.^o, Privilegios reales y condcales desde la carta de población de 1150; 2.^o, el Derecho consuetudinario anteriormente fijado por escrito; y 3.^o, el que no estaba a la sazón—1228—y lo fué por Guillermo Botet, a quien se debe la formación del conjunto); unos estatutos de Jaime I —1265—sobre el proceso judicial, una declaración del mismo rey sobre

cartas de moratoria y unas "ordinacions", o sea, disposiciones emanadas de la magistratura municipal, sobre la presentación de testigos.

El Derecho de Lérida, y sus villas, estaba constituido—como se indica al principio del Código—por los privilegios de los príncipes, por costumbres escritas y no escritas, por los Usatjes y por las leyes visigodas y romanas. Presenta, pues, un claro orden de prelación de fuentes que va del ius particulare al ius generale: primero, los privilegios y las costumbres locales; después, el Derecho territorial del Condado; seguidamente, el Derecho visigodo y, en último término, el romano. Los privilegios son la base del municipio y de la libertad municipal: la propiedad, garantías procesales, el mercado, exenciones fiscales, magistratura local, seguridad de ser respetado el Derecho, etc. Las "Costumbres escritas"—en muchos casos son estatutos dictados por los cónsules—contienen Derecho penal, civil, procesal y administrativo; son normas casuísticas y circunstanciales que en modo alguno agotan la materia. Las costumbres hasta entonces no escritas son, naturalmente, la obra en que Guillermo Botet ha puesto más de su parte. Agrupados con cierto sistema aparecen preceptos relativos al procedimiento judicial, al Derecho civil y al penal; es un derecho más elaborado, con una inconfundible fisonomía romanista. Casi al final, Botet explica la índole y la extensión del Derecho supletorio. En Lérida se aplican principalmente los Usatjes, pero no los que se refieren a los malos usos; de las leyes godas, las que se refieren a los testamentos y alguna otra; finalmente, las romanas, aludidas con una expresión—non ut cotidianis tractatibus causarum liquere potest—que tiene cierto interés. ¿Se refiere a un Derecho romano que no era el contenido en los textos de la Recepción? ¹.

Botet consigna la preferencia por el Derecho local propio, antes incluso que el dictado para la localidad por el soberano. Todo ello adquiere carácter oficial en las "Consuetudines". Siendo reducida la aplicación del "Liber iudiciorum", es indudable que el Derecho supletorio romano hubo de tener una muy importante y progresiva. La Universidad de estudios de Lérida (1300)—a la que más adelante Jaime II había de conceder importantes privilegios—sería un nuevo apoyo a esta Recepción práctica.

R. GIBERT

MOREIRA MAIA.—"Direitos do usufructuario".—Coimbra, 1946.

Considera el autor que precisa determinar como problema previo al estudio que realiza el concepto, el objeto y la naturaleza del usufructo, ya que estos extremos condicionan en cierto modo las soluciones a dar. En una primera parte trata esta materia y dedica la segunda a la exposición de los derechos del usufructuario.

Admite como concepto correcto del usufructo el del artículo 713 del Código civil brasileño: "derecho real de gozar las utilidades o frutos de una cosa, en cuanto temporalmente está separada de la propiedad", más

¹. Generalmente se indica sólo que se aplicaban leyes romanas. Cfr. Valls Taberner. *Las Consuetudines ilerdenses* (1227) y su autor. Madrid, 1913, pág. 22.

perfecto que el del artículo 2.197 del Código portugués: "es el derecho de convertir en utilidad propia el uso o producto de una cosa ajena, mueble o inmueble", que aunque a su vez supera la definición romana (por hacer desaparecer el *salva rerum substancia*, permitiendo de esta forma incluir el cuasi-usufructo) no pone tan de manifiesto como el primero el carácter de derecho temporal limitativo de la propiedad.

El objeto del usufructo puede ser, según Maia, tanto una cosa corpórea como un derecho, bien una universalidad de hecho o de "iure".

Analiza la naturaleza del usufructo en el derecho romano, fijándose en las teorías de Pampaloni (cuya distinción de usufructo formal y causal referida al derecho clásico ha sido plenamente superada, aunque Maia no lo advierta), Riccobono, Perozzi y Ruggiero todas ellas coincidentes—si bien por distintos caminos—in atribuir a los compiladores bizantinos la inclusión del usufructo en las servidumbres personales. Pero no ha recogido el autor la tesis de Longo¹, que fué quien de una manera definitiva vino a demostrar la no clasicidad de la inclusión.

¿Cuál es la naturaleza de este derecho dentro del marco del ordenamiento portugués actual? El autor considera preciso para contestar este interrogante distinguir el usufructo de cosas del de derechos.

Respecto al primero, afirma que se trata de un derecho real sobre cosa ajena, de goce, y que supone una limitación del derecho de propiedad. Hasta aquí concordamos plenamente, reconociendo su acierto de apartarse de la idea de la propiedad imperfecta, que en Portugal sigue teniendo partidarios. Efectivamente, la propiedad es un derecho unitario, no una mera suma de facultades; y los "iura in re aliena" no son sustracciones de facultades, sino limitaciones al poder del "dominus" que al desaparecer, por el carácter "elástico" propio de este derecho, permite que el dominio recobre su pristina configuración.

Mas discordamos en pensar que el usufructo sea una servidumbre personal. Indudablemente, la crítica que Maia hace a ciertos autores que sostienen lo contrario, es acertada; pero sólo puede probar que las razones aducidas por aquellos para diferenciar el usufructo de las servidumbres personales son inexactas, no que sea imposible separar ambos conceptos. Olvida Maia las claras diferencias que con razones decisivas patentiza Venezian², a quien ha seguido la doctrina más representativa. Por nuestra parte, nos gustaría conocer cómo podrá el autor concebir, dentro de su teoría, un cuasi-usufructo—es decir, un usufructo de cosas consumibles—como servidumbre personal, si bien es cierto que no se plantea este supuesto.

Al usufructo, cuando versa sobre derechos, lo considera—siguiendo la doctrina mantenida por Wolff—de la misma naturaleza que el derecho por él gravado: derecho real si el nudo-propietario lo fuese de un derecho real, y de crédito si es simple acreedor.

Después de estas ideas preliminares en las que sienta las bases de

^{1.} *La categoria delle servitutes nel diritto romano classico* en "Bulletino dell'Istituto de Diritto romano", vol. XI, págs. 281 y sigs.

^{2.} En el tomo I de la traducción española, págs. 86-104, de su famosa obra.

partida, entra ya a desenvolver el tema de su trabajo: los derechos del usufructuario.

El artículo 2.301 del Código civil portugués establece que para determinar esos derechos hay que examinar el título constitutivo del usufructo y sólo a falta de éste, o cuando sea insuficiente para esclarecer tal punto, se recurrirá a las disposiciones de la Ley. Por tanto, esos derechos pueden variar y tener en cada caso concreto la amplitud y contenido que las partes pactasen. Maia, como es natural, se ocupa sólo de los casos en que por falta o silencio del pacto rigen las normas legales, y hace un estudio exegético de los artículos de su ordenamiento, de indudable interés práctico.

Trata, en primer lugar, el derecho de retención de la cosa, presupuesto para la administración y el ejercicio. Se detiene extensamente en el estudio del derecho a percibir los frutos; tras unas breves indicaciones sobre teoría general de los frutos, expone detalladamente la percepción de cada una de las especies de estos en el usufructo y examina especialmente los casos dudosos de frutos civiles. Ocúpase después del derecho sobre las accesiones, a las servidumbres (que reduce a las de paso; las demás sólo pueden disfrutarse si existían antes de constituirse el usufructo), el derecho de preferencia (que niega al usufructuario) y el derecho a las mejoras útiles, introducidas por el usufructuario en la cosa, que podrá retirar al terminar el usufructo si con ello no sufre detrimientos el objeto. Acaba su trabajo fijándose en las acciones que al usufructuario corresponden.

Publica en la última página un índice de la bibliografía manejada; allí puede verse que no abusó de la lectura. Revisando los índices de las Revistas italianas, por ejemplo, hubiera podido encontrar bastantes artículos sobre los mismos problemas. Bien es cierto que el autor advierte que no tuvo pretensiones de agotar la bibliografía; para su propósito no era absolutamente preciso.

La obra resulta, pues, aceptable y revela dotes de penetración en su autor. Util ha de ser, desde el punto de vista práctico, para el Derecho portugués y también para España, puesto que nuestros preceptos legales sobre la materia en esencia coinciden con los del país vecino.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

MOSSA, Lorenzo: "Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1948. 186 páginas en 4.^o

El señor Hernández Borondo ha traducido los primeros capítulos del Tratado del Profesor Mossa (1) con el título que hemos indicado. La traducción puede considerarse como muy desafortunada, lo que contribuye a dificultar la ya barroca prosa del autor; del mismo modo es preciso calificar la presentación del libro. La multitud de errores, de todos

(1) Aunque no lo señala expresamente, vid. pág. 15, nota 59, por ej.

los órdenes—en contraste con el excelente cuidado que suele advertirse en las publicaciones de la Revista de Derecho Privado—, nos hace señalar en principio esta indicación, pues todo lo que a continuación se consigna acerca de la obra ha de entenderse sometido a ella. Advertimos igualmente al lector que no nos ha sido posible consultar el texto original, lo que hubiera sido conveniente para interpretar en algunos puntos la traducción y para la necesaria integración de los conceptos, por tratarse de un fragmento de una obra sistemática.

I. NOTICIA DE LA OBRA

El capítulo I se inicia con una disertación sobre el espíritu del Derecho mercantil, “que eleva y propaga por el mundo el Derecho de la persona y el Derecho de la libertad”, señalándose someramente sus relaciones con el Derecho civil, para penetrar después en el análisis de la codificación del Derecho mercantil prusiano, integrado en el Derecho territorial, indicando sus características y las razones de su decadencia. Se ocupa después el autor de la codificación en Francia, y de la regulación que en ella se hace del trabajo, y, de modo especial, del Código de comercio de 1807: sus relaciones con el Código civil, que le había precedido; sistema seguido para la determinación de la materia que constituye su objeto y desdoblamiento, que critica, de algunos contratos en civiles y mercantiles; expone a continuación el estado de la doctrina mercantilista en aquella época y de sus principales tendencias, y el éxito del Código de comercio francés. Sigue una breve noticia sobre el Derecho cambiario y marítimo dentro del Derecho mercantil europeo, para tratar luego del origen del Código de comercio general alemán, sistema en él seguido, examen comparativo con el francés, su éxito y la afirmación de la ciencia mercantilista alemana; expone el estado del Derecho mercantil italiano, y el camino hacia su afirmación original; la historia legislativa del siglo XIX en Italia, con especial mención del Código de comercio de 1882, y el estado de la ciencia mercantilista italiana, terminando con el estudio de la legislación mercantil suiza hasta nuestros días y el análisis del programa de Vivante para la unificación del Derecho privado.

El capítulo II comienza señalando el retorno a la ordenación profesional y corporativa, tendencia en la que se integra el último Código de comercio alemán, en el que se advierte además una contracción de la materia objeto de sus normas, provocada por la mercantilización del Derecho civil, y su hostilidad a la costumbre, aunque de modo más aparente que real. Examina el autor las características del Derecho mercantil inglés, que “tiene su más firme base en la conciencia popular”, debido al significado que se otorga a la Jurisprudencia—paralelo fenómeno advierte en el Derecho continental—, lo que no resta importancia a la ciencia del Derecho, cuyas características de firmeza y constancia demuestran su valor.

A principios del siglo actual, y a consecuencia del auge del Derecho social, podemos notar una interpenetración entre el Derecho del trabajo, el Derecho industrial y el Derecho mercantil; consecuencia de ella es la afir-

mación en éste de la doctrina de la empresa (expone el autor la posición francesa de modo especial), precisamente en el tiempo en que se centra la esencia del Derecho mercantil en la regulación de las relaciones en masa, que a su vez se re conducen a la empresa, aunque ésta no alcanza su significación definitiva. Con la Gran guerra surge el Derecho de la Economía, que supone una integración del Derecho público y privado, y que en las revoluciones del presente afirma su significación social y una aproximación al Derecho natural, que constituye la característica de nuestro siglo. Analiza el autor el Derecho de la Economía y el Derecho mercantil soviéticos, y, en la revolución italiana, los proyectos de C. de c. de 1922 y 1925, que no suponen adelanto en este terreno.

Ante los programas de unificación del Derecho privado, la escuela de la empresa defiende el concepto de ésta como base para la consideración autónoma del Derecho mercantil, destrozando con su crítica el proyecto de 1925. A través de la ordenación corporativa del Derecho del trabajo y del Derecho de la economía, el Derecho mercantil, integrado en este, se convierte en el Derecho de la empresa. Finalmente, hace el autor la crítica del proyecto italofrancés de Código de las obligaciones, y señala las características actuales del Derecho de la Economía.

A continuación (cap. III) analiza el desarrollo de las diversas tendencias de la doctrina mercantilista y la cuestión del método. En lo relativo a la primera, expone la doctrina francesa bajo el Consulado, conocedora de la realidad social, aspecto que abandona la escuela exegética—sin relevancia para el Derecho mercantil—, frente a la cual se alza una nueva dirección que propugna la vuelta al estudio de la ciencia social y económica, y en la que tiene Pardessus un puesto relevante. La doctrina alemana—en parte bajo la influencia de la francesa y en parte con significado autónomo—alcanza en el siglo XIX sus máximas creaciones, influída por la pandectística y con una tendencia universalista que la “impregna de un carácter humano y universal que basta para distinguirla de la ciencia civilística”; constituye el centro de atracción para juristas procedentes de todos los campos y, aunque se deforma ante la codificación del Derecho civil, resurge en el siglo actual, con renovadas tendencias. En Italia, donde por efecto de las circunstancias políticas pareció un momento aniquilada la ciencia del Derecho mercantil, influída poderosamente por las doctrinas extranjeras, alcanza gran esplendor después de la codificación de 1865, debiéndose citar, en primer lugar, la obra de Vivante y la de Sraffa, así como el significado de la *Rivista del Diritto Comerciale*; en la actualidad, con el concepto de empresa en primer término, encamina el Derecho a su función social.

En el estudio de la cuestión metódica, analiza el autor, en general sin profundizar, los métodos universalista y económico y las creaciones de la escuela del Derecho libre, sociológica y de la Jurisprudencia de los intereses, el método evolutivo de la escuela francesa y, finalmente, la posición de Thaller y la de Vivante, a la que, así como a la Jurisprudencia de los intereses, parece adherirse.

El capítulo IV está dedicado al estudio de las fuentes del Derecho

mercantil; éste tiene como característica desde su origen ser un Derecho popular y natural; la escuela del Derecho natural lo hace objeto especial de su estudio, y con las características apuntadas es recogido por las Ordenanzas y los Códigos; la escuela histórica continúa la dirección del Derecho natural, y asimismo la doctrina que sigue a las codificaciones y toda la escuela europea del Derecho mercantil, renovando incesantemente su concepto. Este Derecho, que allana los contrastes y divisiones en la lucha de las fuentes del Derecho mercantil, que "no es refractario al nacimiento del Derecho positivo" y que establece el derecho de todos a "participar en el trabajo y en la distribución de los bienes de la vida", decae un momento en la ciencia jurídica para volver pronto a afirmarse de nuevo en ella como se afirma asimismo en la "revolución europea, de signo preponderantemente social". El autor analiza a continuación el influjo del Derecho natural en las revoluciones del pasado y en la nueva ordenación jurídica europea, para tratar después de las características de los principios generales, especialmente de los contenidos en la *Carta del Lavoro*, que tiene valor general para la empresa, sus contratos y los contratos mercantiles, valor supremo por tratarse de una ley que es "el punto de referencia y encarnación de todos los principios generales que abarcan la totalidad del Derecho mercantil", y de la fuente legislativa, tanto en lo referente al Código general como a las leyes propiamente mercantiles, y la naturaleza jurídica y la sistemática de las fuentes de Derecho mercantil en el Código general. Termina con la exposición de las cuestiones relativas a la costumbre mercantil ("Derecho social surgido libremente de la autonomía de las sociedades y de los grupos, que por la convicción de Derecho se diferencia de la práctica o uso de los negocios"), las normas corporativas, deteniéndose en la cuestión de la naturaleza de los contratos colectivos y acuerdos económicos, las condiciones generales, ley extranjera, jurisprudencia—examinando el sistema del precedente del Tribunal de Casación—, la ciencia del Derecho y, finalmente, la cuestión de la valoración y jerarquía de las normas.

En el capítulo V estudia los proyectos italianos de Código de comercio de 1922, 1925 y 1940 y del Código civil de 1942, especialmente en los libros de la empresa y del trabajo y de las obligaciones, señalando la transición al Derecho de la economía y la fundamental importancia de la empresa. Termina la obra con la exposición de la nueva ciencia italiana del Derecho mercantil, la colaboración internacional en el campo de este Derecho y la ciencia mercantilista europea, así como la de los Estados Unidos, Japón y China.

II. APRECIACIÓN CRÍTICA

El principal mérito que a esta obra puede atribuirse es, a nuestro juicio, el de presentar un esquema de la legislación y doctrina mercantiles en el pasado siglo y en el nuestro (2). Sin embargo, aun en esto cabe ha-

(2) Sus indicaciones bibliográficas, que contrastan, por cierto, con los resultados de ellas obtenidos, son de gran utilidad, a pesar del descuido en las citas.

cer algún reparo; así, por ej., por el casi total olvido de la legislación y de la doctrina mercantil españolas. Respecto a la primera, el autor la cita de paso (pág. 183), solamente para indicar su vinculación al modelo francés, y sin dedicarle ni una palabra de censura o elogio. No parece razonable suponer que conociendo el autor la obra de Langle sobre el Código de comercio de 1829 (cf., por ej., pág. 4, nota 11) y tan de cerca los escritos de Pardessus (cf. págs. 14, 15, 74, 76, etc.) ignore la elogiosa calificación que este autor hace del citado texto legal (3), que fué el mejor de su tiempo. Más extraño resulta el silencio en el caso del Código de 1885, por hallarse vigente. En cuanto a la doctrina mercantil española, señala únicamente que "Joaquín Garrigues ha publicado un *Curso de Derecho Mercantil*, I, II, III (4), que se puede considerar como una de las principales obras de la literatura mercantilista europea. Los tratados y disertaciones de otros tiempos quedan integrados en esta obra sistemática" (pág. 185), afirmación, esta última, con la que no podemos estar de acuerdo (5).

Mayor importancia tienen otras objeciones que a la obra pueden hacerse. A sabiendas de que la enumeración no es exhaustiva, señalaremos algunas, así, por ej., en lo que se refiere al Derecho natural, que constituye uno de los puntos en que no podemos estar de acuerdo con el autor. Anticipemos que la crítica que a continuación se hace no necesita suponer adhesión a un ius-naturalismo de determinado tipo, y ni siquiera una posición ius-naturalista.

En vano pretenderíamos que el autor nos dijese lo que entiende por Derecho natural; la única vez que parece definirlo no lo hace de modo claro, puesto que señala que "Derecho natural, en el concepto indestructible del Derecho mercantil, significa claramente hacer vivir al Derecho positivo con la idea y los postulados esenciales del Derecho natural, recopilados por doquier. Pero es someter este Derecho, con sus fórmulas y su dicción estereotipada o insensible, a las exigencias imperiosas de un Derecho que inflama la conciencia del pueblo y el alma de los juristas, portadores de la civilización y del Derecho social. Ningún otro concepto del Derecho natural es tan elevado y noble como éste, ninguna otra noción puede resistir a la crítica" (pág. 122); pero como este concepto no nos aclara nada, investiguemos las raíces del pensamiento del autor. Para él surge la escuela del Derecho natural (pág. 117) con "Grocio y los primeros ius-naturalistas, entre los que no hay que olvidar la obra de Wolf" (*íd.*, nota 6); Derecho natural "fué el que inspiró la codificación de Fede-

(3) Puede verse, muy bien recogida, en la edición del C. de c. de 1829, concordada y anotada por los Directores de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1863; 4.^a edic.; introducc., págs. 21 a 24.

(4) Esta división de la obra es inexacta.

(5) No es de extrañar el desconocimiento de nuestra doctrina tradicional que demuestra el Profesor Mossa, puesto que tampoco puede considerarse como afortunada su noticia de la de los últimos tiempos. Cf. su artículo "Itinerario Giurídico Spagnuolo" en *Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, fasc. 1-4, parte 1.^a, págs. 85 a 90; vid., sobre todo, en pág. 87. Contra lo aquí afirmado: E. Verdera, en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. V, núm. 13, enero-febrero de 1948, pág. 147, nota 2.

rico el Grande y de Suárez (6); Derecho natural fué el de los Códigos de la Revolución francesa (7) y el del Código civil general austriaco" (página 118). Uniendo esto con lo que dice, por ej., en la página 116, nota 3, en la que recomienda para conocer "el alcance del Derecho natural, según los conceptos originales" a Zeiller, etc., y las indicaciones que hace respecto a la doctrina (vid. págs. 16-17, 74 y 118-119), podríamos situar al autor dentro de la Escuela protestante del Derecho natural¹, pero esto no sería exacto, porque para él el Derecho natural es solamente un nombre susceptible de los más variados contenidos; así vemos que "el Derecho natural no se pierde en las polémicas de la escuela histórica, y Savigny queda reivindicado como fautor del Derecho natural, como Derecho que vive en la conciencia popular y que sobrepasa a la naturaleza de las cosas" (página 118) (8); no cita la concepción católica, que parece desconocer (9), pero ello no puede deberse al deseo de no hacer una amalgama, pues vemos como se cita, por ej., a Dietze (págs. 122, nota 24, y 128, nota 42), cuyo concepto del Derecho natural, como Derecho originado por las normas naturales de la comunidad y esencialmente variable por circunstancias de lugar y tiempo, está tan distante de la concepción católica como del ius-naturalismo protestante (10).

Análogo eclecticismo se advierte en las conclusiones: así, expone que el Derecho natural no es refractario al nacimiento del Derecho positivo (pág. 121), cuestión esta harto resuelta por la concepción tradicional católica del Derecho natural, y que solamente desde la base de la doctrina del ius-naturalismo protestante puede plantearse; señala que "el carácter de Derecho natural (en el Derecho mercantil) no se disocia del universalístico y constituye con él la causa y el resultado" (pág. 117), y que "cuanto más destacado es el sentido natural, tanto más lo será el cosmopolita del Derecho" (pág. 151), advirtiendo que "el ius-naturalismo se ha vuelto áspero, literalmente hablando, en este último decenio y sufrirá la suerte de los excesos nacionalistas" (pág. 152), posición que sólo puede explicarse a partir de los supuestos indicados; acepta el concepto de Derecho social de Gurwitch (pág. 126, nota 35), a pesar de que lo considera, por su parte, como Derecho popular y natural, y el autor indicado niega éste, como se sabe. Véase también lo extraño de ciertas afirmaciones, como, por ej., refiriéndose a la doctrina mercantilista francesa después de la codificación: "El Derecho mercantil vive, todavía hoy, en aquellas páginas una materia que pide, en nombre del Derecho natural, un orden justo y espontáneo, un orden que se extrae de todas las experiencias y reglas del Derecho moral o social, sin jerarquías y sin inspiraciones fijas e inalterables" (págs. 16-17); o bien: "El Derecho natural, y a la cabeza

(6) *rectius*, Svarez.

(7) También señalado, en lo que se refiere a ésta, en pág. 9 (vid. en dicha página la nota 33 especialmente) y pág. 75.

(8) Advirtamos que la Escuela histórica no acepta el Derecho Natural, cosa consecuente con sus principios. Cuando Savigny utiliza la expresión Derecho Natural lo hace en el sentido de Derecho popular, en contraposición al Derecho científico.

(9) Vid., sin embargo, la cita a Génys, pág. 125.

(10) El mismo Prof. Mossa parece advertir la diferencia: cf. pág. 125, nota 34.

de todos los demás el Derecho natural mercantil, realiza y perfecciona en las células de sus instituciones, como son la empresa, la sociedad, el trabajo, los contratos, los títulos de crédito, el ideal social proclamado en sus principios y colocado solemnemente como base de la ordenación jurídica" (pág. 128). Notoria es la influencia que sobre él alcanza la escuela histórica (vid. pág. 138, de modo muy característico), pues define el Derecho mercantil como Derecho popular natural (pág. 115), Derecho natural "porque lleva en su convicción y en la conciencia del pueblo que le da vida la base de toda ley escrita" (pág. 116) y Derecho popular (11) "porque se forma en la conciencia del pueblo y no en los organismos típicos legislativos del Estado. Porque expresa convicciones que brotan libremente del pueblo o de los grupos en los cuales existe y se recoge" (págs. 125-126), teniendo su expresión más clara en la costumbre, ya que en ocasiones "el Derecho escrito casi no está en contacto con la vida económica y está en contraposición con el Derecho mercantil natural" (pág. 120); la costumbre tiene un "fundamento naturalístico" (pág. 137, nota 68, y también págs. 138-39-40 y 123-124), recogiendo el elemento de la "opinio iuris" como calificador de la adecuación a la Justicia de una costumbre (pág. 146), elemento que es esencial en ella (págs. 139-142 y 146); esta preponderancia que concede a la costumbre le lleva a excesos contra el Estado y el Derecho estatal (págs. 137-138, 141, 143, 146, 147, 151-152, 158, 159, etcétera). De todo ello (vid. también pág. 127, donde parecee identificar Derecho natural con Derecho viviente en la sociedad) podría deducirse que flota en la mente del autor un concepto de Derecho natural como Derecho que encuentra su expresión en la conciencia jurídica del pueblo y que no recaba su vigencia del Estado, el cual no puede mutilar la ley social.

Observemos todavía que existen, a nuestro juicio, en la obra defectos técnicos y de sistema. Se nos habla, sin las necesarias advertencias, en el capítulo IV, dedicado a las fuentes del Derecho mercantil, desde el Derecho natural hasta la ley extranjera (12), enumerando como fuentes "los principios de Derecho natural, de la economía y de la empresa, los principios generales codificados de la "Carta del Lavoro", el Código civil, especialmente en los libros del trabajo y de los contratos comerciales; las otras leyes mercantiles, desde aquellas relativas a empresas comerciales, a la Bolsa, a los títulos de crédito, cambiales, hasta aquellas sobre la quiebra, sobre los procedimientos que reflejan a la empresa, los estatutos de

(11) Señala el autor el significado del adjetivo popular cuando se refiere al "Derecho social que se emancipa del Derecho positivo" y que es también popular y natural.

(12) Si bien ésta es una fuente "mediata, subsidiaria y cooperante" (pág. 151), "fuente de Derecho y fuente auxiliar para la interpretación y la determinación final de la regla de Derecho" que "tiene el valor de que por medio de ella se puede reconstruir el Derecho nacional", aunque solamente constituya un "elemento negativo" cuando "forma parte de un sistema contrario al Derecho nacional y su presencia demuestra la necesidad de una regla de Derecho en oposición" (pág. 153); estas afirmaciones no nos parecen compatibles con lo que el mismo autor señala en págs. 153-154 sobre la significación de la ley extranjera en el Derecho de familia y en el de la propiedad inmobiliaria. La opinión del autor, que nos parece muy criticable, presenta interesantes cuestiones, que exceden a la extensión que podemos dedicar a esta apreciación crítica.

la economía o estatutos corporativos, según sus diferentes y respectivas fuentes; los usos consuetudinarios y los usos de negocios, las condiciones generales de las empresas o de las reuniones de empresas, la ley extranjera, la Jurisprudencia y la ciencia del Derecho", advirtiendo que "la lista de estas fuentes es ya numerosa, pero puede serlo aún más si se considera que la noción de fuente del Derecho puede inteligentemente abarcar una infinidad de fenómenos materiales y de conocimientos espirituales y pensamientos que proyectan, en el trabajo del jurista, aquellas reglas de Derecho que, siendo abstractas, constituyen el sistema, que se aplica, sin embargo, con la norma determinada para cada caso en particular" (pág. 158); casi sorprende, después de este desmedido concepto de fuente del Derecho, que carece de la concreción necesaria para merecer el calificativo de útil, que el autor nos señale que "la multiplicidad no es, por otra parte, más que aparente, puesto que todas las fuentes tienen idéntico fundamento y análoga estructura, como ya se ha expuesto. Todas las fuentes se reducen luego a tres, que absorben a todas las demás. La fuente legislativa de Derecho, la de la Jurisprudencia y la de la ciencia del Derecho. Estas tres fuentes son las que nos proporcionan un Derecho bien formado, evidente y cristalino, tal como se desea en la teoría de las fuentes del Derecho" (págs. 158-159).

Nos parecen asimismo criticables sus opiniones sobre la jerarquía en el sistema de las fuentes (págs. 158-159), lo que no es, sin duda, una cuestión que pueda resolverse siguiendo meramente un "rigor de lógica formal" (pág. 160, nota 148), sino de jerarquización de los poderes sociales en la constitución real del Estado, pero que no admite tampoco que en la coordinación y fusión de las fuentes para su aplicación a un supuesto concreto pueda prescindirse, como al parecer quiere el autor, de una jerarquía fija e inalterable (pág. 159).

Señalemos, por último, conjuntamente, otras apreciaciones con las que no podemos estar de acuerdo: así, el suponer que en el Derecho medieval existía confusión entre el Derecho público y el privado (pág. 54), los motivos que señala como base de la codificación (vid. págs. 4 y 42), en los que late la contraposición entre individuo y Estado, opinión a la que el autor parece adherirse (cf. pág. 119), y la exaltación de ciertas ideas (el Código civil francés aparece como "exaltador del ideal generoso de la libertad", pág. 10; respecto a la Revolución de 1848, vid. págs. 8 y 127, nota 39; sobre Mazzini, vid. pág. 129, nota 46) que, por fortuna, pueden considerarse superadas, sin negar con ello lo que pudieran tener de aceptable los movimientos que las defendieron.

Jerónimo LOPEZ

REIDENTI.—*Diritto processuale civile.*—Giuffré-Editore. Milano, 1947.—
Vol. I.

Entre los procesalistas italianos de hoy Enrico Redenti ocupa una posición singularmente privilegiada. No sólo representa una tendencia de validez excepcional para la explicación de los fenómenos procesales, cohe-

rente y fecundísima, sino que, además, une a todo esto el prestigio de haber ejercido profunda influencia en el pensamiento de gran número de procesalistas italianos. Quizás, exceptuando Chiovenda, ningún otro haya conseguido suscitar tantas adhesiones.

Sus cualidades de ponderación, de mediación equilibrada entre la teoría y la práctica, su claridad expositiva y su conocimiento del espíritu de la investigación jurídica resplandecen en ésta como en sus anteriores producciones.

Este primer volumen lo componen dos partes. En la primera se estudian *nociónes y reglas generales* y en la segunda *los procedimientos de cognición*. Veamos sumariamente la estructura fundamental de sus ideas en los temas más debatidos de nuestra disciplina.

El espíritu constructivo de Redenti aparece claro en su conceptualización de la actividad jurisdiccional. Partiendo de una visión del Derecho procesal como "complejo sistemático de la disciplina de un modo típico de administrar justicia" (pág. 3) y del carácter coactivo de las normas jurídicas establece con facilidad que existen dos modos distintos en el ejercicio de la coacción: el *preventivo*, ajeno al Derecho procesal—salvo los casos esporádicos de la jurisdicción voluntaria—, y el *represivo*, destinado a asegurar la observancia de los preceptos jurídicos.

Cada norma jurídica contiene, al lado de su proposición fundamental que expresa un *imperativo*, una segunda proposición, que prevé como posible el incumplimiento de lo dispuesto o su inactuación e impone entonces determinadas *sanciones* conminatorias. La actividad jurisdiccional en sentido propio (contencioso) es, precisamente, la que *aplica las sanciones* previstas en la norma (pág. 4).

Las sanciones son muy variadas. En primer término, cabe distinguir entre sanciones *penales* y *civiles*. Aquéllas tienen por finalidad principal el inflingir cierto sufrimiento o mal sensible (*pena*) al que ha transgredido determinados preceptos jurídicos. Las sanciones civiles, en cambio, tienden fundamentalmente a *remediar* (en lo posible) las consecuencias derivadas de la transgresión o de la inobservancia, restableciendo, cuando cabe, el estado de cosas que derivaría del acatamiento de la norma o proporcionando una reparación equivalente al perjudicado (pág. 5). Las sanciones penales y civiles no son incompatibles; algunos hechos dan lugar a unas y otras (pág. 7).

La justificación de la aplicación de las sanciones la busca Redenti a través de la subjetivación de las normas. Estas sólo se traducen en programas concretos individuales por medio de otros conceptos, que son, especialmente, el de *deber* y el de *sujeción*. Así se produce la subjetivación *pasiva* de la norma, que tiene una *activa* como correlato, caracterizada por situar a un interés individual *sub tuttione iuris* (derecho subjetivo). Las sanciones, por su parte, implican ya en su mismo concepto una *sujeción* (necesidad de sufrirlas), que compete a un *sujeto pasivo*. Pero su aplicación (salvo circunstancias de excepción) no se efectúa por directa iniciativa del juez, sino por ajena instancia. Cuando la norma suponga un interés de la generalidad es (también) competente para su ejercicio

un órgano estatal—acción pública—; cuando se trata de un derecho subjetivo individual sólo es competente el titular o sus sucesores y causahabientes—acción privada—. En las sanciones civiles es raraísima la existencia de acciones públicas (págs. 7 a 11).

Por lo que se refiere a la acción privada civil (que es el tema del capítulo segundo), como el sujeto legitimado es libre de ejercitárla o no, es concebible que se presente como *un derecho subjetivo sui generis* que se puede incluir mejor en el cuadro de las sanciones que en el de las relaciones reguladas por los preceptos normativos. Aún hoy, por tanto, le sería aplicable la fórmula tradicional del *ius iudicio persequendi* (páginas 25-26).

La discrepante apreciación de las partes y la incertidumbre (*quid est veritas?*) de quien tenga razón engendra esta consecuencia: con anterioridad a la cosa juzgada la situación de las partes es: por el actor, una *acción presunta, pretensión de acción* o acción-pretensión; por el demandado, oposición o resistencia pasiva.

De este modo se da la paradoja de que la acción, que aparece en la ley concebida *en abstracto* como un derecho, en el acto práctico, es decir, *en concreto*, se encuentra solamente en el estado de *pretensión*. Antes de la cosa juzgada no vive sino como pretensión. Despues, suceden dos cosas: o el juez rechaza la acción como derecho, o la estima, y entonces, y sólo entonces, se declara *in praeteritum* que existía como derecho (págs. 29 ss.).

A la idea de acción en el estado de pretensión opone la de *excepción* en el significado de una motivación cualquiera que pueda aducirse ante el juez con el fin de evitar los pronunciamientos solicitados por la contraparte, si bien la pura y simple negación de la pretensión no se llame excepción más que en sentido *ímpropio*. El nombre de excepción en su sentido *propio* se reserva a los motivos de oposición fundados en otras circunstancias, elementos o datos silenciados o anulados por el que ejerce la pretensión (págs. 31 ss.).

El momento de mayor interés en la vida de la acción es aquél en que el pronunciamiento judicial adquiere la categoría de *cosa juzgada*. A partir de aquí el intento invalidatorio no prosperará, por más que se aleguen nuevas razones, nuevos hechos o nuevas excepciones o réplicas. El experimento judicial no puede repetirse; se dice, por eso, que la cosa juzgada ampara *lo deducible y lo aducido*. No actúa, con todo, la cosa juzgada de un modo automático. Cabe la proposición de la demanda; pero, frente a ella, hay la excepción obstativa oponible por la contraparte y aun la estimación directa hecha por el juez.

Una situación análoga a la cosa juzgada se da en ciertos tipos de proceso en los cuales, sin un explícito pronunciamiento, el juez provee sobre la acción. Así en la ejecución fundada en títulos extrajudiciales si el demandado no se opone. En estos casos se obtiene, por medio de la preclusión, un resultado práctico análogo al de la cosa juzgada. Se puede, pues, hablar de *presunciones* o de *preclusioni pro iudicato* (páginas 39-42).

Continúa Redenti estudiando en este capítulo las vicisitudes de la acción considerando la ingerencia de terceros, la disponibilidad o negociabilidad *inter partes* de acción y excepción: las garantías reales y medidas cautelares, la sucesión y transferencia en el ejercicio y la extinción de la acción. La brevedad esquemática y el acierto de la síntesis le acompañan. El próximo capítulo está dedicado a la tipología procesal (procesos y procedimientos) y es aquí donde Redenti estudia también la relación jurídico-procesal, entendida no como las de la especie *deuda-crédito*, sino como *aportación-inferencia*, y que, además, frente a las relaciones de derecho material, presenta un peculiar aspecto dinámico, ya que es susceptible de numerosas vicisitudes que afectan al juez, a las partes y a su contenido, que se desenvuelve en una mudable serie de situaciones que se generan una de otra.

La relación jurídico-procesal se nutre de *actos* de los sujetos que participan en el proceso. Aunque la terminología recuerde fenómenos de derecho material conviene precaverse contra la tentación de extremar el parecido. Los efectos de los actos procesales recaen exclusivamente dentro del proceso, y su estructura, su naturaleza, su construcción y su régimen son totalmente distintos de aquéllos. Todavía, en las situaciones internas determinadas por los actos procesales, se pueden reconocer elementos a los que, por vaga semejanza, se aplica la terminología de *deberes, derechos, cargas, sujeciones, facultades y poderes* (etc.), si bien fuera conveniente, para evitar equívocos, añadirles el atributo distintivo de procesales (págs. 79 ss.).

De modo sucesivo se ocupa en siguientes capítulos de los sujetos procesales, juez y partes, cerrando la primera de la obra con los actos procesales.

En general, el juicio crítico que suscita la obra no puede ser más favorable. Habrá—no podía por menos—alguna opinión discrepante. Pero el lector se siente atraído desde el primer momento por la finura del trazo caracterizador de las instituciones, por la luminosidad de pensamiento y estilo, por la agilidad expositiva, incluso, que hace vivir con interés los temas más abstrusos. Por lo demás, su caracterización de la función jurisdiccional como método para la aplicación de sanciones supone un progreso indudable. El elemento elegido como criterio discriminador tiene la ventaja de ser módulo esencial del Derecho (al menos en forma potencial) y ello proporciona un criterio seguro a la investigación y fecundos resultados prácticos.

Aun reconocido esto, estimamos que el punto de vista puede ser superado. Es difícil, por una parte, ver en la acción meramente declarativa la posibilidad de una sanción implícita (objeción ésta hábilmente sorteada por Betti), y por otra, como asevera Ugo Rocco, también a los órganos administrativos corresponde la aplicación de sanciones. Claro que siempre cabe decir en descargo cómo la 'Administración, en esas circunstancias, distintas de su finalidad específica, más que aplicar las sanciones las impone, que siempre es agible una fácil diversificación de los términos.

Como quiera que sea, el fin de un sistema de conceptos, como cuerpo

lógico, ha de ser el tener previstos en germen todos los fenómenos que componen la realidad a que ha de ser aplicado. Mucho ha conseguido Redenti en este sentido, pero la posibilidad de superación es aquí inagotable. Fuera de su teoría general quedan aún muchas zonas del proceso, que se presentan, como piezas sueltas, sin engarce dentro del conjunto. Cierto que éste es defecto general, por ahora, de todas las teorías procesales y un fruto de la juventud de nuestra disciplina; mas, a pesar de todo, dentro de la comprensión de un concepto primario suficientemente elaborado pueden ir la mayor parte, por lo menos (en el estado actual de la ciencia), de las materias que son objeto de consideración. Todas las aportaciones de los tratadistas, si han de ser valiosas, deben significar un avance en la consecución gradual de este resultado. Así lo ha hecho Redenti y, por eso, su labor es extraordinariamente meritoria y de huella imperecedera en la historia de nuestra dogmática.

José LOIS ESTEVEZ

SAVATIER, René.—“*Curs de droit civil*”, tomo I, 2.^a edición.—París, 1947.

Destácanse hoy en la literatura ius-privatista francesa las obras elementales que muchos profesores publican, escritas en el lenguaje claro y ameno peculiar de los autores de allende el Pirineo, que tienen la indudable ventaja de presentar unos esquemas completos y resumidos del Derecho civil, por lo que resultan de gran utilidad para los estudiantes de las disciplinas jurídicas.

A este género de obras pertenece la del profesor de Poitiers René Savatier. Tras una serie de valiosas monografías (de alguna de ellas se dió ya noticia en este Anuario), nos ofrece hoy este curso elemental, de cuyo primer volumen vamos a ocuparnos.

En un juicio conjunto del libro, hay que poner de relieve su síntesis, rigor científico, agradable lectura, sistemática normalmente correcta e indudable preocupación por actualizar los problemas y solucionarlos con arreglo a las necesidades de nuestros días. No obstante, apreciase cierta desigualdad en el trato de materias; el autor sigue en muchos puntos nuevas directrices, que son, indudablemente, superiores a las que la doctrina anterior a la guerra nos ofrecía, pero se aferra, por otra parte, a tendencias clásicas que muchas veces están en desacuerdo con las nuevas ideas que en otros lugares mantiene. Vamos a dar cuenta de las orientaciones generales de la obra, tanto como concordamos como cuando discordamos de ellas, sin descender al pormenor.

Divide el libro en una introducción y dos partes.

Dentro de las nociones generales es donde marca de una manera más clara las directrices de su pensamiento.

Considera el Derecho natural como la justicia aplicada a los hombres; pese a su variabilidad en el tiempo y en el espacio, contiene una serie de constantes: el hombre es un ser social, el fundamento de la sociedad es la familia, la misma naturaleza humana (individual y colectiva) impone la propiedad; el hombre precisa (para la necesaria convivencia) guardar sus

promesas y reparar los perjuicios que cause, etc. El Derecho positivo es la justicia aplicada por los hombres, y encuentra su fundamento en el Derecho natural.

Incluye entre las fuentes del Derecho objetivo, junto a la ley, costumbres y equidad, la jurisprudencia, siguiendo así el criterio que decididamente hoy se impone.

Y analiza la crisis del Derecho civil y las causas que la explican, concluyendo que se trata de una crisis de principios, la cual impone una reforma del Código.

La primera parte de la obra está dedicada al estudio de la persona, destacándose dentro de ella el derecho de familia.

Sigue, al tratar del matrimonio, la corriente tradicional francesa, si bien se aparta en algunos puntos de aquel criterio. Creemos que conviene destacar dos puntos significativos del pensamiento de Savatier sobre esta materia:

El primero, de carácter técnico, es el hecho de que el autor rechaza, considerándola inútil, la teoría de la inexistencia como figura independiente de la invalidez. La teoría francesa de la inexistencia no fué admitida por la doctrina de muchos países, y aun en los que la aceptaron está ya un tanto desacreditada. Pero en Francia todavía la sostiene la mayor parte de los autores; no se puede negar mérito a Savatier al apartarse de aquella dirección, que entendemos superada.

El otro punto es el de sus ataques al divorcio: es el matrimonio un contrato, pero su contenido eminentemente personal, su finalidad social, la necesidad de mantener una familia sólida y el propio interés de los hijos exigen una serie de restricciones de la libertad contractual que explican y justifican la prohibición del divorcio; contra éste existe hoy en Francia una cruzada en la que cooperan esfuerzos de todo género; precisamente el hecho de ser un categorizado civilista quien asume ahora tal postura, refuerza considerablemente esos laudables esfuerzos.

Concordamos, pues, plenamente, con estas dos actitudes del autor.

Mas forzosamente hemos de discordar del lugar en que encuadra el estudio de las personas jurídicas: al tratar de las incapacidades, en la incapacidad para poseer derechos; las personas jurídicas son algo más importante que unos entes incapaces de poseer derechos: el que el legislador les imponga ciertas prohibiciones, no quiere decir que sean esencialmente incapaces. El mismo Savatier así lo tiene que reconocer. Sistematicamente esto supone un grave error que incluso dificulta ver con claridad la propia naturaleza y finalidad de esas entidades jurídicas. E incluso viene a contradecir lo que el autor sostiene (al hablar de las nuevas direcciones jurídicas que de las necesidades de hoy se derivan y hacen precisa la reforma del Código; págs. 40-41) cuando afirma que existe ahora un verdadero renacimiento de las colectividades jurídicas, el cual forzosamente debe traer consigo una mayor protección legislativa para facilitar el desarrollo de esos entes que vienen a satisfacer necesidades de la sociedad actual.

La segunda y última parte de la obra está dedicada al derecho matrimonial.

Especial mención merece el capítulo sobre "patrimonio aparente", que denota un fino espíritu constructivo y un perfecto manejo de la técnica jurídica. También debe ponerse de relieve la finalidad social que de la propiedad predica.

Pero es bastante defectuosa la parte dedicada a los "iura in re aliena". No puede admitirse la calificación de "desmembramientos del derecho de propiedad" con la que engloba esas figuras. La propiedad es un derecho unitario susceptible de limitaciones, no un simple agregado de facultades que pueden ser sustraídas en parte.

Al tratar del objeto del usufructo notamos la falta de una referencia, siquiera fuese breve, a los quasi-usufructos. Y, por último, consideramos que hubiera sido preciso hacer un estudio más minucioso de las servidumbres.

Estas simples observaciones generales son suficientes para resaltar la desigualdad de trato en las diferentes materias que el libro contiene, sin que por ello dejemos de afirmar su mérito. Especialmente estas obras son útiles para los alumnos. En España, el profesor universitario puede apreciar lo que supone la falta de cursos elementales. Es de desear que nuestros civilistas colmen esa laguna; no les falta capacidad para ello.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

BOLLAIN ROZALEM, Luis: "La forma "ad probationem" tiene que ser constitutiva". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 232, 1947; páginas 521-530.

Como dice el propio autor, se propone en este trabajo poner de manifiesto un interesante matiz que nos ofrece, a través de la moderna y revolucionaria postura de Núñez Lagos, acogida por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de octubre de 1944, la vieja distinción entre formas "ad solemnitatem" y formas "ad probationem".

Cuya idea capital puede condensarse en esta triple afirmación:

1.^º Para la doctrina clásica, la forma, en los negocios solemnes—forma "ad solemnitatem"—, *constituye*; en los negocios no solemnes—de forma "ad probationem"—, simplemente *prueba*.

2.^º En el sentir de Núñez Lagos, la forma, que es necesaria en los negocios solemnes y voluntaria en los no solemnes, una vez cubierta—por necesidad en el primer caso, por voluntad en el segundo—, *constituye* siempre.

3.^º A modo de ver del autor de este artículo, la tesis de Núñez Lagos no sólo es irreprochable, es que únicamente abrazándose a ella puede ser admitida la construcción clásica de la forma "ad probationem".

José M. CODINA CARREIRA

CASTAN, José: "Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 182, 1947; 225-341.

Recoge el ilustre jurista algunos criterios de sistematización de las doctrinas acerca del concepto del Derecho, adoptando una clasificación cuyos más amplios términos son: a) sistemas de base teológica y ética; b) de base lógica y gnoseológica; c) subjetivos psicológico-jurídicos, y d) experimentales o positivistas. Dedica la mayor parte de su extenso trabajo a la exposición de las doctrinas de un centenar de autores sobre el

concepto del Derecho, siguiendo la clasificación adoptada y, a continuación, fija la trayectoria histórica de las mismas: sistemas de base ética y metafísica hasta la Edad Moderna; racionalismo e idealismo; ya en el siglo XIX, historicismo, positivismo, formalismo; y, por fin, corriente antinormativista reciente (escuelas naturalistas y sociológicas, idealismo de tipo objetivo, psicologismo); no existe hoy en realidad una doctrina dominante. Las conclusiones que dan fin al artículo podemos resumirlas así: Todas las concepciones del Derecho han aportado elementos útiles, pero a partir del siglo XVII tienen, en general, "el fundamental defecto de romper o relajar los vínculos del Derecho con la Moral"; "el secreto de un buen sistema jurídico radica, indudablemente, en la conciliación del elemento metafísico y ético con el histórico-social"; los resultados de la filosofía jurídica contemporánea son más brillantes que fecundos, de tal manera que "misión de nuestro tiempo es la de adaptar a las exigencias del mismo, tanto científicas como vitales, el sentido trascendental de la filosofía tradicional".

Luis SANCHO MENDIZABAL

CONDOMINES, Francisco de A.: "La interpretación de la nueva ley de Arrendamientos Urbanos". Revista de Derecho Privado, 366, 1947; páginas 664-666.

El criterio jurisprudencial anterior a la Ley siguiente, era el de considerar que lo relativo a la materia de arrendamientos urbanos constitúa una legislación portadora de privilegios y que, por ende, debió ser interpretada respectivamente sin permitir el juego de la analogía para los casos no previstos. El artículo 13 del texto vigente, por el contrario, significa la posibilidad y hasta la necesidad de aplicar su texto a situaciones no previstas. El sentido del artículo 13 se halla al considerar que con su formulación se trata de evitar que mediante formalismos que literalmente sustraigan el caso de los preceptos concretos que integran la ley, pueda ésta dejar de surtir efectos, resultando inaplicable, a escritos que fueran estimados como sometidos a su texto.

Juan HERNANDEZ CANUT

COSSIO, Carlos: "Sobre as relações da filosofia do direito com a ciencia jurídica". Boletim do Ministerio da Justiça, 3, 1947.

El Profesor Cossío examina uno de los problemas más discutidos en la actual problemática jurídica: la de precisar cuál es la relación existente entre filosofía jurídica y ciencia del derecho. La filosofía del derecho jamás dará al jurista solución para sus problemas. Filosofía y ciencia del derecho cumplen misiones diversas, lindando con dos órdenes de problemas entre sí incomparables. El derecho es un comportamiento humano y los problemas jurídicos deberán resolverse en términos jurídicos, nunca en términos ajenos al derecho. La filosofía, por otra parte, es un saber

metódico y fundamental; la ciencia no se estudia en sí misma, en cuanto la ciencia se dirige a las cosas, la filosofía se dirige a la ciencia, la considera como una cosa y la explica en su posibilidad y sentido. Si filosofía y ciencia, por tanto, investigan diversos objetos, se comprende que no haya una filosofía jurídica particular para cada ciencia particular del derecho mientras el jurista, que está en la posición del explorador que se entrega a la geografía, el filósofo del derecho ocupa la posición del físico que estudia el problema de los puntos cardinales y de las coordenadas terrestres.

No obstante, el jurista puede solicitar de la filosofía del derecho que le ayude a hacer ciencia jurídica, esto es, que le indique el método conveniente al tratamiento de las cosas de experiencia jurídica. Y si otra cosa puede el jurista solicitar de la filosofía del derecho, ya no es como jurista, sino como hombre: axiológica y metafísica.

José Enrique GREÑO

D'ORS, Alvaro: "De la "prudentia iuris" a la "Jurisprudencia del Tribunal Supremo". *Información Jurídica*, 55, 1947, págs. 63-82.

Con un enfoque romanista inicia su artículo, en el cual examina el valor de la Jurisprudencia del T. S., pronunciándose por una depuración de aquélla, función que correspondería a la "prudentia iuris" de los verdaderos científicos del Derecho; de este modo la ciencia libre del Derecho volvería a ser, con esta revisión autorizada oficialmente, la primera fuente de toda normatividad jurídica; propugna la confección de un repertorio de jurisprudencia que respetase la formulación casuística de las sentencias tan sólo depuradas de aquellos elementos accesorios irrelevantes para la adecuación del fallo.

Tras estudiar el problema foral, afirma que las normas jurídicas son formuladas por los "prudentes", que la doctrina es la fuente de donde mana sin interrupción el verdadero "ius", y que el Estado, a través de sus organismos oficiales, no hace más que administrar ese caudal. El Estado no crea el Derecho, lo administra.

J. H. C.

GONZALEZ ALEGRE BALGOMA, Ramón: "Algunas fuentes indirectas en la Historia del Derecho Español". *Foro Gallego*, 40-42, 1947. páginas 359-370.

Coincide con Galo Sánchez en que la Historia del Derecho es una ciencia en formación que necesita a menudo recurrir al documento, al rito, al símbolo jurídico, al dato onomástico, lo cual hace que fuente indirecta constituya en el camino histórico-jurídico la más importante y valiosa aportación para el conocimiento del derecho vivido en las diversas épocas.

Entre estas fuentes indirectas son de citar los textos de la literatura y los refranes jurídicos. Considera a estos últimos casi como una fuente primaria del Derecho, en cuanto es una norma jurídica manifestada por el propio pueblo, y magnífico exponente del concepto popular del Derecho.

J. H. C.

GONZALEZ GOMEZ, Eudoro: "¿Son relativamente incapaces las personas jurídicas?" *Estudios de Derecho* (Org. de la F. de D. y C. P. de la U. de Antioquia), 26, 1947, págs. 243-247.

Persona jurídica, dice el C. c. colombiano, es "una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extraoficialmente".

De las distintas teorías sobre la persona jurídica, el autor se inclina por la que él llama tesis de carácter realista en el sentido de que la persona jurídica, no es sino la consagración legal que ciertos fenómenos de asociación y organización humana reciben del derecho objetivo.

El C. c. colombiano, impregnado de los sistemas individualistas del siglo pasado, se mostró hostil al fenómeno de la asociación, de ahí que declare "las personas jurídicas son de dos especies: Corporaciones y fundaciones de beneficencia pública". Consecuente con este criterio, el C. c. somete a una serie de restricciones a las personas jurídicas, llegando, en el artículo 1.504, a enumerar entre las personas relativamente incapaces a las personas jurídicas.

La orientación contraria se inicia con la carta de 1886, para terminar con la Ley 57 de 1887, que derogó los artículos 643, 644, 645 y 651 del C. c., que eran precisamente los que establecieron un régimen de relativa incapacidad de las personas jurídicas. Ciento que en el artículo 1.504 no se ha derogado expresamente, pero hay que estimar su derogación tácita en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.^o de la Ley 57 de 1887, preceptivo de que cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla".

La misma orientación ha seguido el Acta legislativa núm. 1.^o de 1836, cuyo art. 20 dijo "es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no son contrarias a la moral o al orden legal. Las asociaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas".

J. H. C.

LEGAZ LACAMBRA, Luis: "La concepción egológica del Derecho". *Información Jurídica*, 53, 1947, págs. 3-31.

Lo característico de la teoría egológica del Derecho—punto de vista aportado al estudio de los problemas fundamentales de la filosofía jurídica por el profesor argentino Carlos Cossío—es el ser una inserción de las conclusiones fundamentales de la teoría pura del Derecho en una ontología vitalista del yo y en los puntos de vista peculiares que esta ontología impone en la interpretación de las propias conclusiones de la doctrina de Kelsen.

Expone los conceptos fundamentales de la teoría egológica, según su autor, para después de una sugestiva exposición, terminar diciendo que lo que fundamentalmente le separa de su autor es su efectiva inserción en el marco de la filosofía perenne, más en lo que tiene de actitud última que en su limitación como escuela.

J. H. C.

LOPES NAVARRO, Luis: "A responsabilidade civil do Estado". Boletim do Ministerio da Justiça, 4, 1948.

Divide en seis partes su estudio el Dr. Lopes Navarro. La primera (*a idea de culpa domina o instituto da responsabilidade civil*) señala cómo desde una responsabilidad basada en la pena, a través del Código civil portugués, que acepta expresamente el principio de responsabilidad civil, la actual orientación doctrinal reconoce una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo, si bien el C. p. no prescinde del concepto de culpa al enunciar los elementos fundamentales de la responsabilidad civil. Estudia en la segunda parte (*a responsabilidade civil do Estado antes da reforma do Código civil*) cómo en la doctrina dominante era de aceptar la responsabilidad del Estado sólo en cuanto a las relaciones de carácter civil, hasta que por reforma del artículo 2.399 vino a reconocer la responsabilidad solidaria de la administración con los empleados públicos. El autor, contrariamente a lo sostenido por el profesor Cunha Gonçalves, defiende la culpa como elemento esencial de la responsabilidad del Estado.

Derivada de la doctrina legal que construye el Código civil portugués la construcción jurídica de la responsabilidad civil del Estado debe ser informada directamente por los principios generales del derecho civil y en armonía con la doctrina general de responsabilidad en el derecho privado.

Como reglas específicas aplicables a la responsabilidad civil del Estado, el Dr. Lopes hace una distinción entre una contractual ordinaria, que se rige por las normas de la contratación civil, y la extracontractual, que por virtud del artículo 2.399 aparecen como vinculadas la administración y los empleados públicos solidariamente.

J. E. G.

MARIN PEREZ, Pascual: "Los derechos sobre derechos". (Notas para su construcción teórica en el Derecho español.) Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 182, 1947, 419-462.

Trata el autor de demostrar la posibilidad técnica y la utilidad práctica de esta construcción. Para lo primero parte del concepto de objeto del derecho como categoría lógica, formalmente determinada, estimando mejor esta explicación que la de los derechos como cosas incorporales. Para demostrar la utilidad hace un estudio de las aplicaciones de esta figura, especialmente en relación con el Registro: derechos personales con eficacia real (arrendamiento inscrito y los casos en que se dé anotación preventiva y reserva autenticada), derechos sobre derechos, de carácter real y de constitución registral (hipoteca sobre usufructo, sobre nuda propiedad, sobre concesiones administrativas, subhipoteca, retrácto, etc.); propone, en conclusión, que todas estas figuras de características comunes se agrupen en un precepto general que permita la hipotecabilidad de los derechos sobre derechos, de naturaleza real y de los que tengan garantía real suficiente. Contiene también el artículo una clasificación de derechos sobre derecho en heterogéneos, homogéneos y conjugados.

L. S. M.

ORTEGA PARDO, Gregorio-José: "El problema metodológico en el Derecho civil", en Revista da Faculdade de Dereito da Universidade de Lisboa, año IV, Lisboa, 1947, págs. 164-193 (conferencia).

Dada la falta de correspondencia entre denominación y contenido del problema, tal como hoy suele ser planteado, se impone establecer un límite máximo y otro mínimo. Según Ortega, este último se obtiene mediante la distinción con nociones afines, tales como "sistema" y "plan", de función inferior; el límite máximo rebasa lo estrictamente gnoseológico para comprender el problema del concepto mismo del Derecho, puesto que en el campo de éste se adentran extremos propios de la cuestión metodológica. Por otra parte, las diferentes directrices que la historia de la metodología presenta, no sólo suponen diversos modos de enfocar el problema del método, sino que responden a otras tantas concepciones del "mundo" y del "hombre". Por ello, la exposición que el autor realiza—sucintamente—de los métodos jurídicos—Escuela del Derecho natural, exégesis, escuela histórica, positivismo, formalismo, realismo jurídico, sociológico y político; jurisprudencia de los intereses, institucionalismo, etc.—comprende no sólo los rasgos más salientes de los métodos preconizados, sino también las diferentes concepciones a que estos métodos responden.

A juicio del autor, se hace precisa una síntesis metodológica que se aparte del monismo unilateral y peligroso, la cual no significa resolver el problema por los fueros de la facilidad y la renuncia. La síntesis supone que la teoría del método debe amoldarse a la naturaleza de la realidad a que sirve: el Derecho. Por ello es necesario la utilización conjunta de los diversos métodos de investigación para que ésta resulte plenamente eficaz.

Juan Bautista JORDANO

PASCUAL SERRES, José María: "El Congreso de Zaragoza y la evolución de la Jurisprudencia". Revista J. de Catal., LII, 1947, págs. 21-29.

Del espíritu del Congreso, que se manifiesta lo mismo en su labor preparatoria que en las diversas ponencias desarrolladas, se deduce—estima—que el creer que la Jurisprudencia se mantenga por ahora como si Zaragoza no hubiese tenido lugar, sería ir no sólo en contra de la actual orientación legislativa, sino retardar más en el tiempo la franca apertura del portillo—patente en algunas sentencias del T. S.—tendente a declarar en el futuro la coexistencia de aquellas especialidades forales que no estén en abierta pugna con el lugar que corresponde en la mención intestada del Derecho común al Estado y a todos los que lo integran.

J. H. C.

PIRAS, Salvatore: "Sull'esercizio de la facoltà di disporre". Nouva Rivista de Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale. Vol. I, fasc. 1-4, Pisa, 1947, pág. 21 ss.

Podemos distinguir tres partes en este trabajo; en la primera, el autor establece sus conceptos de facultad de disponer y de acto de disposición;

aquélla es, para él, un instrumento, ligado a una posición jurídica principal, en virtud del cual su titular, normalmente el mismo de la posición jurídica, está legitimado para, mediante una manifestación de voluntad, provocar ciertas mutaciones en la posición jurídica. El acto dispositivo es la actuación del instrumento por su titular, encaminada a separar la posición jurídica de su sujeto. Lo esencial en todo esto es que la facultad sólo tiene relevancia cuando la posición jurídica entra en su momento dinámico.

La segunda parte es una sistematización de los casos en que el Derecho italiano, ante la presencia de un interés público, excluye, suspende o subordina a elementos ulteriores la posibilidad de ejercitar la facultad dispositivo.

En la tercera parte se estudia la eficacia de aquellas trabas a la facultad de disponer nacidas de un negocio jurídico. Se enfrentan aquí la posible protección de los intereses individuales o familiares que inspiran estas trabas con el principio de orden público de protección a la libre circulación. El C. c. de 1942 ha llegado a una doble posición: en los negocios mortis causa, ineeficacia absoluta de las prohibiciones de disponer, posición destinada a evitar que se burle la prohibición de establecer sustituciones fideicomisarias. En los negocios inter vivos, eficacia, en general, sólo inter partes, no absoluta, de las prohibiciones. La tesis del autor es que el fundamento de esta última posición legal no está en el citado principio de orden público, sino en la naturaleza de la facultad de disponer; afirma que no cabe un acto dispositivo independiente sobre un instrumento que sólo tiene relevancia en la dinámica de una posición jurídica, no en su configuración y estructura; sólo cabe obligarse a no utilizarlo, nunca disponer de él, dada su falta de sustantividad.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

PUGLIATTI, Salvatore: "Precisazioni in tema di causa del negocio giurídico". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. I, fasc. 1-4, Pisa, 1947; pág. 13 ss.

El profesor Pugliatti anticipa, según nos dice, algunas ideas de su libro "*Volontà motivo e causa nel negocio giurídico*", con objeto de aclarar algunas ideas y rectificar algunas posiciones de la doctrina dominante; tanto ésta como el C. c. de 1942 han hecho triunfar el concepto objetivo de causa; Pugliatti reconoce que es el único acertado y rechaza los intentos de algunos autores, entre ellos Betti, que tratan de llegar a la integración de la concepción objetiva y la subjetiva. Pero seguidamente se enfrenta con la formulación corriente del concepto objetivo de la causa, según la cual ésta es el fin o la función económicosocial del negocio, obtenida por la síntesis de sus elementos esenciales. Contra esta idea, Pugliatti centra su tesis en dos puntos fundamentales: 1.º Es contrario a todo método jurídico aceptable el acudir al campo extrajurídico para determinar la función del negocio jurídico; cada tipo de negocio tiene una función jurídica determinada por la síntesis de los efectos jurídicos esen-

ciales atribuidos por el ordenamiento; esta función jurídica es la causa de cada tipo negocial. 2º Esta causa adquiere relevancia al contrastar la de un tipo de negocio configurado por el ordenamiento con los motivos que han impulsado a las partes en un negocio concreto. Aquí es donde surgen los problemas de existencia o inexistencia, licitud o ilicitud, y elasticidad (límites) de la causa; ésta, latente en principio, surge ahora y puede provocar la nulidad del negocio, o la eliminación de él de determinados efectos queridos por las partes, pero contrarios al esquema pre establecido por el ordenamiento.

M. G. E.

RAUL VENTURA: "Coisas "in patrimonio" e "extra patrimonium" e coisas "in commercio" e "extra commercium" nas "Instituções" de Gaio e nas de Justiniano", en Revista de Direito da Universidade de Lisboa, año IV, 1947; págs. 153-161.

Pretende el profesor de Lisboa averiguar cuál es la posición que ante estas clasificaciones de las "cosas" obligan las fuentes romanas a tomar, examinando como exponente para el Derecho clásico la "Instituta" de Gaio, y contraponiendo al bizantino representado por la de Justiniano.

Tras un estudio detenido de los textos, concluye que en el Derecho romano clásico, tal como se deduce de la "Instituta" gaiana, ninguna de esas divisiones de las cosas existió, y—a su juicio—el argumento terminológico que corrientemente se aduce para demostrar la bipartición: "rex in patrimonio" y "extra patrimonium", correctamente entendido, no posee tal alcance.

En la "Instituta" justinianea se establece la diferencia entre las cosas "in commercio" y las que se encuentran "extra commercium", aunque esta clasificación se encubra con expresiones engañosas.

El artículo acaba razonando el autor la interpretación dada a la terminología de las fuentes.

J. B. J.

RUBINO, Domenico: "La reforma del Código civil italiano". Revista de Derecho Privado, 364-365, 1947; págs. 527-550.

A pesar del continuo aumento de la legislación especial—principalmente en los últimos tiempos—in Italia, la materia del Derecho privado está regulada fundamentalmente por el C. c. entrado en vigor el 21 de abril de 1942. De un detenido análisis de este último y de su comparación con el de 1865, deduce que el de 1942, en su parte técnicojurídica, es mejor y señala un progreso respecto al de 1865, ello no excluye la necesidad de ciertas reformas de aquel texto, sobre todo en lo que hace referencia a su orientación; se muestra partidario de que la reforma no se haga hasta que Italia goce de un orden estable político-económico-social.

J. H. C.

2. Derechos reales

ABEJON, Julián: "Algunos preceptos nuevos en el Reglamento Hipotecario". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 230-231, 1947; páginas 449-464.

El presente trabajo nos da una visión de conjunto de aquellos artículos del nuevo Reglamento Hipotecario que presentan alguna novedad.

Dice que este nuevo Reglamento, que, en general, sólo alabanzas merece, ha presentado la materia que le es propia, perfectamente ordenada y dosificada, con epígrafes marginales, lo cual permite que la busca de las disposiciones pueda hacerse con gran facilidad y ahorro de tiempo.

Divide su exposición en tres grandes apartados, sobre el modo de llevar los registros, inspección y personal de los mismos y honorarios, haciendo resaltar como más interesantes los artículos 359, 360, 367, 368, 375, 382, 430 y 466 y siguientes; estos últimos, suprimen las visitas trimestrales de inspección y vienen a desvanecer aquella ridícula versión del labrantín o menestral casi analfabeto, haciendo la visita trimestral al Registro de la Propiedad, en funciones de Juez municipal suplente.

En relación con el ingreso en el Cuerpo, aboga el autor por unos estudios superiores universitarios, algo así como una especie de doctorado, que pudieran sustituir a las oposiciones; así como la supresión de las fianzas, que considera que son una cosa anacrónica, y, por último, insiste en la necesidad de reformar el Arancel, que en este nuevo Reglamento apenas ha sido variado.

Termina diciendo que el nuevo Reglamento, como toda obra humana, tiene sus deficiencias y defectos; pero, en general, merece toda clase de alabanzas.

J. M. C. C.

ABEJON, Julián: "Expedientes de dominio". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 234, 1947; págs. 657-673.

Los expedientes de dominio—comienza diciendo el autor—eran en nuestro sistema de inmatriculación registral la cenicienta del cuento infantil, a quien la inmatriculación por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria y la conseguida por los expedientes de información posesoria tenían recluida y abandonada.

A continuación examina los expedientes de dominio a través de las diferentes reformas de la Ley Hipotecaria, afirmando que la primitiva de 1861 no estableció esta clase de expedientes seguramente porque entonces no se conceptuó necesario. Sin embargo, al redactarse la Ley Hipotecaria de 1869 se apreció que el número de fincas inseritas en posesión en España excedía de los dos millones, por lo que se estableció por primera vez el expediente de dominio; aunque la Ley de 17 de julio de 1887 suprimió totalmente tal forma de inmatriculación, volviendo al sistema de la Ley primitiva de 1861. Posteriormente, la Ley de 29 de abril

de 1909 fué la primera reforma seria llevada a cabo después de la Ley de 1869, ya que modificó y mejoró con gran acierto todo lo referente a la tramitación de los expedientes de información posesoria, y, por último, trata de la situación actual creada por la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, y el texto refundido de la Ley y el Reglamento vigentes en la actualidad.

Estudia después la parte que él denomina más esencial y discutida de estos expedientes: la posible cancelación de las inscripciones contradictorias, cuya posición, completamente clara, la fija el artículo 202 de la nueva Ley Hipotecaria.

Termina diciendo que nos hallamos en presencia de una reforma de gran trascendencia y, en general, de gran acierto.

J. M. C. C.

A. G. R.: "La analogía de la Ley de Arrendamientos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 32, 1947, págs. 3-4.

Las dificultades que podría ofrecer la interpretación del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al remitirse a la analogía quedan desvirtuadas en base de dos consideraciones; de una parte, mediante la concreción que el mismo precepto hace al limitarla "a los casos que la Ley regula", complementado en este punto por el artículo 17, que faculta al juzgador de instancia para decidir si el asunto litigioso es de los sometidos a la Ley de Arrendamientos; y de otra, mediante la fijación de las fuentes a tener en cuenta, cuya jerarquización es: 1) Los preceptos de la Ley, y 2) Los principios inspiradores de la misma, que deducirá por sí mismo el intérprete y aplicará a virtud de un principio de "analogia legis".

J. H. C.

A. G. R.: "Propiedad colectiva inmueble" (Nota histórica). Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 24, 1947; págs. 3-5.

La redistribución equitativa de la tierra—dice—emprendida por el Estado español de acuerdo con las más puras inspiraciones socialcristianas, ha vuelto a dotar de actualidad a algunos temas que yacían olvidados en las bibliotecas y en los laboratorios.

Partiendo de esta idea, examina las tres fases distintas por las que en las sociedades primitivas pasa el dominio de la tierra: propiedad colectiva del grupo social, propiedad colectiva del grupo familiar y la propiedad individual.

Mientras en Grecia la existencia de un régimen de propiedad colectiva parece indudable, no ocurre lo mismo con Roma, respecto a la cual las opiniones son contrapuestas.

Ve la evolución de lo colectivo a lo privado a través de la distinción entre tierras cultivadas e incultas, evolución que se completa, mediado el siglo VII mediante la tendencia a transformar las antiguas "possessio-nes" del "ager publicus" en auténtica propiedad privada, mediante un censo que debía ser distribuido entre los ciudadanos pobres. Por lo que

se refiere a los germanos, parece que en tiempo de César no existía sobre los inmuebles propiedad ni disfrute por separado; la evolución ulterior se caracteriza por las formas "alodiales" de propiedad y las típicas cesiones a título de "precarium", con la constitución de señoríos inmobiliarios, y es sólo mucho más tarde cuando la relación de precario desaparece, al consolidarse la propiedad de las tierras en sus cultivadores, libres ya de toda protección de servicios.

J. H. C.

DE LA FUENTE, Juan Manuel: "Sobre conversión de inscripciones de posesión en inscripciones de dominio". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 30, 1947; págs. 3-5.

La legislación hipotecaria vigente, al negar el ingreso al Registro de la Propiedad al mero y simple hecho de poseer, ha obligado a sustituir el certificado de posesión—previsto en los artículos 24-29 del Reglamento Hipotecario de 1915 para la inscripción de bienes pertenecientes al Estado, las provincias o los pueblos y demás Corporaciones civiles o eclesiásticas, cuando faltaba el título de dominio—por uno de dominio, mediante el cual el Estado y las Corporaciones civiles y eclesiásticas podrán inscribir los bienes que les pertenezcan cuando careciesen de título escrito.

Ello crea, por tanto, la existencia de dos tipos de inscripción: de posesión (anteriores a la nueva reglamentación) y de dominio, posteriores a la misma.

Los de posesión subsisten en tanto no se convierten en de dominio.

Estima que, además de los tres procedimientos utilizables para verificar tal conversión, esto es: sentencia judicial recaída en el juicio correspondiente, el expediente de dominio o el transcurso de diez años de la fecha de la inscripción sin contradicción, existe otro que presenta las ventajas de sencillez y economía de tiempo, cual es la certificación de dominio expedida por dichas entidades con todos los requisitos necesarios, y en las que se declare, con referencia al tiempo en que se inscribió la posesión, que se tenía el dominio de los mismos inmuebles y no sólo la posesión "de facto".

J. H. C.

D'EMILIA, Antonio: "Síntesis interno alla figura del possesso secondo il codice civile italiano". Archivio Giuridico, CXXXV, fasc. 1-2, 1948.

En su trabajo ofrece de modo conciso el profesor D'Emilia una síntesis relativa a fundamentales aspectos de la configuración de la posesión, en el Código civil italiano, y de la consideración lógica de las varias posiciones conceptuadas, referentes a los posibles casos de inmediata relación (material) de un sujeto frente a un objeto.

De las normas contenidas en las secciones II y III del capítulo II del Código civil italiano deduce que la posesión tiene como función la de

sanar un título (de adquisición de la propiedad o de otro derecho real) imperfecto o la de crear un título en caso de carencia. Entre los varios posibles casos de inmediata relación (material) de un sujeto a un objeto distingue, en primer lugar, la esfera no jurídica de la jurídica, y dentro de ésta separa adecuadamente la detención de la posesión y de la propiedad o cualesquiera otros derechos reales. De cuanto afirma de la detención, concluye que no puede transformarse en posesión si muda el título, conforme al artículo 1.141. Análogamente, resulta que para la transformación de la posesión en propiedad es necesario que el título sea perfeccionado o, en caso de carencia, se cree otro.

Justifica la posesión desde el doble punto de vista substancial y procesal y concluye señalando que los elementos componentes de la estructura de la posesión, los económicos y los éticos, la delinean positivamente, y los políticos, negativamente.

J. H. C.

CREHUET JULIA, Manuel: "Algo sobre el artículo 313 del texto refundido de la Ley Hipotecaria y los artículos concordantes del nuevo Reglamento". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 234, 1947; páginas 686-699.

La aspiración unánime de cuantos se interesan por los problemas del Derecho inmobiliario—dice el autor de este trabajo—o, en otras palabras, por la eficacia de la institución registral en beneficio de la propiedad inmobiliaria de España, desean para los libros del Registro el mayor número posible de asientos; pero este sentir unánime se desvanece cuando se le busca una solución.

Comienza presentándonos tres soluciones: 1.^a Perfilar y perfeccionar la institución registral para que ésta se recomiende por sí misma. 2.^a Implantar la inscripción constitutiva; y 3.^a Lograr la inscripción de un modo indirecto, pero coactivo, a base de declarar la inadmisión de los títulos no inscritos. Se pregunta a continuación cuál de estas soluciones ha seguido el legislador actual, a lo que contesta que de la propia exposición de motivos de la Ley de Reforma de 1944 se desprende que la inscripción constitutiva no entró en sus cálculos, por lo que solamente resta estudiar las otras dos soluciones, a través de la Ley de 1944 y del texto refundido de 1946.

Respecto a la Ley de Reforma de 1944, dice que participa en cierta manera de las dos soluciones, ya que, por una parte, perfecciona la institución para que ésta se recomiende por sí misma, y, por otra, declara indirectamente la inscripción necesaria, a base de negar la admisión de los títulos no inscritos en los organismos oficiales.

Referente al texto refundido de 1946, afirma que, al haber sustituido el artículo 335 por el actual 331 y comparando ambos, se hecha de ver en seguida el distinto criterio que les informa. En el primero sólo cabe distinguir entre documentos inscritos y no inscritos: aquéllos son siempre admitidos; éstos no son nunca. En cambio, actualmente hay que

hacer una serie de distinciones, que el autor señala en una relación de cuadros y supuestos.

Termina diciendo que el texto refundido de 1946 ha eliminado en parte, con el artículo 313, la amplitud y la fuerza que tenía el artículo 335 de la Ley de Reforma. Por lo que de aquellos tres sistemas o soluciones que señalaba, nos hemos quedado casi exclusivamente con el último, que, en definitiva, ha sido el tradicional en nuestra patria y que gira bajo el lema de que la inscripción no es una necesidad, sino una conveniencia.

J. M.* C. C.

FORNS, José: "Legislación internacional americana sobre derecho de autor". *Revista de Derecho Privado*, 364-365, 1947; págs. 573-580.

La Unión Panamericana—fruto de la genial intuición de Simón Bolívar al prever la importancia de fomentar el espíritu de cooperación y de unidad entre las nacientes y pujantes naciones de América—realiza, hoy día, funciones oficiales y de servicio público, y cuenta entre sus varias secciones con la denominada Oficina de Cooperación Intelectual, encargada de reunir y recopilar la legislación sobre derecho de autor.

Dicha legislación comienza con el Convenio de Montevideo o Sudamericano de 1888-89, que fué el primer instrumento de carácter internacional que estableció en América un sistema de protección al derecho de autor. A éste siguieron otros muchos: Méjico, Río de Janeiro, Buenos Aires, La Habana, etc., hasta que en 7 de octubre de 1942 el Consejo Directivo de la Unión Panamericana aprobó la convocatoria de una Conferencia especial de expertos, dado el interés de los problemas a dilucidar.

J. H. C.

FORNS, José: "La televisión ante el derecho de autor". *Revista de Derecho Privado*, 368, 1947; págs. 845-858.

Fué en el Congreso celebrado en París, en junio de 1937, cuando se presentó por vez primera ante la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores el importante y sugestivo tema de la televisión.

La televisión plantea los mismos problemas ya abordados por la radio y, sin embargo, ninguna de las leyes que acoge la televisión ha logrado enfocar la nueva modalidad de un modo claro y preciso; por el contrario, suelen confundirla y mezclarla con otras formas de transmisión o reproducción.

Propugna la unificación de las distintas legislaciones de acuerdo con unas bases, que cita, tendentes a proteger el derecho del autor, así como a hacerlo compatible con las posibles limitaciones a la facultad exclusiva del autor con respecto a la radiofonía y a la televisión, por motivos de interés nacional o cultural.

J. H. C.

G. DE VALDEAVELLANO, Luis: "La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval". *Revista de Derecho Privado*, 366, 1947; págs. 631-658.

La limitación de la acción mobiliaria, como dice Hübner, fué la necesaria consecuencia de los principios básicos dominantes en el derecho de vestidura que debían conducir en este punto a una distinción profunda entre el derecho mobiliario y el inmobiliario.

Estudia el autor, con su conocida competencia, dicha limitación, en el Derecho visigodo, para, en el examen del Derecho medieval patrio, afirmar la subsistencia de la limitación plasmada en el proverbio jurídico: "Hand muss, hand wahren" (la mano debe guardar la mano; es decir, la mano investida debe responder y garantizar la devolución de la cosa, pero solamente ella). Pero la influencia del Derecho romano, favorable a la reivindicación dominical, en todos los casos, no dejó de hacerse sentir y condujo a que el principio "Hand muss, hand wahren" sufriese atenuaciones encaminadas a evitar que el tercer poseedor quedase invulnerable para la reivindicación del propietario, cuando había adquirido la cosa de mala fe, y, en lo sucesivo, sólo la buena fe del tercer adquirente pudo protegerle de la reivindicación.

J. H. C.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Estructura del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947". *Información Jurídica*, 50-51, 1947; páginas 98-108.

Las sucesivas modificaciones del régimen hipotecario seguidas de la trascendental de 30 de diciembre de 1944 hizo necesaria la revisión del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915. El vigente Reglamento de 14 de febrero de 1947, que coincide fundamentalmente con el anterior.

Renuncia a una exposición completa del nuevo texto reglamentario, contentándose con destacar las novedades más esenciales introducidas en las materias: concesiones administrativas, inscripción de bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal, procedimiento para el ejercicio de acciones reales derivadas de derechos inscritos, anotación del derecho hereditario en abstracto, procedimiento ejecutivo extrajudicial para el ejercicio de la acción hipotecaria, hipoteca constituida por acto unilateral, hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas e inspección del Registro.

J. H. C.

GIMENO GAMARRA, Rafael: "La oposición del poseedor en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 234, 1947; págs. 674-685.

El presente trabajo tiene por objeto el tratar de las diferentes cuestiones que se han planteado en torno al proceso regulado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Examina las causas en que, según el referido artículo, podrá fundamentarse la demanda de contradicción, centrando su estudio en la segunda de dichas causas; es decir, poscer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualesquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36.

A continuación estudia detenidamente estos dos supuestos, afirmando respecto al primero que con ello no puede decirse que se lesionen legítimos intereses de los titulares de derechos no inscritos, y del segundo se deduce que el titular inscrito podrá dirigir su acción contra el poseedor en cualquier tiempo, mientras éste no haya adquirido el dominio de la finca o el derecho por prescripción; no pudiendo admitirse, por tanto, que sea necesario, como creen algunos autores, que para que el titular inscrito pueda utilizar el procedimiento del artículo 41, cuando se dirija contra un poseedor en concepto de dueño, le inicie antes de un año, a contar desde la fecha de su inscripción, ya que así se desprende del artículo 36 de la Ley.

J. M. C. C.

MARIN PEREZ, Pascual: "Los principios de la relación jurídica registral. Reconstrucción de la teoría". *Revista de Derecho Privado*, 366, 1947; págs. 658-664.

En oposición a Sanz, que, en su comentario a la nueva Ley Hipotecaria, ha puesto en tela de juicio la licitud teórica de los llamados "principios hipotecarios" en cuanto a su condición formal de tales "principios" en el sentido lógico de la expresión, cree que estos principios son necesarios no solamente desde el punto de vista del Derecho registral unificado, sino desde el "puramente hipotecario o inmobiliario".

J. H. C.

MUR LINARES, Ricardo: "Las direcciones conceptuales sobre bienes, intereses y derechos en el ámbito del Derecho civil". *Revista General de Derecho*, 34 y 35, 1947, págs. 386-395.

Los conceptos de bienes jurídicos, interés jurídico y Derecho subjetivo constituyen a partir de Ahrens la atmósfera espiritual en que las instituciones viven y se desenvuelven, los pilares fundamentales sobre los que se alza toda disciplina jurídica, mas como el bien antes de ser jurídico es un bien de la vida humana individual y social y como el interés antes de ser jurídico es un interés humano, la concepción sociológica del bien y la psicológica del interés han de preceder a la concepción jurídica de aquéllos.

Partiendo de este supuesto, examina las teorías sobre la naturaleza sociológica del bien y psicológica del interés a través de Ihering, Gaveis, Binding, Kessler, Finger, Bunger, Jellineck, Oppenheim y Wagner.

Considera que la causa de la divergencia existente entre las distintas teorías no es otra que aplicar un mismo término para conceptos distintos y que es necesario distinguir entre: necesidad, bien, utilidad, interés, cuyos conceptos expone, así como las diferencias entre interés, bien y utilidad, de un lado, y entre interés y deseo, del otro.

J. H. C.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: "Los bienes "wakfs" o "habs" musulmanes y su función en el Derecho moderno". Información Jurídica, 52, 1947; págs. 32-39.

Técnicamente, el "wakf", como el antiguo "habus", es la transmisión gratuita de un usufructo a perpetuidad, es decir, por el tiempo de la existencia de los propios bienes. Es, pues, una propiedad sin nudo propietario, relación jurídica "sui generis", mixta entre los derechos reales de propiedad y de usufructo; del primero, guarda su carácter de perennidad; del segundo, la limitación de no enajenar.

En los tiempos modernos, se admite una trascendental modificación de sus característicos primigenios; es evidente la evolución de un sentido socializador, así como la preocupación por la tutela estatal en su doble forma administrativa y judicial.

J. H. C.

RICA Y ARENAL, Ramón de la: "La nueva reglamentación hipotecaria (Síntesis de sus más relevantes innovaciones)". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 182, 1947; págs. 463-518.

Subraya el señor De la Rica (miembro de la Comisión redactora) la importancia del nuevo Reglamento hipotecario. Corresponde a éste el desarrollo de una de las más profundas reformas de nuestra legislación hipotecaria, y contiene, por tanto, numerosas innovaciones con relación al anterior. Merece citarse, como detalle sintomático, el hecho de que cerca de la tercera parte de sus artículos sean de nueva redacción.

Constituyen el contenido de este trabajo las principales innovaciones y modificaciones introducidas en la reglamentación, "prescindiendo en absoluto de cuantas se refieren a la mecánica o técnica del Registro y al Estatuto orgánico de los Registradores". Se estudian, así, las relativas a los derechos y bienes inscribibles, las formas y efectos de la inscripción, las anotaciones preventivas, las cancelaciones, las hipotecas y la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica.

José Antonio PRIETO GOMEZ

ROBLES ESPINOSA, Manuel: "La publicidad substantiva". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 233, 1947; págs. 608-637.

En el presente trabajo, su autor, el jurista cubano Sr. Robles Espinosa, aboga por la implantación de un régimen de publicidad inmobilia-

ria con fuerza probatoria absoluta, pues no obstante sus excelencias y ventajas, que resaltan tan pronto se le enuncia o estudia, ha venido a ser, sin embargo, una difícil facilidad su implantación.

Varios son los obstáculos que, dice, han demorado ese adelanto en nuestro derecho inmobiliario de distintos órdenes: económico, político, técnico y hasta psicológico.

Menciona y estudia a continuación los factores que le faltan para su realización, que hasta ahora no han tenido éxito, y que son: 1.^º La depuración de los historiadores del Registro. 2.^º La formación del catastro parcelario del territorio nacional, exacto, completo y con finalidad jurídica; y 3.^º El establecimiento de un fondo de seguro inmobiliario que responda eficazmente a las consecuencias de aplicación del régimen de publicidad substantiva.

Examina después, en relación con el tema, la diferencia entre el título y el modo, preguntándose si subsistiría en nuestro derecho la teoría del título y el modo, a pesar de la grandiosa transformación que implica la publicidad absoluta, a lo que contesta que no sólo cree que subsistiría la teoría (concepto dogmático), sino que perduraría su práctica (concepto pragmático).

Trata asimismo de las relaciones entre la posesión y el registro y la institución del notariado, afirmando que no podemos ir hacia la supresión del Notariado, entre otras causas, porque es bien sabido que en el Registro de la Propiedad se asientan "derechos"; al paso que el Notariado es un registro de "hechos o declaraciones"; de llevarse al Registro la función notarial se embarazaría extraordinariamente la función registral; el notario resulta cerca del Registrador de la Propiedad como una primera instancia en el orden procesal; y, por último, que el Notariado viene avalrado por el prestigio y fe que inspira de antiguo en los países latinos, por su perfeccionamiento indudable y por la respetabilidad y competencia de sus individuos.

Concluye diciendo que, de poderse implantar la publicidad substantiva en nuestro derecho, evitaremos que se pueda seguir diciendo que aun tienen la misma vigencia de hace un siglo las bases que formulara D. Claudio Antón de Luzuriaga, y lograremos los fines que se proponía la reforma hipotecaria según el R. D. de 1855.

J. M. C. C.

RUIZ ARTACHO, Juan: "Cuestión resuelta por el Reglamento Hipotecario vigente". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 233, 1947; páginas 600-607.

Una de las más trascendentales reformas hechas por la Ley Hipotecaria de 1909 fué la relativa a la subsistencia de cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, que dió lugar a que se detuviera en ella de un modo implacable la aguda y penetrante mirada del comentarista; algo parecido a lo que ha ocurrido con el artículo 131 de la Ley Hipotecaria vigente (regulador del procedimiento judicial sumario).

El autor de este trabajo comienza exponiendo una serie de opiniones

de los diversos tratadistas que han estudiado la materia; dice que estas opiniones coincidentes de tan insignes autores están basadas, dentro del modesto campo de la interpretación literal, en argumentos de alguna lógica, es cosa evidente; pero, a pesar de ello, nunca aceptamos, y menos ahora, que la intención del legislador fuera imponer la subrogación en la deuda u obligación personal, como se ha pretendido.

A continuación examina los dos preceptos nuevos contenidos en el Reglamento hipotecario vigente con relación a esta materia, artículos 231 y 232.

Termina diciendo que con el nuevo Reglamento quedan aclaradas todas las cuestiones que plantearon los autores.

J. M.* C. C.

VALLET DE GOYTISOLO, J.: "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública". Revista de Derecho Privado, 369, 1947; págs. 931-960.

Hace suya la posición de Angel Sanz Fernández orientada a integrar la legislación hipotecaria, basándose en el sistema general español concretado en el Código civil. Con este bagaje emprende el estudio de cada uno de los temas que titulan su artículo, no sin antes proceder al examen de lo que llama teología del Registro, piedra angular de su estudio, al que califica de institución necesaria, por ser útil al propietario actual, al adquirente y, desde luego, al interés nacional y social en cuanto sanea la propiedad y facilita el conocimiento de la pertenencia del suelo y de la riqueza inmobiliaria nacional.

J. H. C.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 230-231, 1947; págs. 465-480.

Comienza diciendo el autor que, en nuestro sistema hipotecario, la inscripción no es ni constitutiva ni abstracta. Se funda en un título material y se inscribe mediante un título formal. La inscripción se realiza sobre la base del título formal, pero por la legitimación registral lo que se presume es la verdad y existencia del título material. Este título material, que consta y ha de constar en toda inscripción, llega al Registro tanto a través de los títulos formales en sentido estricto como por conducto de un medio supletorio.

Tras de una detalla mención de los tratadistas que, dice, han influído en la redacción de los artículos 28 y 207 de la nueva Ley, pretende demostrar que la redacción anterior no era desastrosa, sino que es incluso la más correcta.

Concluye diciendo que cada vez son más numerosas y enérgicas las voces y plumas que proclaman resulta perturbador el empleo del término tercero de nuestra Ley Hipotecaria y que éste debiera ser suprimido de la misma.

J. M.* C. C.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: "La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa" (ensayo). *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 182, 1947; págs. 545-596 y 679-722.

Sirve de base a este extenso ensayo del Sr. Vallet de Goytisolo un análisis del concepto de la posesión en nuestro Derecho. Aparece en éste como fundamental la distinción entre los conceptos de posesión y de tenencia; el primero podría caracterizarse, conforme a la técnica de Carnelutti, como situación (ocupa un lugar en el tiempo); el segundo, como hecho. La posesión, en sentido estricto, recae sobre el dominio y demás derechos reales; la tenencia, sobre las cosas.

Alude el autor a las diferencias existentes entre ambas categorías relativas al fundamento de su protección, extensión de ésta, nacimiento, extinción y efectos para la usucapión. Señala asimismo la posibilidad de conversión de una en otra.

De la diferenciación entre posesión y tenencia deriva la negación del principio de unidad de la posesión y la inutilidad de la distinción germánica entre posesión mediata e inmediata. Esta distinción corresponde a la construcción del Derecho alemán, que sólo permite la disagregación vertical de la posesión; pero no cabe en España aceptar tal doctrina, ya que nuestro Derecho admite la disagregación horizontal.

En efecto, si no caben dos tenencias sobre la misma cosa ni dos posesiones del mismo derecho (la concurrencia contradictoria de posesiones es figura legalmente imposible; art. 445, C. c.), son posibles, por el contrario, varias posesiones sobre derechos distintos que recaigan sobre una misma cosa, incluso coexistiendo con la tenencia de ésta por otro sujeto (supuestos de coposesión propiamente dicha e impropias).

J. A. P. G.

VENTURA-TRAVESET GONZALEZ, Antonio: "La elaboración registral del Derecho como función continuadora y colaboradora de la notarial. (Apuntes para una monografía.)" *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 182, 1947; 723-738.

Las funciones registral y notarial tienen un cierto campo de acción común, lo que impone entre ellas la colaboración, sin que esto haga conveniente suprimir la dualidad (el autor relaciona una serie de extremos respecto a los que la función notarial es absolutamente independiente de la registral). En la zona de acción común, la colaboración, que legalmente debiera comenzar al presentarse en el Registro la escritura ya redactada, comienza mucho antes en virtud de una práctica que el autor querría ver elevada a precepto legislativo mediante el establecimiento de una antecalificación; y debe continuar, una vez redactada la escritura, para subsanar posibles defectos. El trabajo se refiere, finalmente, a las fuentes a considerar para esta elaboración del Derecho.

L. S. M.

VENTURA-TRAVESET Y GONZALEZ, Antonio: "Temas de Inmatriculación. La Inmatriculación en el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947. Efectos de la Inmatriculación y crítica de la reforma". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 232 y 235, 1947; páginas 531-541, 721-735.

Siguiendo el desarrollo de una serie de temas con el enunciado general de Inmatriculación, nos presenta el autor en estos dos artículos la inmatriculación en el nuevo Reglamento Hipotecario, sus efectos y crítica de la misma.

Comienza presentando un desarrollo reglamentario de los preceptos legales de la Ley Hipotecaria, tratando a continuación de los diversos procedimientos inmatriculatorios: el judicial, aplicable al propietario que carezca de título escrito y al que lo tenga y no pueda inscribirse por cualquier causa; el estrictamente notarial, concediendo un indulto general para toda la titulación notarial anterior al 1.^o de enero de 1945; el registral, en el que se exceptúa de la presentación al registrador del documento adquisitivo anterior, cuando se relaciona y transcribe el documento privado en la escritura; y el mixto, manteniendo que el título público adquisitivo, acompañado del acta de notoriedad, será inscribible, conforme a lo prevenido en el artículo 205 de la Ley.

Se refiere asimismo a la inmatriculación administrativa, y dice que la inmatriculación por certificaciones de dominio no contiene novedad esencial con relación al Reglamento Hipotecario de 1915. En el caso de doble inmatriculación, se limita a propugnar el juicio de identificación por la constancia de la duplicidad de finca, reservando a los Tribunales el derecho a resolver la cuestión.

Pasa a continuar a examinar los efectos de la inmatriculación, distinguiendo los normales de toda inscripción y los especiales, haciendo una amplia referencia a la suspensión de efectos.

Después se refiere al concepto de tercero según la opinión de los tradistas, afirmando que es inútil debatirse en una interpretación forzada del concepto de tercero, enlazando unos preceptos con otros para llegar a la conclusión de excluir del ámbito de la protección registral a algunos de los que en ella intervienen.

Y, por último, presenta una extensa crítica de la reforma, admitiendo como conclusión el que la Ley, tal cual ha quedado redactada, ha pulido el procedimiento estrictamente notarial del artículo 205, al exigir una constancia de la fehaciencia del título del transmitente que aparte al detentador o al usurpador.

J. M.* C. C.

VILLARES PICO, Manuel: "La posesión y el registro". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 230-231, 1947; págs. 409-448.

En este artículo, el autor trata de demostrar el retroceso que en nuestro régimen inmobiliario representa el artículo 36 de la nueva Ley Hipotecaria.

El ordenamiento jurídico, al regular la posesión, no emplea léxico preciso, y así, con los mismos términos, unas veces se refiere al hecho de la posesión y otras al conjunto de los derechos derivados de aquel hecho.

Se habla con frecuencia en la doctrina del señorío de hecho, y, sin embargo, no sabemos lo que es legalmente, porque la ley no determina su concepto ni requisitos.

En el moderno Derecho Inmobiliario la posesión ha perdido su virtud de representar y hacer notorio el derecho real, quedando sustituida, a este efecto, por la inscripción en el registro inmobiliario; vemos destacada esta influencia en algunos artículos del Código civil, pero en la reforma de la Ley Hipotecaria, a pesar de la tendencia del derecho moderno a dar publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, se le concede a la posesión de bienes inmuebles una excesiva importancia como hecho exteriorizador de la propiedad, con lo cual la reforma, a este respecto, en vez de progresar hace retroceder a nuestro régimen inmobiliario.

Termina diciendo que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria fué defendido por los autores manejando tópicos, que, además de no ser exactos, resultan anacrónicos en lo que se refiere al carácter social con que quieren defender al poseedor prescriptivo.

J. M.* C. C.

3. Obligaciones y contratos

A. G. R.: "Arrendamientos de temporada". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 31, 1947; págs. 3-5.

La Ley de Arrendamientos Urbanos, como Ley de excepción que es, ha de aplicarse con arreglo a un criterio restrictivo; de ahí que los arrendamientos de temporada deban ser excluidos como lo son 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 la Ley de 31 de diciembre de 1946, en finalidades complejas y distintas de aquéllas.

J. H. C.

BAGO FLORES DE LEMUS, M.: "Plazo de vigencia de los contratos de arrendamientos urbanos y sus prórrogas". Boletín de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Jaén, 1, 1948; s. p.

Enclava el contrato de arrendamiento de finca urbana entre los trastativos de uso y disfrute, procediendo a enumerar sintéticamente sus elementos fijándose principalmente en el de existencia de plazo determinado de vigencia.

En relación con este elemento, admite como si bien en principio se fija libremente por las partes, de acuerdo con el artículo 1.255 del Código civil, circunstancias especiales—la escasez de viviendas—determinan que

no termine con la expiración de un plazo de vigencia, sino que cumplido éste se prorrogará.

Analiza la prórroga obligatoria de los contratos a través del derogado Decreto de 29 de diciembre de 1931 y de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo mismo en lo que hace referencia a los locales destinados a viviendas que en los locales de negocio.

Finalmente, en relación con los distintos requisitos que exige el artículo 72 para que tenga lugar la prórroga, se fija fundamentalmente en el que establece "que el inquilino falleciere durante la vigencia del contrato", aceptando en este punto la opinión de Vázquez, Bellón Gómez e Hijos Palacios, según los que hay que interpretar el texto legal en un sentido extensivo, ya que la prórroga de un contrato no significa otra cosa que la vigencia del mismo y de sus cláusulas, que no sufren alteración alguna.

J. H. C.

EDITORIAL: "Las derramas por concepto de servicios y el artículo 126 de la Ley de Arrendamientos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 27, 1947; págs. 3-5.

A pesar de no dar la Ley de Arrendamientos Urbanos un concepto de "servicios", entiende por tales, utilizando el criterio de los artículos 1.542 y 1.587 del C. c., todas aquellas prestaciones que impliquen esfuerzo o trabajo personal prestado en interés total o parcial de la finca.

El artículo 126 establece que cuando se trate de viviendas o locales de negocio construidos o habitados por primera vez antes del 2 de enero de 1942, el aumento de los servicios podría derramarse por el arrendador proporcionalmente a la utilización de aquellos servicios o suministros. Lógicamente, cuando sea imposible—dice—determinar esa proporcionalidad, lo que sucede con el servicio de portería, se derramará por igual entre unos y otros arrendatarios.

J. H. C.

EDITORIAL: "La notificación del traspaso al arrendador". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 34, 1947. págs. 3-4.

De las varias posibilidades que resultan del artículo 52 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en orden a la prioridad de la notificación al arrendador, en el caso de traspaso de locales de negocio, ha de estimarse que si bien es cierto que el artículo 52 prevé el supuesto de que voluntariamente le haya sido ofrecida dicha cesión por el arrendatario con preferencia a cualquier otra persona, no lo es menos que del artículo 45 del propio cuerpo legal resulta que no es obligatoriamente al arrendador la primera persona a que deba hacerse la oferta.

J. H. C.

EDITORIAL: "Pago de rentas en especie en los arrendamientos rústicos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 26, 1947; págs. 3-4.

El Decreto-Ley de 24 de julio de 1947 ha venido a resolver el problema —que planteaba la aparente laguna del artículo 3.^º de la Ley de 25 de ju-

lio de 1942 al no contemplar el supuesto de contratos anteriores a la Ley en los que la renta se hubiese convenido en especie—en el sentido de dar una disposición de emergencia aplicable en tanto en cuanto sigan intervenidos la especie obligada al pago de forma que permita la reintegración de las obligaciones del contrato a su pristino estado, cuando se levante la intervención a que se encuentra sujeta la especie pactada.

J. H. C.

EDITORIAL: "Pisos deshabitados". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 28, 1947; pág. 3.

Diversos han sido los caminos por los cuales la Ley de Arrendamientos Urbanos ha tratado de resolver el problema de la escasez de los locales habitables; prórroga obligatoria de los contratos (art. 70), necesidad de la autorización del Gobernador civil para el derribo de inmuebles habitables, extensiva ésta por la disposición transitoria 21, aun en el caso de que dichas demoliciones se hubieren decretado por razón de la ejecución de planes urbanísticos de interés general, y, sobre todo, el precepto de la 23 disposición transitoria que autoriza al Gobierno para imponer el alquiler obligatorio de aquellas viviendas que susceptibles de ser ocupadas, no lo fueren por nadie. Las facultades gubernativas, en este punto, llegan a otorgar por sí mismo, y en rebeldía del arrendador, el oportuno contrato de inquilinato de la vivienda desocupada, sirviendo de renta base la última declarada a fines fiscales o la que sirva de base al título.

J. H. C.

FERRER MARTIN, Daniel: "Arrendamientos rústicos". Competencia para conocer de las consignaciones en pago de rentas. Revista General de Derecho, 37, 1947; págs. 551-553.

No ofrece duda la competencia para conocer de las consignaciones en pago de rentas en los siguientes casos:

- a) Consignación de rentas vencidas cuando en el contrato no se fijó lugar para el pago: será competente el del domicilio del arrendatario.
- b) Consignación de rentas previstas en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil para interponer los recursos de apelación y casación: ante el Juez o Tribunal ante quien deba llevarse a efecto la interposición.
- c) Consignación de rentas enervatoria de la acción de desahucio por falta de pago: ante el Juez que entienda del juicio de desahucio.
- d) Consignación de rentas que venzan durante la substanciación del pleito: ante el Juez o Tribunal que conozca del procedimiento en la época en que venzan las rentas que han de consignarse.
- e) Consignación de la renta pactada por el arrendatario o aparcero cuando se discuta la cuantía de la renta o la participación del propietario, prescrita por el artículo 55 de la Ley de 15 de marzo de 1935, ante el que hay de plantearse el procedimiento de que es requisito previo.

Finalmente, el último caso de consignación de rentas es en el supuesto de que el arrendador se niegue a recibirlas a su debido tiempo; en este

caso, la consignación no constituye requisito previo para entablar ninguna acción o recurso, ni es cumplimiento de ninguna disposición imperativa, sino facultad que ejercita el arrendatario para evitar las consecuencias perjudiciales que en un día pudieran derivarse del impago.

Considera que la consignación es un acto de jurisdicción voluntaria que se apoya fundamentalmente en el derecho que para ello le concede el artículo 1.176 del Código civil.

Concluye afirmando:

1.º Que las consignaciones en pago de rentas, cuando el arrendador se niega a recibirlas, no son cuestiones que surjan de la ejecución e interpretación de las Leyes de Arrendamientos Rústicos.

2.º Que la competencia se determinará por lo previsto en las normas competenciales comunes contenidas en los incisos i) del apartado b) de la base novena de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944 y apartado f) del artículo 8.º del Decreto de 24 de enero de 1947, en relación con el apartado d) del propio artículo, en virtud de los cuales los Jueces municipales y comarcales conocerán de las consignaciones que no excedan de 5.000 pesetas, y los de Primera Instancia de las que rebasen esta cifra.

J. H. C.

GALLARDO RUEDA, Arturo, y REYES, Roberto: "Ante la novísima Ley de Arrendamientos Urbanos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 27, 1947; págs. 6-11.

Las razones que han reclamado la atención del legislador hacia una reforma integral de las normas relativas a los arrendamientos urbanos son dobles: inspiradas en exigencias de carácter técnico y otras en la propia realidad social.

Las de carácter técnico derivan de la insuficiencia de preceptos relativos a la materia que encontramos en el Código civil, junto a los abusos a que conducía la excesiva libertad contractual en detrimento de los económicamente débiles.

Las razones prácticas nacen del déficit de casas-habitación, junto con las dificultades que actualmente afectan a las nuevas edificaciones.

Orientación fundamental de la Ley es llegar a una fórmula de armonía entre la necesaria protección a los económicamente menos dotados y el respeto debido a la propiedad, cuyo desconocimiento daría lugar a un colapso en la edificación que agravaría el problema.

Así surgió, primero, la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, y posteriormente, después de serias deliberaciones sobre el dilema—Ley de Bases o Ley Articulada?—, el texto articulado de la misma de 21 de marzo de 1947.

J. H. C.

GARCIA TRELLES: "Sobre la interpretación del artículo 73 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos". Revista de Derecho Privado, 369, 1947; págs. 966-968.

El derecho de prórroga establecido en el artículo 73, al decir "podrá advenir arrendatario... el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil",

sólo afecta a la sociedad constituida por dos socios, sea civil o sea mercantil, y cualquiera que fuera la forma en que esté constituida, pero ha de tratarse de una sociedad relacionada con el arrendador, bien por medio del contrato suscrito a su nombre, bien con la expresa autorización y conformidad del mismo.

J. H. C.

HIJAS PALACIOS, José: "Los derechos de tanteo y de retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio en la nueva ordenación legal". Revista General de Derecho, 37, 1947; págs. 536-546.

Analiza ambos derechos, tomando por base fundamentalmente los artículos 63 y siguientes del texto legal. Sistemáticamente estudia los distintos supuestos, considerando la jurisprudencia que a cada uno de ellos es aplicable, deteniéndose especialmente en la exposición de las presunciones de excesividad en el precio, así como en lo que se refiere al ejercicio de la acción de anulación de la renta, así como al orden de prelación en la misma.

J. H. C.

LA REVISTA: "¿El arrendador de un local destinado a negocio tiene derecho a negar la prórroga forzosa del contrato por necesitar el local, a fin de instalar un simple depósito propio?" Revista General de Derecho, 37, 1947; págs. 554-556.

Dados los importantes intereses sociales que la Ley persigue con esas prórrogas forzosas, rodea el ejercicio de la facultad de negarlas de las máximas garantías posibles, a fin de evitar posibles simulaciones o abusos.

La aparente contradicción entre los artículos 77—de carácter general—y el 91—más especial y concreto—lo resuelve el autor inquiriendo el sentido de la Ley, según la cual, en todos los casos—dice—en que se enfrentan intereses contrapuestos, pero iguales, de arrendador y arrendatario, la Ley otorga una preferencia al primero, indemnizando debidamente al segundo. Significa, por tanto, que la Ley permite fijar un rango de intereses en el sentido de que en determinados casos los arrendatarios están más protegidos que otros, según la índole del destino dado al local.

En consecuencia, al enfrentarse el arrendador, que pretende instalar simplemente un depósito, con el arrendatario, que explota un propio y verdadero comercio abierto al público, la diferencia entre los respectivos intereses que protege la Ley es tan notable que no se puede otorgar la preferencia al arrendador.

J. H. C.

LACASA COARASA, José María: "El arrendamiento forzoso". Revista General de Derecho, 39, 1947; págs. 666-674.

El Decreto de 3 de octubre de 1947, poniendo en vigor el apartado a) de la disposición transitoria 23 de la Ley de Arrendamientos Urbanos,

tiene antecedentes en nuestra patria en el auto acordado del Consejo de 31 de julio de 1792, que prohibía tener sin uso y cerradas las casas. Lo excepcional del precepto obliga—dice—a delimitarlo claramente. El arrendamiento forzoso ha de entenderse referido a: viviendas propiamente dichas; sujetas a la Ley de Arrendamientos Urbanos; susceptibles de ser ocupadas para la finalidad específica de vivienda o casa-habitación; que no estén ocupadas por nadie, sin que tenga relevancia ni efecto alguno el hecho de que, estando ocupadas, estén o no habitadas, habitualmente o no.

J. H. C.

MAJADA, Arturo: "Naturaleza jurídica del contrato deportivo". Revista J. de Cat., LIII, 1947; págs. 101-113.

Lo considera como de los calificados por la doctrina de "mixtos" o "múltiples". Rechaza su inclusión dentro del arrendamiento de servicios, ya que no existe adecuación entre sus elementos. Su reglamentación la encuentra: en el contrato mismo; por analogía, en la regulación establecida en las Leyes para los tipos contractuales más afines; a los principios generales de las obligaciones y contratos; a los principios generales del Derecho.

J. H. C.

MENENDEZ PIDAL, Juan: "El contrato de portería". Revista de Derecho Privado, 369, 1947; págs. 960-966.

Concreta su estudio a los porteros de fincas urbanas dedicadas a alquiler. La naturaleza jurídica de este contrato es laboral y, por lo tanto, la jurisdicción competente es la Magistratura del Trabajo. La única dificultad que a tal construcción se opone—el caso corriente en que el propietario del inmueble cede vivienda al portero—la resuelve en el sentido de considerar que cuando por cualquier causa se diere por terminado el contrato de trabajo de portería, y, en su consecuencia, hubiere de desposeerse al portero de la casa-habitación que ocupare por razón de su cargo, puede considerarse que se trata simplemente del cumplimiento de la obligación que tiene todo trabajador, conforme al artículo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, de devolver al empresario los materiales e "instrumentos" de trabajo una vez que haya cesado en sus servicios, que coincide en lo fundamental con el artículo 157 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

J. H. C.

NOVOA, Emilio: "Contrato de compraventa por suministro". (Notas para un estudio). Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 182, 1947; págs. 609-622.

Pese a la importancia social y comercial del contrato de compraventa por suministro, que constituye la forma habitual de contratación por par-

te del Estado, Compañías y Empresas, la Ley y la doctrina le conceden escasa atención.

Analiza el autor la naturaleza de este contrato, y ve en él una compraventa especial por razón de la cosa. Sus características son: unidad de vínculo jurídico en su constitución; trato sucesivo e intermitente en el cumplimiento; fraccionamiento del objeto total del contrato en prestaciones parciales, cada una de las cuales es considerada como principal.

Problema que alcanza un especial relieve en el contrato de suministro es el de las responsabilidades por incumplimiento. Según el señor Novoa, éstas, a pesar de la unidad de vínculo jurídico, se contraen a cada ejecución parcial. En caso de rescisión, el contrato ha de estimarse válido respecto a las prestaciones ya cumplidas. Razones de equidad y buena fe exigen, dada la larga duración del contrato, considerar siempre implícita la cláusula "rebus sic stantibus".

Ni el Código civil ni el Código de comercio hacen referencia alguna al contrato de compraventa por suministro. El señor Novoa estima que caben, dentro de las normas positivas relativas a la compraventa—que serán las aplicables—, los principios doctrinales que ha ido estableciendo, y ataca la tesis del Tribunal Supremo, según la cual "la compraventa por suministro tiene siempre un carácter especial de mercantil" (sentencia 26 septiembre 1927). Será contrato mercantil solamente el que reúna los requisitos exigidos en el artículo 325 del Código de comercio.

J. A. P. G.

PEREZ-ORDOYO CILLERO, Luis: "Contrato por el cual se cede el derecho a retraer una finca en caso de renta futura por el precio que pudiera dar un tercero. ¿Es válido? ¿Es suscribible? La Notaría, 82, 1947; págs. 358-382.

De un acertado bosquejo histórico y de su cotejo con figuras jurídicas similares, llega a la conclusión de que este derecho, que denomina de "pre-emptio", es personal, válido, no inscribible, si bien debe admitirse la anotación preventiva de la demanda en que se exigiera su cumplimiento.

J. H. C.

QUINTANILLA ALVAREZ, Bernardino: "Formas en la expresión del mandato". Revista General de Derecho, 39, 1947; págs. 682-687.

Al preguntarse si el poder a que se refieren los artículos 444, núm. 8.^o, y 447 del Código de comercio forzosamente ha de ser notarial o, por el contrario, basta que se exprese por escrito privado o particular, después de estudiar la doctrina y los textos legales llega a la conclusión de que el mandato es el concepto jurídico institucional, con diversas expresiones o formas. El poder es la concreción de un mandato con especialidad de forma; es decir, el poder es el órgano especial; todo poder supone un mandato, mas no todo mandato supone un poder. Cuando las Leyes emplean la expresión "poder" se refieren al instrumento público. Idea de poder: idea instrumental. Idea de mandato: idea de facultad o encargo-

J. H. C.

QUINTANILLA ALVAREZ, Bernardino: "Los porteros de casas particulares, ¿se hallan protegidos por la legislación o Fuero laboral?" *Revista General de Derecho*, 36, 1947; págs. 487-492.

Estima que en la extensión del concepto "servicio doméstico" quedó siempre comprendido, en el orden científico, técnico y práctico, el de los porteros de casas o moradas particulares, y ello porque el trabajo se presta al "amo" o dueño de la casa y no al "patrón" o "empresario"; no se busca con este trabajo ningún objetivo de lucro o de riqueza, ni un fin productivo; se rinde la prestación o servicio de una morada particular en atención a los familiares que en la misma conviven, y casi siempre el propio trabajador reside en la misma morada donde presta su servicio.

Afirmó que, a tenor del texto de las Leyes, de la doctrina legal e incluso de la aportación científica, el servicio doméstico queda excluido actualmente de la jurisdicción laboral.

J. H. C.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio: "La cláusula oro en los pagos internacionales privados". *Revista de Derecho Privado*, 366, 1947; páginas 666-671.

La protección clásica contra los males de la inestabilidad numeraria ha sido siempre la cláusula de pago en oro en sus dos principales modalidades: la "cláusula oro cualitativa", en que dicho metal es tomado, efectivamente, como calidad inexcusable de pago, y la "cláusula oro nominal", en que solamente su apreciación valorativa es la que cuenta. En el campo del Derecho Internacional Privado, la cláusula oro acostumbra ser de rigor, y la ejecución de la obligación acarrea grandes dificultades en un tiempo en que las divisas áureas efectivas han desaparecido en absoluto de la circulación mundial. Las dificultades desaparecen si dichos pagos se refieren a una divisa, con las características de firmeza, del dólar de Bretton Woods.

J. H. C.

R. VALCARCE, Francisco: "Sucesión arrendaticia urbana. Naturaleza, omisiones y algunos problemas que ofrece el contenido del beneficio de prórroga a favor de los parientes del inquilino fallecido". *Revista de Derecho Procesal*, III, 4, 1947; págs. 633-638.

El artículo 71 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos motiva el trabajo. El derecho que el citado precepto concede representa una sucesión traslativa a título mortis causa, singular y legal, que, además de requerir el obligado término de la relación parental o matrimonial con el inquilino, precisa otra, no menos fuerte, basada en la convivencia.

Entre las omisiones cita el no haber facultado al titular del derecho de arrendamiento de vivienda para designar al sucesor a su muerte, así como el no haber mencionado, entre los que tienen el derecho a prórroga, al hijo adoptivo.

Como problemas menciona el de si es precarista el pariente cuyo gra-

do de parentesco rebase el tercero de afinidad o consanguinidad, así como el de si la renta vencida grava a la herencia o sólo debe estimarse carga del beneficiario, y, por último, si la renuncia de la herencia permite aceptar el beneficio legal.

Recomienda, por fin, el máximo cuidado en la apreciación de la prueba del hecho de la convivencia, cuando en defecto de documentos oficiales sobre el hecho se pretenda su fijación por medio de testigos.

J. H. C.

RIO MARCH, José Antonio del: "El crédito agrícola en España". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 232, 1947; págs. 542-556.

El presente trabajo constituye una segunda parte o continuación de un artículo del mismo autor y título publicado en la revista a que hacemos referencia.

En esta segunda parte, denominada Históricopráctica, se trata, en primer lugar, de los préstamos particulares y del interés del dinero, llegando a la usura a través de la historia para llegar después al estudio de los pósitos y de la Banca privada y Asociaciones.

A continuación centra su estudio a la evolución del crédito agrícola en España, dividiéndolo en tres etapas: desde el año 1881 hasta el 1925, desde esta fecha al 1938 y desde aquí hasta nuestros días.

Y por último, analiza la Ley de 17 de julio de 1947, que dice representa un importante y progresivo avance en la regulación de las normas del crédito agrícola.

J. M. C. C.

ROCA SASTRE, Ramón María: "La donación remuneratoria". *Revista de Derecho Privado*, 368, 1947; págs. 823-845.

La donación remuneratoria es "una donación con motivo causalizado, consistente en recompensar al donatario servicios prestados al donante, sin que éste se halle jurídicamente obligado a retribuirlos y sin que los mismos sean remunerables por el uso".

De su definición trata de extraer su naturaleza jurídica, en relación con la cual afirma no se trata de un contrato oneroso; que se trata de una donación especial, o sea tipificada por la nota de ser una liberalidad dirigida a recompensar económicamente un servicio anteriormente prestado "que no dan lugar a ninguna acción para" exigir su retribución.

Por lo que hace a su régimen, el Código civil la regula en su artículo 622 con una fórmula que deja mucho que desear; el Código de Comercio le dedica un precepto específico, el núm. 5.^º del artículo 880. En las regiones de Derecho Romano, o sea en Cataluña y Navarra, el régimen de la donación remuneratoria es distinto del establecido por el Código civil, por cuanto si bien la donación remuneratoria "es donación" y se rige por las reglas de la donación ordinaria, está sujeta a normas especiales, cuales son: estar exenta del requisito de la "insinuatio" y no ser revocable por causa de "ingratitud", ni reducible por supervivencia de hijos.

J. H. C.

VELLVE, Ernesto: "El seguro como contrato aleatorio". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 182, 1947; 342-361.

¿Es el seguro un contrato aleatorio? La contestación a esta pregunta y sus consecuencias son, con palabras del señor Vellvé, las siguientes: 1.^a En el orden jurídico-económico, no es el contrato de seguro necesariamente un contrato aleatorio. 2.^a En el orden puramente legal puede serlo, aunque con aleatoriedad recortada por el contenido económico. 3.^a La justicia conmutativa no es contraria a este contrato, aunque en el orden puramente legal pueda quedar excluida. 4.^a Para la interpretación del seguro hay que atender a la economía del contrato (prestaciones recíprocas, conmutativamente justas y áleas sustanciado en riesgo como ente de probabilidad). 5.^o Legalmente, en los Códigos que lo consideran aleatorio, se interpretará el seguro con consideraciones de raíz subjetiva (eficiencia de culpa y dolo). 6.^a Con estos mismos Códigos, el intérprete no puede traer a una póliza aislada a terceros específicos que, por comuniación en el riesgo, tengan interés en esa interpretación. Lo contrario ocurrirá con Códigos que vean el seguro como "contrato de masa". Por último, para la interpretación han de valer equipotentemente "seguro" y "evento". La interpretación hecha sobre la base exclusiva del áleas es errónea, como lo es la de póliza aislada que trate de suprimir la parte de libertad individual de los firmantes, sacrificándola a la técnica y a la economía del seguro, entendido como negocio.

L. S. M.

4. Derecho de familia

ECHEVERRIE E., Francisco: "Separación de bienes y liquidación provisional de la sociedad conyugal". Est. de Derecho (Org. de la F. de D. y C. Pol. de la U. de Aut.), 26, 1947; págs. 267-270.

Son distintas, en cuanto al procedimiento y en cuanto a sus efectos, la acción de separación de bienes y la liquidación provisional de la sociedad conyugal.

La Ley de 28 de junio de 1932, que consagró la acción de liquidación provisional de la sociedad conyugal, no acabó con las sociedades conyugales ni siquiera con la acción de separación de bienes; antes bien, le dió mayor amplitud al permitir su ejercicio no sólo a la mujer, sino también al marido, y la jurisprudencia ha afirmado que hay lugar a la acción de separación, aun en el caso de que en el momento de invocarla no haya bienes sociales, para prevenir que el cónyuge culpable no tenga derecho, a título de gananciales, en los bienes que pueda adquirir el que propuso la acción.

La acción de liquidación provisional tiene por fin que el ejercitante, que estaba desposeído de la administración y disposición de sus propios bienes y de los de la sociedad conyugal, pueda administrar y disponer libremente de lo que merced a esa liquidación le corresponda.

La liquidación provisional puede ser parcial o total y voluntaria o judicial, teniendo esta última un trámite sumario, regulado por el artículo 1.203 del Código judicial.

J. H. C.

OLIVAR DAIDI, Jorge: "Del derecho que corresponde a la viuda disuelto el matrimonio". *Revista Jurídica de Cataluña*, LI, 1947. págs. 67-78.

Constituye el artículo un alegato en pro del Derecho catalán, estimando que algunos Jueces, que al referirse a los derechos de la viuda los colo-
can bajo el amparo de los artículos 834 y 836 del Código civil, no cono-
cen el Derecho civil vigente en Cataluña o no quieren aplicarlo.

Enumera los derechos de la viuda, que son no sólo los de los citados artículos, sino más amplios: usufructo de los bienes del marido, el anillo nupcial, a los vestidos de uso cotidiano y a la joya nucliona. A la viuda pobre le corresponde la cuarta marital.

J. H. C.

ORTEGA PARDO, Gregorio José: "La tutela de facto". *Boletín da Fa-
cultade de Direito da Universidade de Coimbra*, XXIII, I, 1947;
páginas 1-27.

El autor, que anteriormente había estudiado el tema dentro del marco de nuestro ordenamiento (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1947), vuelve a analizarlo en su proyección al Derecho portugués.

Ortega se muestra contrario, al parecer, de Cunha Gonçalves, el cual refiere la tutela de facto al supuesto de que, una vez desaparecida la causa que motivó la tutela, el tutor continúa desempeñando sus funciones hasta la rendición de cuentas, aduciendo que en este caso no existe tutela de facto, porque no existe incapaz, presupuesto necesario e imprescindible para que aquélla se dé. La persona que al acabar la tutela sigue ejer-
ciéndola no es, según Ortega, un tutor de hecho, sino un gestor de ne-
gocios ajenos a un mandatario, según se den los caracteres de una u otra institución. Los posibles casos de asunción ilegal, nombramiento legítimo con asunción ilegítima y nombramiento y asunción ilegítimos con remo-
ción posterior, son estudiados en armonía con los preceptos legislativos por-
tugueses. El autor, de acuerdo con lo sostenido en línea de principio, man-
tiene que las reglas aplicables a los distintos supuestos de verdadera tu-
tela de facto son las normas de la tutela de "iure", porque lo decisivo a
este respecto es la consideración del interés del menor, para cuya pro-
tección fueron aquellas dictadas.

J. B. J.

ORTEGA PARDO, Gregorio J.: "La tutela de hecho". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 182, 1947; págs. 80-109.

Señala el autor la falta de estudios en la doctrina española acerca de la tutela de hecho. Alude a su regulación en el Derecho romano y analiza el

Derecho actual, estimando que la institución subsiste en tres supuestos: asunción ilegal de la tutela; nombramiento legítimo de tutor, con asunción ilegal y nombramiento, y asunción legítimos, con posterior remoción. El caso de la prolongación de las funciones tutelares, una vez terminada la tutela, se reduce, por el contrario, a un supuesto de gestión de negocios o de mandato, según las ocasiones. Las reglas aplicables a la tutela de hecho son las mismas de la tutela de derecho; este criterio va contra la Ley, pero la jurisprudencia debe aceptarlo si no quiere dar lugar a la realización de una injusticia. Termina el señor Ortega Pardo con un estudio de los dos problemas concretos del afianzamiento y de la validez de los actos realizados por el tutor de hecho.

J. A. P. G.

5. Derecho sucesorio

GENOVES AMOROS, Cirilo: "La desheredación y las reservas". Revista de Derecho Privado, 367, 1947; págs. 727-744.

Un continuo barajar de problemas motivados por la posible situación de que un reservista sea indigno de suceder o haya sido desheredado, le llevaron, dentro del campo del Derecho común español, a un examen circunstanciado y de conjunto de los artículos que el Código civil patrio dedica a ambas figuras, le permiten asegurar cómo lo mismo en relación con las reservas que en los casos de desheredación e indignidades para suceder, no los regula con suficiente claridad, y, sobre todo—dice—, es inaceptable que el Código no tenga un claro concepto diferencial de las dos últimas instituciones y que por ello admita la posibilidad de que ciertos hechos y conductas sean al mismo tiempo, causas de indignidad y de desheredación.

J. H. C.

OLIVER MARTI, José: "Consideraciones y supuestos prácticos en relación con el artículo 1.067 del Código civil". Revista General de Derecho, 36, 1947; págs. 466-472.

El supuesto que motiva el artículo es el siguiente: "El heredero casado que no demuestra la procedencia privativa del juicio, ¿tiene derecho a subrogarse en lugar de otro coheredero, hermano suyo, también casado y que tampoco justificó dicha procedencia privativa del precio al comprar éste al cónyuge sobreviviente un derecho hereditario y una participación en los gananciales?".

Del estudio del supuesto, en relación con el artículo 1.067 del Código civil y concordantes, así como de la jurisprudencia e incluso de las doctrinas, llega a la conclusión de que tratándose de la mitad de los gananciales, por muy extraño que sea el comprador, no sólo a la herencia, sino a la familia, no procede la subrogación del artículo 1.067, y tratándose del derecho hereditario del cónyuge viudo, en el supuesto citado, tampoco.

J. H. C.

ROBLEDO, César: "Legítima del cónyuge viudo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 235, 1947; págs. 736-757.

El autor divide su trabajo en diversos apartados, comenzando por un esbozo histórico del tema, desde Roma, pasando por los Fueros Municipales, y terminando con una breve mención de las regiones forales. A continuación examina la naturaleza jurídica de esta legítima, quiénes tienen derecho a ella y cuál es la cuantía de la misma; centrando su estudio a la interpretación del párrafo 1.^º del artículo 834 del Código civil, presentando las diversas teorías que surgen en la determinación del dividendo y divisor, de la división que se ha de realizar para la determinación de la legítima del cónyuge viudo, haciendo asimismo una crítica de ellas con una gran cantidad de ejemplos y alguna que otra fórmula matemática.

Después se refiere a las formas de pago de estas legítimas, analizando si el cónyuge tiene derecho a ésta en caso de sucesión abintestato y si este derecho de usufructo es enajenable e hipotecable.

Concluye afirmando que en el caso de que concurran dos hijos con el cónyuge supérstite y uno de dichos hijos esté mejorado, la cuota de la legítima habrá de obtenerse, proporcionalmente, de la mejora del hijo y del resto de dicho tercio de mejora.

J. M. C. C.

SALAS MARTINEZ, Francisco: "El usufructo vitalicio universal en el Derecho civil común español". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 230-231, 1947; págs. 481-493.

El Sr. Salas Martínez, en un acertado estudio sobre el usufructo vitalicio universal, comienza diciendo que es una cuestión de siempre viva actualidad la posibilidad de admitir en el Derecho civil común español el usufructo, sobre todo el patrimonio relicto, establecido por el cónyuge premuerto a favor del viudo y en concurrencia con legitimarios, sobre todo en aquellas regiones españolas en donde, rigiendo el Código civil son frecuentes los testamentos o los cuadernos particionales, en que por unos u otros procedimientos se establece aquel derecho de usufructo universal.

Después de comentar las diferentes posiciones admitidas por los diversos autores que han tratado del tema, llega a las siguientes consecuencias: En primer lugar, el causante de una herencia no puede "imponer" a sus legitimarios que sean ascendientes o descendientes legítimos suyo el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, sea cual fuere la edad de éste al abrirse la sucesión, y en segundo término, que si establece en su testamento dicho usufructo universal vitalicio, ya mediante la cláusula social, ya valiéndose de otra fórmula cualquiera, la escritura de partición de bienes hereditarios en la que se adjudique al cónyuge viudo el mencionado usufructo, de conformidad con lo dispuesto en el testador, no es ejecutiva y, por lo tanto, no es inscribible en el Registro de la Propiedad mientras que no se justifique que los legitimarios gravados con el usufructo han ejercitado el derecho de opción que les concede el núme-

ro 3.^o del artículo 829 del Código civil y han aceptado el cumplir la voluntad del testador.

Por último, indica que el usufructo vitalicio universal es una institución digna de que se la dé acogida legal en un futuro ordenamiento de nuestro Código civil, siempre que se establezca como una facultad del testador y no como un derecho del cónyuge viudo.

J. M.^a C. C.

6. Varia

GOLDSCHMIDT, Werner: "Don Jerónimo González y la filosofía jurídica". *Información Jurídica*, 52, 1947; págs. 40-47.

Traza un bosquejo de la figura del maestro, al que califica de tipo cosmocéntrico, dotado de una sabiduría enciclopédica que constituía, no obstante, una capa superficial de su personalidad, ya que en lo profundo era extraordinariamente problemático.

Analiza su labor en los distintos campos que fueron objeto de su estudio: Naturaleza del Derecho, Metodología jurídica y Teoría general del Derecho; es en este sector donde Don Jerónimo, máximo hipotecario, elabora los principios del Derecho hipotecario.

J. H. C.

MASI, Gino: "Dante e la giurisprudenza del suo tempo". *Archivio Giurídico*, vol CXXXIV, fas. I.

Trata el autor en el primer capítulo de ofrecer una sistemática de la interpretación doctrinal contemporánea sobre la figura jurídica y filosófica de Dante. Sitúa su pensamiento filosófico en el cuadro histórico de su tiempo, haciendo constar la preponderancia en su doctrina de la ética y la política sobre todas las otras disciplinas. Deriva así su concepto penal, más ético que jurídico, en el que invierte de modo revolucionario las bases psicológicas y legales de la doctrina penal de su tiempo. Esboza ligeramente la interpretación total de su doctrina, señalando su importancia en la historia de la doctrina jurídica.

J. E. G.

PAIS DA SILVA, Adriano: "A revisão geral do Código civil". *Boletim do Ministerio da Justiça*, septembro, n.^o 2, 1947.

El autor, Presidente de la Comisión redactora del nuevo proyecto general del Código civil portugués, expone en su largo artículo la historia sumaria de las incidencias de la legislación referente al proyecto de revisión y unas consideraciones sobre la doctrina contraria a la codificación, en la cual recoge los argumentos de Alvaro D'Ors y directrices fijadas por la Comisión para el trabajo de cada uno de sus miembros.

Aquellas directrices pueden dividirse en tres grupos: en el primero se

incluyen las que hacen relación a la técnica del Código (definiciones, designación de sus diferentes partes del Código, estilo, homogeneidad de la terminología legal, problemas de la carga de la prueba, colocación de la materia relativa a las garantías reales de las obligaciones e igualmente del derecho del trabajo y de la prescripción); en el segundo grupo, las relativas a las materias acerca de las cuales puede dudarse si deben figurar en el Código (teoría de las pruebas y de las excepciones, de la retroactividad y de las reglas de conflicto), y en el tercero, aquellas que se ocupan de los problemas de orientación interna o substancial (carácter social del nuevo Código, régimen matrimonial de bienes supletivo, la costumbre como fuente del Derecho, poderes del marido y de los padres, fideicomisos, enfeusis y superficie, carácter autónomo de la sucesión legítima, orientación en materias de sucesión contractual, testamento ológrafo, etc., etcétera. En una tarea de la magnitud y complejidad como la propuesta, dice el autor, ninguna colaboración sincera podrá desaprovecharse en una obra que interesa a todos.

J. E. G.

II. Derecho mercantil

1. Parte general

CASANOVA, Mario: "Dal diritto degli atti commerciali al diritto delle imprese commerciali". *Nuova Rivista di Diritto commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto sociale*, vol. I, 1947, pte. 2.^a; págs. 5-13.

El sistema objetivo del Derecho mercantil fué atacado en Italia por Vivante con su programa unificador, posteriormente abandonado, continuando los proyectos de Código civil de 1922 y 1925 el sistema tradicional, que en 1927 es objeto de la crítica de Mossa, por estimar que no corresponde a la esencia del Derecho mercantil, el cual debe regular las relaciones entre empresas y las de éstas con los particulares. Se objetó que estaba inspirado en el anticuado sistema del Código alemán de 1897, y que su tesis significaba un retroceso a la concepción de Derecho de clase; pero ello no es exacto, pues se basan en realidades económicas y sociales diferentes, y por esto lo son también sus principios. Dos factores contribuyeron a situar el Derecho mercantil en el plano del Derecho de las empresas, afirmación del Derecho del trabajo y competencia, en el Derecho de la economía, de las instituciones de Derecho público y privado, debido a la intervención estatal en la vida económica. La segunda fase de la legislación corporativa italiana (Leyes de 20 de marzo de 1930 y 5 de febrero de 1934) planteó el problema de encajar las normas corporativas (de carácter profesional y basadas en la empresa) con el sistema existente de las fuentes del Derecho mercantil. Esto pretende el proyecto de Código de Comercio de 1940, que tiene en cuenta la empresa comercial para determinar, en parte, la materia mercantil. Las

normas corporativas se sitúan jerárquicamente a continuación de las leyes mercantiles imperativas. Al presentar el proyecto, hizo notar Grandi que la empresa y los estados profesionales no debían tan sólo informar el Derecho mercantil, sino constituir una de las bases de la total codificación civil. Propugna un nuevo sistema—que sustancialmente pasó al Código civil de 1942—, en el cual el estatuto personal del comerciante y de su empresa se articulan en el sistema general del Derecho civil, en las secciones correspondientes a las obligaciones y al trabajo.

J. L.

CONDE, Francisco Javier: "La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo". Revista de Derecho Mercantil, núm. 11, septiembre-octubre 1947; págs. 167-191.

El Derecho mercantil no ha logrado construir un cuadro de categorías formales propias. Dos son los intentos: para unos, el ámbito del Derecho mercantil está determinado por los "actos de comercio"; para otros, por la "Empresa". Los primeros fracasan ante la imposibilidad de definir el acto objetivo de comercio por "notas esenciales"; los segundos, al querer definir la Empresa y al dejar fuera de los linderos del Derecho mercantil los actos no atribuibles a ella. El fracaso se atribuye a la inmadurez del concepto logrado, pero es necesario poner en tela de juicio el método mismo. En realidad, "el Derecho mercantil es el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo". El "substratum" último de esa realidad ha de ser un tipo singular de acto económico históricamente cualificado por las notas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista. Examina cuáles sean estas notas, y afirma que "un acto mercantil es un acto económico que en sus efectos objetivos aparece determinado por una expectativa de ganancia en virtud de un cálculo de capital". Este sería el concepto de acto mercantil perfecto, junto a los cuales hay una gama infinita de actos mercantiles imperfectos. El acto mercantil perfecto tiene la tendencia a plasmar en la organización racional de la Empresa, hacia la cual se orienta el proceso de consolidación del orden económico capitalista.

E. V. y T.

MOSSA, Lorenzo: "Diritto commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale". Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economía, Diritto Sociale, vol. I, fasc. 1-4, part. 1.^a; págs. 1-5.

Sirve este artículo de presentación a la Revista; en él, el profesor Mossa, fundador de la misma, señala los fines a perseguir, afirmación del Derecho mercantil como Derecho de la empresa—cuyo significado amenaza reducirse—. Pero el Derecho mercantil ya no encuentra su fin en sí mismo; está, como Derecho de la industria y de la empresa, dentro del movimiento social y del ritmo económico, frente a las crisis económicas y políticas que influyen inevitablemente en sus instituciones, e íntimamente penetrado por el Derecho social y el Derecho de la economía. Este, pro-

ducto de fuerzas sociales de tipo económico, político y jurídico, fué, en principio, Derecho de guerra; ya no constituye, superado el sistema totalitario, al que dedica el autor duras críticas, el Derecho del orden económico del Estado, sino Derecho de la sociedad nacional e internacional, que imprime su tono a todo el Derecho. El fin y el ideal de éste es la justicia social; la revista alza decididamente la bandera del Derecho social, en el que se integran el Derecho mercantil y el Derecho de la economía.

J. L.

ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo: "El principio de conservación de la Empresa en la transmisión hereditaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 233, 1947; págs. 585-599.

Comienza el autor tratando de la transmisión hereditaria de la Empresa, en sus dos formas: a título universal, en el que la Empresa, formando parte de la herencia, pasaría a los herederos como integrada en el conjunto de derechos, o bien a título particular, en calidad de legado.

A continuación examina la posibilidad de continuación y conservación de la Empresa, en relación con el Derecho español, diciendo que en éste, a partir del año 1936, es cuando se determinó el tránsito de la consideración de la Empresa como organismo de puro interés privado a la valoración de la misma como órgano de la producción nacional, en cuanto es organización de fuerzas económicas. Como podemos apreciar a través del Fuenro del Trabajo y, recientemente, en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Después estudia los casos de pluralidad de herederos y la explotación en común de la Empresa heredada, afirmando que la adquisición de pleno derecho de la Empresa por los herederos da origen a una comunidad incidental, cuya toma de posesión no hace adquirir "ipso facto" a los herederos la cualidad de comerciantes, que sólo se adquiere con la habitualidad.

Trata luego del pasivo de la Empresa y sus problemas, así como del beneficio de inventario y el derecho de liberar aplicados a esta forma de transmisión hereditaria, manifestando que por el primero da al heredero la posibilidad de limitar su responsabilidad; y que dada la existencia de este beneficio, rara vez se utilice el derecho de deliberar.

Por último, se refiere al legado de Empresa, advirtiendo que en ningún momento está el legario obligado por más del importe de su legado, que en este caso hay que considerarlo de cosa específica y determinada.

J. M. C. C.

RUBIO, Jesús: "Sobre el concepto de Derecho mercantil". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 12, noviembre-diciembre 1947; págs. 317-380.

La determinación del concepto de Derecho mercantil ha de hacerse con método histórico. En Roma, aun existiendo reglas e instituciones para el comercio, no nació un Derecho especial mercantil, por las razones que expone Goldschmidt. La inadecuación entre tráfico y derecho común se

produce en la Edad Media. Frente al campo, tradicional y feudal, la ciudad representa la organización y el derecho nuevos, mercantiles y libres. El derecho de la ciudad es, esencialmente, el derecho del mercado, que va extendiéndose, uniformándose y perfeccionándose a través de las Corporaciones de mercaderes, aunque el Derecho mercantil no es simplemente un derecho de clase. Sus instituciones son el Derecho de la naciente organización capitalista y constituyen el núcleo del Derecho patrimonial moderno, en el que la "empresa" es su núcleo central. Es erróneo, sin embargo, a la manera de las modernas doctrinas, circunscribir al campo de lo profesional un Derecho del tráfico general.

Las llamadas "notas características" del Derecho mercantil son características de todo el Derecho privado patrimonial. Es el fenómeno de la "comercialización" del Derecho civil, reflejo de la "retracción" del Derecho civil. Pero hoy ha llegado al Derecho mercantil la hora del relevo y se habla de su "crisis" que se proyecta en la libertad de formas, de la impersonalización y en su "publización".

El "Derecho económico o de la economía" es producto de la lentitud de adaptación de las instituciones jurídicas vigentes y su delimitación y contenido está dejos de afirmarse inequívocamente en la ciencia jurídica contemporánea. El Derecho económico es el Derecho patrimonial del capitalismo en crisis.

El Derecho mercantil es la parte del Derecho civil que regula la vida económica, frente a la que disciplina la personalidad y la familia. Su delimitación depende del criterio del legislador, que en cada caso extiende más o menos el "nuevo" Derecho a un núcleo mayor o menor de relaciones patrimoniales. El Derecho mercantil es un "Derecho especial", en el sentido de que es una parte del Derecho civil, y, en cuanto supone una desviación respecto del Derecho patrimonial tradicional, cabe admitir que pueda calificarse de "Derecho excepcional".

El problema de la autonomía del Derecho mercantil es de técnica y, sobre todo, de política legislativa, y lo que debe defenderse no es la unicificación formal, sino la sustancial, y no sólo por motivos de orden racional, sino de orden práctico.

E. V. y T.

2. Sociedades

GIRON TENA, J.: "Sociedades civiles y Sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español". Revista de Derecho Mercantil, número 10, julio-agosto 1947; págs. 7-69.

Antes de los Códigos, el "status" es sólo para el comerciante. Al sistema subjetivo del Derecho mercantil corresponde una distinción del régimen de Sociedades, de acuerdo con el estatuto personal de los miembros de la misma. La Sociedad anónima, bajo el sistema del "octroi", no ofrece problema de fuentes. Bajo el imperio del Código del 29, no teniendo personalidad jurídica las Sociedades mercantiles, el problema del régimen jurídico afecta sólo a lo estructural de la Sociedad, que, rigiéndose por

el Derecho civil, sólo sufre modificaciones en el caso de que se constituyan para operaciones mercantiles.

Ya en el ámbito del Derecho vigente, critica los criterios de interpretación basados en las formalidades de constitución, del objeto de la Sociedad y el del profesor Garrigues, sosteniendo que la idea central del Código es la conexión entre los criterios de forma y objeto, que, falta de adecuado desenvolvimiento, da lugar a una amplia gama de relaciones. Entre ellas merecen especial atención las Sociedades civiles con forma mercantil, interpretando el artículo 1.670 en el sentido de que las Sociedades de objeto civil se someterán íntegramente al régimen propio de la figura que de entre las reglamentadas en el Código de Comercio hayan elegido, pero que a esas Sociedades no se les aplicará el estatuto del comerciante.

Las Sociedades de objeto mercantil que no caigan bajo uno de los tipos del Código estarán sometidas al siguiente régimen: 1.^o, desde el punto de vista estructural, a la sección 1.^a, tít. I del lib. II del Código de Comercio y al Código civil; 2.^o, al estatuto del comerciante, porque son comerciantes colectivos. No son Sociedades atípicas las que se constituyen por desviación de tipos comprendidos en el Código de Comercio.

Respecto a las Sociedades irregulares en el sistema español, llega a las siguientes conclusiones: 1.^o La única sanción que impone el Derecho español es la de la responsabilidad solidaria de los gestores (artículo 120). 2.^o No hay que hacer ninguna interpretación a "contrario sensu" de los artículos 116 y 117. En cuanto a su régimen jurídico, cree: 1.^o Están sometidas al estatuto del comerciante. 2.^o Desde el punto de vista estructural, son Sociedades civiles.

E. V. y T.

LARRAZ, José: "Las Sociedades de inversión mobiliaria". Revista de Derecho Privado, 369, 1947; págs. 921-930.

Los "Investments Trusts" anglosajones aspiran a dividir el riesgo de las inversiones mobiliarias y a que tales inversiones se hagan bajo la dirección de personas muy peritas e informadas. A dichas entidades las denomina "Sociedades de inversión".

Las configura de la siguiente forma: una Sociedad de inversión, a la que denomina "Compañía-eje", y una serie de "carteras-satélites", que por sus caracteres especiales no tienen la consideración legal de Banca, quedando, por tanto, fuera de la órbita de la Ley de Ordenación Bancaria.

Examina todos y cada uno de los problemas que ofrecen lo mismo las Compañías-eje que las carteras-satélites en su variedad de invariables y de variación limitada. Considera que el instrumento ideal para invertir ahorros es la "acción" de una Compañía-eje, partiendo de la competencia y honorabilidad de ésta; reconoce, no obstante, que el momento presente no reúne las condiciones óptimas para la fundación de este tipo de Sociedades, que exigen: 1.^o, que la coyuntura económica se encuentre en una fase de depresión bursátil, y 2.^o, que las "Compañías-eje" disfruten de un régimen tributario especial.

J. H. C.

MARTINEZ DE LA FUENTE, Julio: "El derecho del usufructuario de acciones de Sociedades sobre las reservas y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones". Revista de Derecho Mercantil, núm. 10, julio-agosto, 1947; págs. 71-121.

Es un "voto particular" favorable al usufructuario. La relación entre capital y beneficio—dice—es la de cosa fructífera a fruto. De ello deduce dos corolarios: 1.º, el beneficio de los socios; 2.º, si la parte de capital de un socio está afectada a usufructo, los beneficios de esta parte corresponden al usufructuario. Frente a la opinión general que atribuye el carácter de fruto al dividendo, pero no a la reserva, afirma que los beneficios con destino a reservas corresponden al usufructuario, no al nudo propietario, argumentando que la asignación de beneficios a reservas es una nueva aportación que hace el socio a la masa social, y que, por lo tanto, si las hace el usufructuario debe ser el titular de la cuota, parte que a la acción corresponde por la reserva.

En caso de suscripción de nuevas acciones el derecho de preferencia corresponde al usufructuario, ya que su ejercicio no altera la sustancia de la acción. El usufructuario, al utilizar el derecho de preferencia, deja intacta la sustancia permanente de este derecho, como facultad general para suscribir las acciones.

E. V. y T.

PINTO COELHO, José-Gabriel: "O problema das Sociedades irregulares". Revista de Direito da Universidade de Lisboa, año IV, 1947; páginas 100-152.

Dispone el artículo 107 del Código de Comercio portugués que se tendrán por inexistentes las Sociedades con un fin comercial que no se constituyan en los términos y según los trámites indicados en el mismo Código, quedando todos los que en nombre de ella contrataran obligados por sus respectivos actos: personal, ilimitada y solidariamente.

Y tanto la doctrina como la jurisprudencia lusitanas, recusan individualidad jurídica a estas "Sociedades irregulares".

Sólo Barbosa de Magalhães se pronuncia en contra de esta tendencia general, reforzando su raciocinio al constatar el hecho de que el Código-comercial portugués se apartó del precepto consagrado en el español, según el cual las Sociedades comerciales que se hayan constituido en armonía con los preceptos del ordenamiento mercantil tienen personalidad jurídica, condicionándose así la atribución de personalidad a la observancia de las disposiciones de la ley. Este argumento es criticado y superado por Pinto Coelho. E igualmente se opone a la doctrina de Tabares y Mario de Figuerido de la "Sociedad de facto", es decir, a la idea de que estas Sociedades no son comerciales, pero sí Sociedades en los términos del contrato celebrado, con relación al cual producen sus efectos, y con la sola particularidad de que no tienen personalidad jurídica, porque esta tesis llevaría a afirmar la existencia de hecho de una Sociedad que está sancionada de inexistencia por la ley, al no haberse observado alguno de los requisitos constitutivos en ella prescritos.

Y se adhiere y perfila con detenimiento la teoría, iniciada por Abranches Ferrão y Cunha Gonçalves, de la "comunidad de hecho", admitiendo, si no la figura de la Sociedad, sí su elemento básico patrimonial: la "comunión", siendo por ello aplicables los artículos correspondientes del Código civil. Y realiza el autor un profundo estudio exegético de los artículos referentes a la materia contenidos en los Códigos: comercial, civil y procesal portugués, con base a fundamentar en ellos su construcción, rechazando, de otra parte, la tesis italiana de la existencia jurídica de estas Sociedades, merced a un examen comparativo de los textos legales de los dos ordenamientos.

Esto en cuanto a las Sociedades comerciales en general. Mas para las de "cuotas" hay que tener en cuenta la ley portuguesa de 11 de abril de 1901, en virtud de la cual (artículo 62) esta clase de Sociedades, cuando sean irregulares, se regirán, en lo posible, por las disposiciones generales de las Sociedades mercantiles.

G. J. O.

SUAREZ DE FIGUEROA, F.: "Comentarios sobre el derecho del accionista de Compañías mercantiles a suscribir nuevas emisiones cuando están separados el usufructo y la nuda propiedad". Revista de Derecho Mercantil, núm. 11, septiembre-octubre 1947; págs. 249-256.

Después de exponer el planteamiento del problema que vino a resolver el Tribunal Supremo por la conocida sentencia de 23 de enero de 1947, afirma no es necesario basarse en la equidad, pues nuestra ley vigente lo resuelve. Analiza la reglamentación legal de frutos y usufructo, sosteniendo que los frutos de acciones de Empresas mercantiles son los acordados repartir entre ellas como ganancias derivadas del negocio correspondiente a un período fructífero y que pertenezcan al usufructuario de las acciones en proporción al tiempo que durante el período subsistió el usufructo.

El derecho concedido a las antiguas acciones para suscribir las nuevas es un derecho de accesión, y como tal, al entrar en juego el artículo 497, el usufructuario disfrutará de aquéllas, siendo el propietario quien tenga el derecho.

E. V. y T.

3. Obligaciones y contratos

NAVAS, José María: "¿Es rescindible unilateralmente el contrato de reaseguro?". Revista General de Derecho, 34 y 35, 1947; págs. 405-409.

En base a un caso práctico—el incumplimiento, por parte de la Compañía cedente, de aquellas cláusulas que determinan las formalidades con que han de ponerse en conocimiento del reasegurador el detalle de los riesgos que ésta asume—se plantea la pregunta que motivó el artículo.

El contrato de reaseguro, bien sea de los llamados "de excedente" o de "cuota-parte", requiere la máxima buena fe por ambas partes, espe-

cialmente en lo que se refiere a la comunicación que por parte de la Compañía cedente debe hacerse al reasegurador de los datos correspondientes a los riesgos que caen en el marco contractual.

Para examinar el caso concreto, primero a la luz de las cláusulas contractuales y después a través del Código civil y Código de Comercio, llega a las siguientes conclusiones: que las obligaciones incumplidas son fundamentales; que el reasegurador, visto el incumplimiento, podrá considerar automáticamente rescindido el contrato, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil (condición resolutoria tácita) y de los usos en la materia.

Puede, alternativamente, el reasegurador investigar las causas de incumplimiento, con distintas consecuencias según la Compañía cedente hubiere parecido con negligencia, culpa grave o dolo.

J. H. C.

PINTO COELHO, José Gabriel: "O problema da eficacia liberatoria do pagamento da letra, no vencimento, ao portador incapaz". Revista de Direito e de Estudos Sociais, fasc. 1.^o, 1947; págs. 1-14.

El catedrático de Derecho mercantil y rector de la Universidad de Lisboa plantea en este artículo el problema de si el pago de la letra al tiempo de su vencimiento, hecho al portador de la misma que la presenta legitimada por una serie regular de endosos, libera al deudor en el caso de que el portador fuera incapaz para recibir el pago por haber sido declarado en quiebra.

Tras un detenido estudio de la Ley Uniforme sobre el particular, inclinase por la solución afirmativa, siguiendo en ello a los mercantilistas franceses Percerou y Bouteron; mas completa la tesis de éstos, exigiendo que el deudor no incurriese al pagar en fraude o culpa grave.

G. J. O.

ROBLES, Alfredo: "Los títulos de tradición en el Derecho español". Revista de Derecho Mercantil, núm. 11, septiembre-octubre 1947; páginas 191-232.

La misión representativa de los títulos de tradición es convicción unánime de los comerciantes. Su desarrollo histórico arranca del siglo XIII, aun cuando su efecto real comienza en el siglo XVI, y adquiere sus trazos definitivos en el XVIII. A las notas características de título valor hay que añadir las correspondientes a su categoría específica, refiriéndolas al derecho positivo. Somete a crítica las diferentes teorías por estimar olvidan los intereses en juego.

La circulación de estos títulos añade a los problemas de los títulos valores en general, los derivados de ser títulos representativos de mercaderías.

La titularidad del derecho corresponde al propietario del título, legitimado por la posesión y por su regulación circular.

Entre los derechos reales sobre mercaderías, constituidos sobre los tí-

tulos de tradición, merece especialmente su atención el derecho real de prenda, analizando su constitución, su ejecución y de los diversos derechos que se derivan de las relaciones jurídicas obligacionales.

Señala para el resguardo de depósito una significación doble: medio técnico para conseguir la tradición y para hacer posible la prenda, apuntando su regulación en el Código de Comercio y en el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917.

Estudia, por último, la carta de porte, configurada por el uso mercantil y la jurisprudencia, como título de tradición, y el conocimiento de embarque, como título típico de tradición.

E. V. y T.

4. Derecho marítimo y aéreo

ANASTASIO, Ernesto: "Alrededor del conocimiento de embarque". *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 10, julio-agosto 1947; págs. 125-134.

La colisión de intereses entre armadores y capitanes, por un lado, y cargadores, por otro, ha pretendido resolverse a favor de los primeros con las cláusulas de exoneración de responsabilidad. A pesar de la reacción contra ellas, iniciada por los juristas ingleses, se han ido imponiendo poco a poco, aun en la mente de Jueces y Tribunales, que han admitido la cláusula de inversión de prueba. La posición extremista mantenida por M. de Raynal, en Francia, no satisfizo plenamente la solución del problema, como se demuestra por las diecisésis conferencias internacionales celebradas desde el Congreso de Liverpool de 1882, y en las que se ha llegado a la conclusión de que el principio de que nadie puede estipular la irresponsabilidad de ninguna de sus faltas, no existe ni ha existido nunca, porque los jurisconsultos romanos se limitaron a declarar que no podía estipularse válidamente la irresponsabilidad de los actos dudosos, pero reconociendo que podía estipularse válidamente la irresponsabilidad de las faltas no intencionadas. A la luz de estos principios analiza el número 1.^º del artículo 618 del Código de Comercio, llegando a la conclusión que la cláusula de exoneración que se refiere al caso transcrita es perfectamente válida, cuando no medie delito o falta. El número 2.^º, que podría suprimirse mientras subsistiera vigente el 1.^º, aborda el sangrante problema de las sustracciones y latrocinos en la carga, convertidos hoy en cosa corriente, sin que el naviero cuente hoy con medios y autoridad para impedirlos, y que, por ello, no se considera obligado en conciencia. Ante esta lamentable realidad los cargadores se han acogido a la tabla de salvación del seguro, que ampara el riesgo del robo de mercancías. Pero ello, en realidad, no supone más que un cambio en los elementos personales, ya que el asegurador asume los derechos que correspondían al dueño de la carga. Por tanto, para que la intervención del asegurador ofrezca un camino que permita atenuar la gravedad del problema, debe habituarse a considerar esta clase de riesgos con criterio distinto a los que son objeto del seguro de robo en general.

E. V. y T.

ANASTASIO, Ernesto: "Alrededor del conocimiento de embarque". Revista de Derecho mercantil, núm. 12, noviembre-diciembre 1947; páginas 395-403.

Existe un fundamental divorcio entre el número 2.^º del artículo 618 y la ausencia o debilidad de los medios de coacción de que el Poder público dispone para que aquél se respete. La solución está dada, pero ha cambiado el ambiente moral circundante que había permitido hasta ahora coherenciar lo jurídico con lo práctico. La evolución del problema hacia una solución aseguradora se refleja en el aumento de la producción de primas, a pesar de lo cual se está lejos de una nivelación en el negocio, porque no se logran compensar los resultados que hoy son desfavorables y alarmantes. La causa está en las sustracciones y latrocinos que tienen lugar en las diversas etapas del transporte. En realidad, sólo los sufridos durante la navegación deberían recaer sobre el armador, pero esta solución no tiene viabilidad práctica. El armador responderá siempre de los bultos entregados de menos en el puerto de descarga, de las averías y mermas, podrá liberarse mediante el juego combinado de las cláusulas de exoneración de responsabilidad y la protesta de mar.

La realidad demuestra que el armador en la descarga y entrega de las mercancías viene obligado a renunciar a determinadas seguridades y garantías en pro de la celeridad que beneficia al cargador. Por ello, el asegurador no puede irrumpir en este campo con el propósito de llevar a sus últimas consecuencias cualquier reclamación, siendo preferible, al calcular la prima, tener en cuenta las obligadas concesiones al asegurado de buena fe.

El asegurado, cuando tiene que pagar el seguro, pone un celo menor en reducir las proporciones del siniestro y aminorar las consecuencias; es el asegurador el que tiene que tomar las necesarias medidas. Este es un problema de organización que no ofrece dificultades sobre la base establecida por el Comisariado español marítimo, que funciona con notorio éxito. Si no fuera así, la solución aseguradora, lejos de resolver el problema, contribuiría a empeorarlo.

E. V. y T.

CASALS COLL DE CARRA, M.: "El derecho de retención del capitán de buque". Revista Jurídica de Cataluña, LII, 1947; págs. 3-20.

Comienza por definir "in genere" el derecho de retención cuyos primeros brotes surgen en la fase romana del "jus honorarium" bajo el aspecto de la llamada "exceptio doli mali" y que adquiere consagración en el Derecho posterior, sin que en los tiempos modernos exista una unidad orgánica en esta materia, que no aparece determinada como figura jurídica, con sus contornos perfectamente determinados. Razona y admite que su naturaleza jurídica es la de un derecho personal.

De las dos posibilidades del derecho de retención del capitán del buque previstas por los artículos 665 y 704 del Código de Comercio, estima que sólo el 665, por lo general, tiene posibilidad de aplicación; a él concreta su

estudio a través de la Jurisprudencia, llegando a la conclusión de que el derecho de retención del capitán del buque es: un derecho accesorio (garantía del pago del flete), indivisible, que existe incumplimiento de un deber jurídico de transmisión posesoria y que existe un derecho previo consistente en una realización de valor (el pago del flete).

J. H. C.

HORS Y BAUS, P.: "Acaecimientos extraordinarios en el mar que pueden ser clasificados de avería común". Revista de Derecho mercantil, número 12, noviembre-diciembre 1947; págs. 445-451.

La "avería común" es la parte más interesante, a la par que más intrincada del Derecho marítimo. Según los más autorizados tratadistas, viene caracterizada: por un peligro común, por un sacrificio voluntario para evitarlo y por un resultado útil. Analiza estas características y recoge su definición de la avería común, que tiene, dice, dos objetivos básicos: el salvamento del buque y mercancías (ambos conjuntamente) y la continuación del viaje comenzado hasta su rendición en el puerto de destino con el cargamento a bordo (total o parcial), y mientras no se hayan podido conseguir, de consumo, ambos objetivos, el "acto de avería común" no habrá tenido efecto útil, como dimanante de dicho acto e nsí mismo". Corrientemente, actos de avería común son los siguientes: a) Echazón deliberada de efectos y pertrechos del buque o mercancías que portee, aun sobre cubierta. b) Daños ocasionados por la extinción de un incendio a bordo, tanto en las partes del buque como en las mercancías. c) Embarrancadas o varadas voluntarias por salvamento común de buque y carga.

E. V. y T.

SANTAOLALLA DE LAS HERAS, Abdón: "Prácticas marítimas El remolque y el practicaje". Revista General de Derecho, 36 (págs. 473-478), 37 (págs. 547-550) y 38 (págs. 607-615), 1947.

A pesar de la importancia de este contrato, los cuerpos legales, o bien no tratan de él, o lo hacen con una simple mención; a este último grupo pertenece nuestro Código de Comercio (art. 807). El remolque en su aspecto industrial aparece en las postrimerías del siglo XIX, y sólo en los comienzos del siglo actual podemos hablar del remolque como industria, como contrato y, en resumen, como institución jurídica de plena independencia. Tiene un carácter eminentemente industrial no obstante haber vivido tanto tiempo al lado de los conceptos de asistencia y salvamento marítimo, con los cuales ha llegado a confundirse, y pone una sustantividad propia que lo independiza de toda otra figura jurídica.

Contrato de remolque es aquella relación jurídica bilateral, onerosa y conmutativa, en virtud de la cual el capitán o patrón de una embarcación con medios propios de propulsión realiza operaciones marítimas destinadas al traslado de objetos flotantes que están carentes de movimiento propio, por medio de un cable o cuerda.

Subdivide el remolque según sean las circunstancias: a) de orden jurídico; b) de orden técnico; c) de orden complementario.

Estudia, por último, los elementos personales y reales del contrato, destacando entre estos últimos las formas de pago normal y pago como aseria.

J. H. C.

TAULER, Enrique: "Intervención del Estado en la venta y gravamen de embarcaciones". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 232, 1947; páginas 527-530.

El presente artículo tiene por objeto el divulgar el contenido del Decreto de 23 de mayo de 1947 sobre cambio de dominio de buques mercantes.

Comienza tratando de la exposición de motivos, en la que hace referencia a la prohibición de la Ley de 2 de marzo de 1938, en relación con la Orden de 20 de agosto de 1942, dando normas para la transferencia de buques de más de 200 toneladas.

Después presenta un extracto de los ocho artículos de que consta el citado Decreto, que, dice, acaba con la confusión reinante en esta materia, y trata de solucionar la infinidad de casos de falta de inscripción originados por la misma.

J. M. C. C.

5. Varios

DIAZ VELASCO, M.: "¿Serán erratas de imprenta? (Examen crítico del Decreto de 26 de diciembre de 1947 por el que se modifica el vigente Estatuto de Propiedad Industrial)". Revista de Derecho mercantil, núm. 12, noviembre-diciembre, 1947; págs. 411-443.

El Decreto de 26 de diciembre de 1947, que modifica numerosos artículos del "Estatuto sobre la Propiedad industrial", ofrece defectos de tanto bulto que aconsejan unos comentarios de urgencia para ver si con ellos es posible contribuir en alguna medida a que sean corregidos con ocasión de la publicación del texto refundido del Estatuto, que en artículo 3.^º de este Decreto se anuncia. El autor somete a dura crítica que sería de desear que todos sus defectos no fueran sino erratas de imprenta.

E. V. y T.

MASCAREÑAS, C. E.: "Notas sobre los diversos "Textos" del Estatuto sobre la Propiedad Industrial". Revista de Derecho mercantil, núm. 11, septiembre-octubre 1947; págs. 275-282.

Es un examen de las distintas ediciones del "Estatuto" y de la parte de la Ley de 16 de mayo de 1902, que se da como vigente en algunas obras.

Apunta los textos auténticos del Estatuto, los apócrifos, las alteraciones de texto, tales como supresiones y alteraciones propiamente dichas, y

los errores, distinguiendo: 1.^o, los consistentes en cuanto a los artículos de la Ley de 16 de mayo de 1902, declarados vigentes por el Decreto de 22 de mayo de 1931, y 2.^o, los gravísimos consistentes en incorporar al propio texto del Estatuto los artículos considerados como vigentes de la Ley de 1902.

E. V. y T.

III. Derecho procesal

1. Parte general

GUASP DELGADO, Jaime: "El nuevo Estatuto general de la Abogacía".
Revista de Derecho procesal, III, 3, 1947; págs. 391-413.

Un detenido examen del Estatuto, en el cual estudia todos y cada uno de los candentes y siempre actuales problemas de la profesión nos permite formular un juicio de conjunto en el sentido de estimarlo como expresión de un término medio entre ideal y realidad que debe concebirse como meta adecuada de toda sana legislación. La conformidad de las normas del Estatuto con los principios generales de la institución que ordena, lejos de convertirse en una rémora para las iniciativas particulares y concretas que a su amparo puedan surgir, deberían ser, por el contrario, el máximo alien-to, inspiración y garantía de acierto, de todas ellas.

J. H. C.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal". (Examen y crítica de las direcciones germánicas de los últimos tiempos.) Información Jurídica, 50-51, 1947; págs. 30-53.

En un denso trabajo, cuya gestación indica el propio autor, y con un sugestivo sumario, que comprende: nuevas direcciones en materia de fuen-tes, función del Juez frente a la Iey, el Juez y el principio dpositivo, la supresión del proceso en favor de la jurisdicción voluntaria, la iniciativa procesal y el Ministerio fiscal, independencia judicial, colegialidad, cosa juzgada y motivación de las resoluciones e innovaciones en el Derecho pro-cesal penal; expone cada uno de los temas que lo integran, según los nue-vos conceptos, llegando a la conclusión de que contra ellos no puede lan-zarse un juicio desfavorable sin ninguna tolerancia; hay que atender a las características raciales e históricas de cada país y después se com-prenderán mejor y se podrán justificar sus concepciones.

J. H. C.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Sobre el concepto y delimitación del De-cho procesal civil. Revista de Derecho procesal, III, 4, 1947; pági-nas 549-579.

Lo define como conjunto de principios justos derivados de la razón natural, en su exposición positiva, según las diversas fuentes, y expli-ca-

dos por la ciencia, que regulan la actividad pública judicial del Juez y partes, en la tarea de realizar el derecho material perturbado o desconocido, en la de asegurarlo preventivamente y en la de fijarlo con carácter vinculante cuando sea precisa la intervención estatal o aun para realizar el mismo Derecho procesal.

Propugna una consideración y estudio uniforme de las tres modalidades fundamentales del proceso judicial: civil, penal y contencioso-administrativo, delimitando el primero por sus caracteres propios del Derecho procesal sobre las cesaciones del trabajo, la llamada jurisdicción voluntaria, estudia el problema de los juicios hereditarios y, finalmente, la materia contencioso-administrativa.

J. H. C.

SANCHEZ CAMBORINO, Francisco Miguel: "El Abogado, ante el contrato de Transporte". Revista General de Derecho, 39, 1947; páginas 678-681.

Ofrece una visión de cuál sea el procedimiento a seguir por el Letrado ante las Juntas de Detasas; tras enumerar la legislación aplicable que considera anticuada, así como la doctrina jurisprudencial en la materia constituida por las sentencias del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de Ferrocarriles, Tranvías y Transportes por Carretera, en los recursos de alzada contra las sentencias de las Juntas de Detasas, estudia las condiciones de hecho en que se desenvuelve el contrato, el procedimiento jurisdiccional, para terminar criticando duramente el artículo 151 del Reglamento de Policía, que en orden a la prueba establece que los accidentes han de ser comprobados en el mismo día y lugar que ocurran y no por certificaciones obtenidas posteriormente y después de comenzadas las actuaciones, a no ser que una perturbación de orden público haya impedido a las autoridades el libre ejercicio de sus funciones.

J. H. C.

2. Jurisdicción y competencia

ALAMILLO, Ildefonso: "El atentado y su recurso". Revista de Derecho procesal, III, 3, 1947; págs. 373-389.

Definido por Escrache como "procedimiento de Juez sin suficiente jurisdicción o contra el orden y forma que previene el Derecho", puede tener lugar en distintos supuestos, se previene con sanción contra el Juez que lo comete.

La única supervivencia de este instituto jurídico, ya olvidado en España, la encontramos en Tucumán (Argentina); en nuestra Patria, como en otras legislaciones europeas y americanas, está sustituido por el recurso extraordinario de nulidad de actuaciones, llamado incidental, que, en oca-

siones, llega hasta motivar pleitos ordinarios y aun invadir la órbita del recurso de revisión, si bien corrientemente se ventila como incidente del asunto principal.

J. H. C.

PARDO, Antonio J.: "Caducidad de la instancia". Estudios de Derecho (Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía), 27, 1947; págs. 401-412.

Distingue la caducidad de la prescripción, pues mientras la prescripción —dice— es modo de extinguir la acción sustantiva, la caducidad es el medio de terminar la instancia o la acción adjetiva o procedural, pero su diferencia fundamental—ya que en otros aspectos coinciden: interrupción, alegación, etc.—es que mientras la prescripción se suspende en favor de los incapaces y demás personas que enumera el artículo 2.530 del Código civil, la caducidad implica una sanción que produce efectos "erga omnes", es decir, contra todas las personas, demandantes o demandados, "sui iuris" o "alieni iuris".

Analiza, a través del Derecho positivo colombiano, los casos en que procede la caducidad en primera y segunda instancia, sus efectos y diferencias.

J. H. C.

PARDO, Antonio J.: "Acumulación de autos". Estudios de Derecho. (Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía), 26, 1947; págs. 218-239.

Aunque el trabajo está enfocado con vistas al Derecho positivo de Colombia, lo cierto es que tiene algún sabor doctrinal.

Considera la acumulación de autos como una acumulación impropia, forzada, y en algunos casos puede ser objetiva o subjetiva.

Define la acumulación de autos como la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren (artículo 396 del Código judicial).

Los presupuestos para la acumulación de autos son los siguientes: 1) únicamente se pueden reunir o acumular procesos o juicios. 2) Estos deben ser de la misma clase o naturaleza, es decir, homogéneos y no heterogéneos, y 3) los procesos deben hallarse en una misma instancia.

Procede la acumulación a instancia de parte en los siguientes casos: 1) Cuando de seguirse separadamente los juicios se divide la continencia de la causa. 2) Cuando se sigue un juicio de cesión de bienes o de concurso de acreedores o de quiebras, el cual atrae las ejecuciones que se sigan contra el deudor; y 3) Cuando en dos o más ejecuciones se persiguen unos mismos bienes.

Examina los distintos supuestos a que dan lugar cada una de las que él llama "causales", así como los distintos puestos competentes para entender de la acumulación en cada uno de los casos.

J. H. C.

REQUENA, Angel: "El Juez ante la regularización de honorarios". *Revista General de Derecho*, 39, 1947; págs. 675-677.

A las Juntas de Gobierno de los Colegios de Abogados corresponde la facultad de regular los honorarios a los abogados cuando los Tribunales —en caso de impugnación de minuta—les remitan los expedientes a tal fin. Existiendo, por lo general, unas normas publicadas por los Colegios que, sin tener carácter obligatorio, señala a los colegiados una cantidad tope en sentido descendente que no deben rebajar, sobre las minutas que se ajusten a este mínimo no debiera tener facultades el Juez.

Propugna la inclusión en los Estatutos de los Colegios de Abogados de un artículo que obligue a los colegiados a no impugnar judicialmente, por excesivas, las minutas de sus compañeros, obligándoles a someter el caso a la decisión de las respectivas Juntas de Gobierno.

J. H. C.

3. Procesos especiales

FERRER MARTIN, Daniel: "El juicio verbal de los interdictos". *Revista General de Derecho*, 34 y 35, 1947; págs. 410-413.

Los interdictos—concebidos como acciones sumarias que protegen el hecho de la posesión—, en su tramitación, permiten distinguir dos fases: la preliminar, distinta para cada uno de los interdictos (adquirir, retener o recobrar, obra nueva y obra ruinosa), y otra contenciosa común a todos. La contenciosa se inicia por un juicio verbal regulado por el artículo 1.644 de la Ley de Enjuiciamiento civil, caracterizado por una heredad en aras de la cual no se podrán practicar otras pruebas que la de confesión en juicio, testifical y documental, las cuales deberán practicarse en el acto (1.644), y sólo cuando alguna deba serlo fuera del lugar en que se celebre el juicio podrá éste suspenderse (1.645); consiente que de modo directo se incluya entre las pruebas la de reconocimiento judicial, que proporciona gran claridad al juzgador, y que se apliquen al procedimiento interdictal lo previsto en relación con el juicio declarativo, respecto a la posibilidad de suspender el juicio cuando las pruebas propuestas, aun habiendo de practicarse en el lugar en que se celebre el juicio, no puedan serlo en el acto por causas diversas.

J. H. C.

REQUENA, Angel: "Los juicios de desahucio en los arrendamientos inferiores a cuarenta quintales métricos de trigo". *Revista General de Derecho*, 38, 1948; págs. 620-623.

Frente a los que entienden que el no ejercicio de la acción de desahucio a la expiración de la fecha tope 1942-43 implica tácitamente la reconducción del contrato, no pudiendo, por tanto, promoverse el desahucio, afirma que cualquiera que sea la fecha en que el propietario promueva la acción

de desahucio, posterior a los años 1942-43, y no habiéndole hecho en esta fecha, "ad coutelam", a la conclusión del año agrícola 1945-46, con el propósito de explotar directa y personalmente la tierra, justificados los requisitos impuestos por la ley de 18 de marzo de 1944, habría de darse lugar al desahucio.

J. H. C.

VAZQUEZ GUERRA, José: "Honorarios del letrado y la tasación de costas en los desahucios por arrendamientos rústicos". Revista General de Derecho, 38, 1947; págs. 624-630.

El estudio del problema, lo mismo en relación con la parte demandante que con la demandada, le permite llegar a las siguientes conclusiones: que son incluíbles en tasación de costas los honorarios del abogado director del demandante por consecuencia de ejercicio de acciones dominantes de contratos de arrendamientos rústicos; que no son incluíbles los honorarios del abogado del demandado cuando éste intervenga directa y personalmente en el proceso, no así cuando hubiera encomendado su representación a un procurador, ya que entonces es preceptiva la intervención de letrado.

J. H. C.

4. Juicios concursales

R. VALCARCE, Francisco: "Cuestiones procesales en orden a la herencia yacente". Revista de Derecho Procesal, III, 3, 1947; págs. 427-435.

La herencia yacente plantea dos suertes de problemas procesales: el de si puede ser término subjetivo de la relación jurídica procesal y, admitido éste, la necesidad de que la herencia yacente esté representada en el proceso. Si bien la herencia yacente puede estar dotada de un representante, designado por él "de cuius" en su disposición testamentaria, lo más habitual es que carezca de persona que pueda invocar válidamente respecto a cualquiera los derechos y acciones que formen el patrimonio y cumplir las obligaciones o deudas hereditarias, como lo pudiera haber hecho el transmitente.

Niega a la herencia yacente la condición de persona jurídica para configurarla como un patrimonio destinado a un segundo titular.

Cuando la herencia yacente fuere demandada, aun el supuesto de que los herederos fuesen desconocidos, como el Ministerio Fiscal es parte en los abintestatos en representación de los que puedan tener derecho a una herencia (artículo 927 de la Ley de Enjuiciamiento civil), resulta de evidente interpretación analógica el conferirle la de los sujetos llamados al goce de una que está yacente hasta la adición.

J. H. C.

5. Recursos

MEREÀ, Paulo: "Evolución del recurso de "revista" en el Derecho portugués". Revista de Derecho Privado, 364-365, 1947; págs. 560-573.

En el examen de sus orígenes, enumera la "supplicatio ad principem, la ley de "Don Dionis", alcanzando su expresión perfecta en las "Orde-nações Afonsinas", que emplean por primera vez la palabra "revista" y distinguen las dos formas, que luego se llamarán expresivamente "revista de justiça" y "revista de graça especial".

Por lo que hace a la "antigua revista", la cree derivada por línea recta de la antigua "supplicatio an principens", de la que constituye un interesante desenvolvimiento; su elaboración se hizo de un modo autónomo, si bien asimiló algunos elementos extraños. Se configuró como un remedio extraordinario y excepcional, que le imprimía carácter de casación.

Hoy, la moderna "revista" es un recurso ordinario, como la apelación; se trata de una especie de tercera instancia, circunscrita a las cuestiones de Derecho, que, aparte su misión propiamente judicial, asume la de velar por la observancia de la ley y promover su uniforme interpretación.

J. H. C.

MONZON, Rafael: "Sobre el recurso de casación contra los actos resolutivos de los incidentes de recusación de Jueces y Magistrados". Revista General de Derecho, 36, 1947; págs. 479-482.

Al disponer el artículo 208 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, que contra los autos que dicten las Audiencias sólo cabrá el recurso de casación "en un caso"; y que los autos que dictaren los Jueces de Primera Instancia o sus suplentes, accediendo a la recusación, no serán apelables, y los en que la denieguen lo serán en ambos efectos, plantea un problema, cual es: ese recurso de casación "en su caso", que autoriza el párrafo segundo del artículo 208, ¿se refiere "sólo" a los autos que dicten las Audiencias cuando les corresponda decidir el incidente de recusación, o se refiere también a los que dicten cuando conozcan, en apelación, de los dictados por Jueces de Primera Instancia, denegándola?

El autor, relacionando el caso controvertido con el núm. 7 del artículo 1.693, llega a la conclusión de que se refiere sólo a los autos que dictan las Audiencias, resolviendo por sí estos incidentes.

J. H. C.

UN TOGADO: "Error de hecho y de derecho como fundamento del recurso de casación, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo". Revista General de Derecho, 38, 1947; págs. 616-619.

Cuando el recurso de casación se fundamenta en el error de hecho, requiere un simple cotejo para admitir el error; cuando lo hace en el de

derecho, el Tribunal Supremo ha de formular un nuevo juicio de valoración con sujeción a la norma probatoria.

En este sentido se ocupa de la trascendencia del documento auténtico para la demostración del error, destacando entre aquéllos el documento notarial.

Construye el concepto de documento auténtico a través de numerosas sentencias del Tribunal Supremo.

J. H. C.

IV. Derecho notarial

GARCIA, Honorio: "Reflexiones sobre la manera de investigar la historia del Notariado". *La Notaría*, 82, 1947; págs. 383-390.

Lamenta que en los estudios históricos sobre el Notariado se dé preferencia al libro sobre el documento; criterio erróneo, pues, como dice Núñez Lagos, no se podrá escribir una buena historia de la institución notarial sin investigar antes a fondo tres materias: historia del documento y de su valor y efectos jurídicos; historia de la función notarial e historia de la organización notarial.

La realidad de la vida no siempre responde a las teorías de los autores, y esta realidad se capta mejor en el documento que en el libro.

J. H. C.

TAULET, Enrique: "El Notario, ¿es autoridad?" *Nuestra Revista* (publicación notarial), 737, 1948; pág. 5.

En contra de la opinión de varios juristas, sostiene la condición de autoridad del Notario, que tiene consagración en el artículo 60 del Reglamento Notarial vigente, condición que es necesaria para buscar amparo y defensa, no sólo digno, sino también posible, de sus funciones y amparo y eficacia para los instrumentos públicos.

J. H. C.

TAVARES DE CARVALHO, Fernando: "El carácter institucional del Notariado". *La Notaría*, 82, 1947; págs. 309-322.

Si lo que determina la institucionalización de ciertas figuras jurídicas es su influencia substancial no sólo en la constitución jurídica de las comunidades, sino hasta en la ideología política de los Estados, no comprende por qué el Notariado no ha de catalogarse también entre las actividades institucionalizables o institucionalizadas, como especie diferenciada de carácter formal o jurídico.

El Notariado—dice—es institución, y porque lo es crea el Estado el Notario como la forma profesional que más le gusta, y por eso lo estatuye en los países latinos, con fe pública, y en los anglosajones, sin ella.

J. H. C.

V. Varia

AMOROS RICA, N.: "Transportes de mercancías dentro del casco de la población". *Revista de Derecho Privado*, 367, 1947; págs. 744-751.

¿Está sujeto al impuesto del Timbre que grava el contrato de transporte, cuando éste tenga por objeto la entrega—por la fábrica—a los clientes no residentes en la localidad o a su domicilio si residen, de las mercancías adquiridas?

Considera que si bien en el caso práctico que estudia hay exención del impuesto de Transportes, el carácter restrictivo de toda exención impide el aplicar por extensión o analogía dicho privilegio, y que para la determinación de si una Empresa realiza o no contratos de transporte, debe ser esencial la clase de autorización obtenida en la Jefatura de Obras Públicas, pues con arreglo a ella la inspección auxiliar desempeña su misión.

J. H. C.

DONATI, Benvenuto: "Che cosa è giustizia sociale". *Archivio Giuridico*, CXXXIV, fas. I.

Si el Derecho es social por naturaleza, la justicia preordenada al Derecho es social por definición. ¿Cómo delinear el concepto de justicia social? La justicia legal es el reino del derecho y del deber; tiene por tema la equivalencia de las formas que intervienen en la relación social; en cambio, la justicia social es el sistema de derechos y deberes éticosociales, que por virtud de un complejo proceso, que el autor estudia, asume el sistema de derechos y deberes legales. De este modo, la justicia social tiene por contenido los derechos sociales, que Donati configura como las pretensiones de carácter primeramente ético, a las que el Estado posteriormente ofrece sanción positiva.

J. H. C.

GABARRO SAMSO, E.: "El impuesto sobre la renta, la contratación notarial y los incrementos de patrimonio". *La Notaría*, 82, 1947; páginas 323-357.

Continuando su labor, iniciada en números anteriores, estudia las materias que son objeto del enunciado en relación con las personas individuales y las colectivas, dedicando especial atención a las Sociedades mercantiles, examinando los distintos supuestos respecto a unas y otras.

J. H. C.

PEREZ LEÑERO, José: "Concepto y definición del Derecho del Trabajo".
Revista General de Derecho, 34 y 35, 1947; págs. 396-404.

Concepto y definición tienen entre sí la misma relación causal que idea y palabra; para que la palabra exprese bien la idea tiene ésta que estar clara y transparente en la mente del que habla; partiendo de esta distinción, el autor estudia la historia del concepto del Derecho laboral, analizando las distintas denominaciones que ha recibido—en las distintas teorías—esta rama del Derecho privado, y se inclina por la denominación "Derecho laboral o de trabajo", porque—dice—en el concepto del Derecho laboral se ha pasado de la fase subjetiva a la objetiva de dar derechos, no tanto al trabajador cuanto al trabajo en sí, considerado como hecho social; hoy, sin que dejen de interesar los trabajadores, lo que atrae la atención política del Estado es la fuerza económica del trabajo, como fuente de riqueza.

Define, finalmente, el Derecho del trabajo como "la rama del Derecho que estudia los principios y normas que rigen el hecho social "trabajo", como fundamento de relaciones jurídicas que tienden a la realización de los fines individuales y sociales de los que lo realizan".

J. H. C.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 27 DE OCTUBRE DE 1947

Principio de especialidad en las servidumbres.

En escritura de 27 de febrero de 1945, don J. A. B. V. y doña T. J. E., dueños de dos parcelas de terreno, una de propiedad común y la otra perteneciente exclusivamente a la esposa, establecieron, en beneficio de doña M. N. C. R., determinadas servidumbres prediales y otros derechos, en la forma que se transcribe literalmente: "Tercero: Doña M. N. C. R., como dueña de la parcela señalada en la letra c) de esta escritura, abrir en la pared que separa esta parcela del pasaje o corredor que forman las tres fajas antes mencionadas, podrá abrir sobre éste y como predio sirviente las dos fajas de terreno propiedad de aquél don J. A. B. V. y de su esposa doña T. J. E., una de ellas, y la otra, propiedad de esta última, huecos, ventanas y balcones, y, en una palabra, establecer toda clase de servidumbres de luces y vistas de la forma y dimensiones que estime procedente." "Cuarto: Doña M. N. C. R. podrá cubrir el pasaje o pasillo que forman las tres fajas de terreno mencionadas desde la altura del primer piso y en una longitud de 18 metros, contados desde la calle del Dos de Mayo, y edificar sobre esta cubierta uno o más pisos, los cuales reconocen los demás comparecientes ser de la exclusiva propiedad de doña M. N. C. R."

Presentado el documento en el Registro de la Propiedad mereció la siguiente calificación: "Inscrito el precedente documento, en cuanto a las servidumbres de paso en él constituidas, a los tomos, libros, folios, fincas e inscripciones que se indican en los cajetines puestos al margen de la descripción de cada una de ellas; y suspendida la inscripción del mismo: Primero: En cuanto a las servidumbres de luces y vistas constituidas en su apartado tercero, por observarse el defecto subsanable de no determinarse la extensión y condiciones de las mismas, conforme al párrafo segundo del artículo noveno de la Ley Hipotecaria, y párrafo noveno del artículo 61 de su Reglamento. No se toma anotación de suspensión por no solicitarse. Segundo: En cuanto a unos "determinados derechos" establecidos a favor de doña M. N. C. R. en el apartado cuarto del mentado documento, no admitida su inscripción por observarse los defectos siguientes: A) No determinarse la naturaleza, extensión y condiciones de los mismos conforme a los preceptos anteriormente citados. B) Porque pretendiéndose, al parecer, establecer un derecho de superficie, no se cumple lo dispuesto en el artículo 1.629 del Código civil en relación con el 1.655 y 1.611 del mismo Cuerpo Legal; y C) No cumplirse lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Reglamento Hipotecario. Estos defectos son subsanables, a excepción del señalado con la letra B), que se reputa de insubsanable, por lo que no se toma anotación de suspensión, sin que tampoco se hubiera solicitado."

Interpuesto recurso gubernativo, el Notario autorizante alegó, en

esencia: Que, en cuanto al primer extremo de la nota calificadora, el principio de especialidad está cumplido por la escritura, cuyos pactos expresan con claridad la extensión y condiciones de los derechos de los otorgantes; que, respecto al segundo, nuestro sistema no exige la calificación de la naturaleza de los derechos constituidos, y que no es correcta la absoluta equiparación de los de superficie y enfeusis a efectos de la limitación de la esfera de acción de los contratantes.

Por su parte, el Registrador aportó las siguientes razones: Que la inscripción de una servidumbre exige datos precisos y matemáticos que la individualicen perfectamente; que, de lo contrario, se eliminaría de la vida contractual el predio sirviente al no conocerse la verdadera extensión de sus gravámenes; que la no afiliación de nuestro régimen hipotecario al sistema "numerus clausus" no implica autorización para constituir cualquier relación jurídica con el carácter y efectos de un derecho real; que el Tribunal Supremo ha asimilado entre sí los derechos de superficie y enfeusis.

El Presidente de la Audiencia dictó auto estimando la procedencia del recurso gubernativo, pero la Dirección lo revoca, declarando que el documento presentado en el Registro adolece del segundo defecto señalado en la nota calificadora, fundándose para ello en los artículos 530, 543, 545, 594, 1.611 y 1.655 del Código civil; 9, 13 y 107 de la Ley Hipotecaria; 61 de su Reglamento, y Resoluciones de 27 de enero y 9 de octubre de 1928, 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934 y 21 de diciembre de 1942.

En sus Considerandos se contiene la siguiente doctrina:

a) *Que la servidumbre ha de tener un contenido limitado que disminuya el disfrute y valor del predio sirviente sin agotar ni poner en peligro la subsistencia misma del derecho gravado.*

b) *Que el derecho de superficie es inscribible en el Registro de la Propiedad no sólo en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes; posee aptitud para servir de base al crédito y es transmisible, por lo que viene a constituir una especie de propiedad que coexiste o se superpone a la de la tierra.*

c) *Que la autorización concedida en la escritura objeto del recurso a doña M. C. para cubrir una parte de pasaje y edificar implica un derecho real que, cualesquiera que sean las analogías que ofrezca con el derecho de superficie, no consiente suscribir la hipótesis afirmada en la nota que la jurisprudencia hipotecaria tiene declarado que no cabe constituir en nuestro sistema cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real.*

RESOLUCION DE 6 DE DICIEMBRE DE 1947

Apoderamiento mercantil

En escritura de 16 de julio de 1946, don J. S. y don R. C., de nacionalidad belga, actuando como Gerentes de la Sociedad Comanditaria simple "Solvay" y Compañía, decidieron revocar y reducir en algunas de sus partes el poder que en 4 de marzo de 1942 habían otorgado a favor de don N. F., Director general para España de la referida Sociedad, facul-

tándole en el nuevo acto para realizar actos de administración, de disposición sobre los productos y materiales hasta un límite de 300.000 pesetas, adquirir inmuebles, establecer servidumbres, comprar y vender títulos, valores y cualesquiera de otros actos de naturaleza análoga.

Presentada la primera copia de la escritura en el Registro Mercantil de Santander, fué suspendida la inscripción del documento por no acreditarse que los otorgantes estuvieran autorizados para revocar y dar poderes con las facultades expresadas, siendo necesario testimonio de lo pertinente de los Estatutos sociales.

Interpuesto recurso de reforma y, subsidiariamente, de apelación contra la calificación recaída, el recurrente alegó, en esencia:

Que en su momento se aportó al Registro un testimonio notarial en el que, después de transcribir los artículos 4, 10 y 11 de los Estatutos sociales, se añade que las facultades en él contenidas no están limitadas, modificadas o restringidas por los demás; que el poder revocado, conteniendo más amplias facultades que el que ahora pretende inscribirse, fué calificado y aceptado anteriormente por el mismo Registrador que hoy lo es de Santander, y que la calidad de Gerente estipulada a favor de los aludidos señores poderdantes resulta no sólo de la escritura de constitución de la Sociedad, sino también de las actas de juntas generales autorizadas posteriormente en seis de mayo de mil novecientos veintinueve y treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, y que es principio jurídico que nadie puede ir contra sus propios actos.

El Registrador mercantil de Santander revocó en parte la nota recibida, manteniéndola, sin embargo, en cuanto a la necesidad de acreditar los extremos siguientes:

Primero. Firmar contratos de empresa, comprar títulos o derechos de suscripción y participar en suscripciones de acciones nuevas sin consultar el Consejo de Inspección; segundo, adquirir inmuebles y construcciones; tercero, comprar títulos o derechos de suscripción que no impliquen constitución de Sociedades u organismos financieros; cuarto, vender títulos que la Sociedad posea en España; quinto, hacer transacciones o constituir árbitros; sexto, renunciar hipotecas, servidumbres, privilegios y acciones.

La Dirección General de los Registros revoca parcialmente el acuerdo apelado, señalando que sólo adolece de los defectos señalados en los números 1.^º y 5.^º, con carácter definitivo. Y sienta a continuación—fundándose en los artículos 15, 21, 118, 148, 261, 281, 283 y 286 del Código de Comercio, y en los 7, 8, 107 y 112 del Reglamento del Registro mercantil—la siguiente doctrina:

A) *Las facultades de los Gerentes sociales pueden delegarse sólo dentro de los límites permitidos por los Estatutos o por válidos acuerdos posteriores, sin que el Apoderado pueda llevar a cabo operaciones que sus poderdantes no están autorizados para realizar.*

B) *Los socios colectivos en las Sociedades comanditarias pueden efectuar todas aquellas operaciones que, comprendidas en el tráfico normal de la Empresa, no les hayan sido prohibidas.*

C) *Está permitido al Apoderado la enajenación de títulos-valores, dado el criterio de amplia libertad que informa el artículo 118 de nuestro Código de Comercio, siempre que se observen los requisitos de carácter general adoptados por las legislaciones para la defensa de los intereses de la Empresa y los de los terceros y acreedores.*

- D) *La transacción exige mandato expreso; y*
 E) *Que la frase "levantamiento de trabas", entendida en la legislación española como aptitud para cancelar hipotecas, exige capacidad para enajenar bienes inmuebles.*

Arturo GALLARDO RUEDA
*Letrado del Ministerio de Justicia
 y Registrador de la Propiedad*

RESOLUCION DE 15 DE DICIEMBRE DE 1947

Inscripción de deslindes

Instadas ante el Juzgado de Primera Instancia número 5, de Valencia, actuaciones de deslinde y, en su caso, amojoñamiento de dos fincas, el 23 de febrero de 1935 y en el correspondiente acto comparecen los propietarios colindantes, manifestando uno de ellos—representante de una Comunidad religiosa—que concurre “no para formular una oposición”, pero sí para hacer constar, en representación de sus Superiores, que la finca de propiedad de los religiosos está delimitada por unos linderos que han quedado incluídos dentro de las fincas objeto de la diligencia. Por providencia de 8 de abril siguiente se acuerda la protocolización de las actas de deslinde y amojoñamiento, lo que se lleva a cabo el 11 del mismo mes. Perdida la correspondiente copia y destruído el Registro durante la pasada guerra, se obtiene otra con el fin de facilitar la inscripción de la segregación de una parcela correspondiente a una de las fincas deslindadas, que había sido enajenada.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Moncada esta nueva copia del acta de protocolización de las actuaciones judiciales, mereció la siguiente nota calificadora: “Inscrito el deslinde y el amojoñamiento de las dos fincas en cuanto a los linderos que tienen comunes con don J. B. F., donde dicen los cajetines puestos al margen de la descripción de ambas fincas deslindadas. No se admite la inscripción del deslinde y amojoñamiento con los terrenos de la Comunidad por el defecto de no haber habido la avenencia que exige el art. 2.º7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, indispensable en un acto de jurisdicción voluntaria, pues si bien el Superior dice que no formula oposición, lo cierto es que se opone de hecho, pues hace constar su disconformidad con los linderos y mojones trazados entre la finca de la Comunidad y las deslindadas. Este defecto es insubsanable y no permite tomar anotación preventiva.”

Interpuesto el oportuno recurso gubernativo contra esta calificación, se alegó en esencia: Que la mera oposición de hecho formulada por los Religiosos no puede ser apreciada por el Registrador, porque, de haber revestido las solemnidades exigidas por la Ley, el Juez hubiera tenido que suspender la diligencia sobreseyendo el expediente, en cuanto al deslinde con la finca de la Comunidad; que no es posible admitir que se firme el acta sin estar conforme con el deslinde; y que con el criterio del Registrador se puede causar perjuicio por dejar la puerta abierta a una posible controversia judicial sobre una cuestión indiscutible o, por lo menos, indefendible porque nadie puede ir jurídicamente contra sus propios actos.

El Registrador de la Propiedad informó, en defensa de su nota, que en el acta de deslinde no hay resolución judicial alguna que exija obediencia, porque sólo constan hechos; que ninguno de los actos comprendidos en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil encaja tan exactamente entre los de jurisdicción voluntaria como el del título XV del mismo libro sobre deslinde y amojoñamiento; que en todos, menos en

éste, hay algo de contencioso de declaración de derechos, de interposición de autoridad, y en el título XV, no; que la manifestación de los religiosos es suficiente para demostrar su inconformidad con el deslinde, y que en tales expedientes no hay decisión judicial, sino ejercicio de funciones quasi-notariales. Finalmente, se hace notar que el Juzgado no acordó la inscripción, sino la protocolización del acta, lo que no se discute.

Requerido informe del Notario autorizante, manifiesta que la primera copia fué anteriormente inscrita sin dificultad en el Registro.

Por su parte, el Juez instructor del expediente se limita a exponer que el mismo refleja exactamente la realidad acaecida.

El Presidente de la Audiencia dictó auto desestimando el recurso y confirmando la nota calificadora en virtud de razonamientos análogos aducidos por el Registrador, reconociendo además la facultad de éste para enjuiciar las segundas copias de los documentos presentados para su inscripción, según dispone el artículo 5.^a de la Orden de 18 de noviembre de 1918.

Y la Dirección General de los Registros, fundándose en los artículos 384 y 1.963 del Código civil de 1811 y 1818; 2.061, 2.065 y 2.070 de la Ley de Enjuiciamiento civil; 12 del vigente Reglamento Hipotecario y 17 del anterior; las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1870 y 3 de julio de 1884, 30 de abril de 1895, 20 de mayo de 1899, 23 de noviembre de 1903 y la resolución de 20 de marzo de 1911, confirma el auto apelado, si bien declarando subsanable el único defecto de la nota recurrida, y entiende:

A) Que, de acuerdo con la doctrina nacional y extranjera, debe reconocerse a las operaciones de deslinde una naturaleza más propia de lo notarial que de lo judicial y, en consecuencia, que las mismas causas que pueden invalidar los contratos les son aplicables.

B) Que aquéllas no declaran derechos, según tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo.

C) Que la intervención judicial no tiene valor de requisito esencial y se encamina a solemnizar el acto o a salvar los inconvenientes prácticos derivados de la resistencia de los propietarios de predios contiguos a concurrir al deslinde.

D) Que en el caso objeto del recurso no hubo la avenencia prevenida en el artículo 2.070 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y

E) Que, en supuestos como en el debatido, es indudable que los defectos pueden ser subsanados, bien en escritura pública, bien en el amplio cauce del artículo 1.818 de la Ley rituaria.

A. G. R.

RESOLUCION DE 21 DE ABRIL DE 1948

Reinscripción de hipoteca.

En escritura de 2 de marzo de 1923, el Banco Hipotecario de España prestó una determinada cantidad a don F. T. T., hipotecando éste, en garantía de préstamo, de intereses y costas, una finca de su propiedad sita en Valencia. Dicho documento fué inscrito en 7 de agosto de 1923, pero al ser pre-

sentado a reinscripción causó la siguiente nota calificadora: "No admitida la inscripción que se solicita del precedente documento porque la finca está inscrita a favor de persona distinta del hipotecante, que dentro del período de reinscripción acudió a reinscribir su título de dominio. No puede servir de base a la reinscripción que se pretende la mención de la hipoteca que se hace en las inscripciones 1.^a y 4.^a de la finca: 1.^o Porque en ninguna de ellas consta la fecha de la escritura que se pretende reinscribir para dar por plenamente identificada la hipoteca. 2.^o Porque, aún suponiendo que la hipoteca fuera la misma, la reinscripción que ahora se hiciera no puede perjudicar a tercero, sino desde su fecha, conforme al artículo 13 de la ley de 15 de agosto de 1873, siendo contraria a este precepto cualquiera otra pretensión. 3.^o Porque cerrado ya el período de reinscripción, no pueden reinscribirse títulos con perjuicio de tercero que reinscribió los suyos quedando protegido por los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria.—Valencia, 11 de julio de 1945."

Interpuesto el correspondiente recurso gubernativo, se alegó contra la calificación registral: Que don F. T. T. reinscribió su dominio en período legal, al igual que lo hizo el otro acreedor hipotecario de la finca, originándose así la inscripción 1.^a en que se menciona la hipoteca constituida a favor del B. H.; que igualmente se menciona en las inscripciones 4.^a y 5.^a; que el figurar actualmente inscrita la finca a favor de otra persona no es inconveniente para convertir dicha mención en inscripción definitiva; que el nuevo dueño de la finca, según el Registro, no es tercero a los efectos de la L. H., porque adquirió conociendo la existencia del gravamen que se pretende reinscribir; y que si bien la nueva L. H. ha derogado el artículo 29 de la anterior, sus efectos subsisten.

Por su parte, el Registrador defendió su nota fundándose en que el período de reinscripción terminó el 30 de junio de 1943, y la escritura objeto del recurso fué presentada el 8 de junio de 1945; que la nueva L. H. ha suprimido las menciones; que de haberse reinscrito en período legal, el acreedor hipotecario gozaría del rango correspondiente; que del hecho de subsistir la mención no puede derivarse la obligación de inscribir la hipoteca; que quien tiene un derecho debe inscribirlo sin descuido ni negligencia; que la hipoteca ha de ser objeto de una inscripción para entenderse constituida y nunca de una simple mención.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota calificadora afirmando que tanto el primitivo deudor como sus sucesores habían reconocido expresamente al reinscribir la existencia de la hipoteca del Banco; que la mención es suficientemente clara para no dudar de la identidad de aquélla; y que dicha mención, que consta en las inscripciones 1.^a y 4.^a debe reputarse vigente conforme a la disposición transitoria 1.^a de la L. H.

Y la Dirección General—fundándose en los arts. 17, 32, 34, 82 y disposición transit. 1.^a de la L. H.; Leyes de 25 de agosto de 1873 y 5 de junio de 1938 y Res. de 28 de junio de 1896 y 22 de febrero de 1941—confirma el auto apelado, y sienta los siguientes puntos de doctrina:

- a) Que el restablecimiento de la normalidad hipotecaria no puede impedir el acceso al Registro de títulos cuando los propios asientos registrados lo permitan y se trate de reflejar casos de aplicación de las Leyes de 9 de septiembre y 7 de diciembre de 1939.
- b) Que la hipoteca del B. H. resulta identificada suficientemente aun que falte en la mención la fecha de la escritura, dato no exigido por la Ley.

c) Que el adquirente ulterior debe serlo de buena fe, como exige la ética contractual y el art. 34 de la L. H.

d) Que si bien la hipoteca no puede ser objeto de mención, en el caso discutido se trata de una debidamente inscrita, y reconocida por los reinscribientes.

A. G. R.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

A) TRIBUNAL SUPREMO

1. El consentimiento en el traspaso. Aportación del local arrendado a una sociedad. Problemas de Derecho transitorio

(SENTENCIA 6 FEBRERO 1948)

ANTECEDENTES.—Don Pedro y D. José Mendizábal presentaron demanda de desahucio, en el mes de septiembre de 1946, en el Juzgado de Primera Instancia número 2, de San Sebastián, contra D. Pauxides Parra Niño, en la que se exponía que como propietarios de la casa número 8 de la calle de Garibay, de aquella población, habían arrendado al demandado el piso bajo para la industria de la confección y venta de gabardinas el año 1934, habiendo solicitado posteriormente el arrendatario la autorización para hacer algunas reformas en el local, comprometiéndose a dejar o en la forma en que se encontraba, que le fué concedida, lo mismo que la de instalar letreros luminosos y un toldo. Que se habían enterado casualmente que el demandado había subarrendado el local a la Sociedad regular colectiva "Pausades, Pavón y Compañía", a pesar de venir pagando los recibos a su nombre con el fin de ocultar; habiéndose constituido bajo fe notarial la referida sociedad en 29 de octubre de 1943.

El demandado alegó que era inquilino en virtud de traspaso que tomó al que anteriormente tenía el local con autorización del propietario, no siendo cierto que los demandantes se hubieran enterado por casualidad que había constituido una sociedad, pues esto era público y notorio, sin que fuera causa de desahucio el subarriendo de establecimiento mercantil.

El 20 de febrero de 1947 se dictó sentencia, declarándose no haber lugar a la demanda, y apeada la sentencia, la A. T. de Burgos dictó auto declarando aplicable a estos autos la Ley de Arrendamientos Urbanos; interponiéndose por los actores recurso de injusticia notaria en base de los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Artículo 168 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: infracción del artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento civil y de los 23 y 44 de aquélla, puesto que la argumentación de la sentencia recurrida de que la constitución de una sociedad regular colectiva en la que es socio el arrendatario no supone un subarriendo por aportar un capital que responde todo él de los actos sociales, carece de base jurídica, pues D. Pauxides Parra, persona individual, es totalmente distinto a D. Pauxides Parra, gestor o socio de Pauxides Parra y Compañía, y dejó de existir el primero en la industria al nacer la segunda.

Segundo. Causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: error en la apreciación de la prueba, pues de las cartas presentadas con la demanda, de la certificación del Registro Mercantil y

de los Estatutos de la Sociedad y de los dictámenes de los peritos calígrafos se desprende que las actuaciones del señor Parra como persona individual y como socio gestor son diametralmente opuestas.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la sentencia de instancia alega un doble fundamento para desestimar la demanda de desahucio por subarriendo no consentido, originaria del presente pleito; que los actores tuvieron conocimiento del subarriendo o traspaso por el hecho de la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución de la sociedad regular colectiva "Pauxides Parra y Compañía", que viene ejerciendo su comercio en el local arrendado personalmente al demandado D. Pauxides Parra en 1934, consintiéndolo al no demandarlo hasta fecha muy posterior—3 de agosto de 1946—, y que tratándose más bien de un traspaso que de un subarriendo, la resolución sobre la existencia del traspaso implicaría la decisión de una compleja cuestión jurídica que no puede ventilarse en el juicio de desahucio y debe quedar reservada al juicio declarativo correspondiente, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Segundo.. Que, examinado en primer término, como es obligado en orden lógico, el primer motivo del recurso en cuanto se refiere al segundo de los citados fundamentos, alegando la infracción del artículo 1.563, número segundo, de la Ley de Enjuiciamiento civil y disposiciones de la legislación de alquileres, entre ellos los artículos 30 y 44 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no puede menos de estimarse su procedencia porque la cuestión a que se contrae el pleito—subarriendo o traspaso en finca no exceptuada de dicha legislación—se encuentra claramente comprendida en ella y ha de resolverse por los procedimientos indicados en la misma (artículo 1.563, número segundo, de la Ley de Enjuiciamiento civil; artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931; artículo 10 del Decreto de 21 de enero de 1936; artículo 31, 44 y 158 al 163 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Tercero. Que, sea cual fuera la calificación jurídica que pueda merecer en el presente caso la constitución de una sociedad por el inquilino con tercera persona, dando así origen a una nueva personalidad que de hecho viene ejerciendo la industria en el local arrendado, es evidente que para la introducción de esa nueva personalidad en dicho local precisa el consentimiento del propietario, que no fué requerido en este caso, según reconoce el demandado en la confesión judicial y que no puede establecerse como una consecuencia de la inscripción en el Registro Mercantil, porque el artículo 30 del Código de Comercio, invocado por el Juez, se limita a establecer su publicidad; pero de aquí no se infiere que los actos en él inscritos sean conocidos para todos y menos para los contratantes, máxime cuando los preceptos legales, como en estos casos, exigen la autorización del propietario para el traspaso o subarriendo, y por ello, como la afirmación de este consentimiento por la sentencia de instancia parte de tan deleznable fundamento, cae aquélla por su base, procediendo en tales términos la estimación del primer motivo del recurso.

Cuarto. Que también es de estimar el segundo, pues acreditado que, después de la intromisión de la sociedad en el local objeto del desahucio, D. Pauxides Parra, arrendatario, viene pagando los recibos y dirigiéndose en su propio nombre en cartas reconocidas judicialmente al arrendador sobre cuestiones relacionadas con el arrendamiento, no puede menos de estimarse que, al desconocer la eficacia de esta prueba documental para estimar acreditado el subarriendo o traspaso inconsentido, el juzgador incide en el error en la apreciación de la prueba denunciada y al que hace referencia el número cuarto del artículo 166 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que procede la estimación del motivo alegado y el recurso.

Quinto. Que no es de estimar temeridad ni mala fe, a efectos de imposición de costas, en la instancia ni en el recurso, al dar lugar a éste, de acuerdo con el artículo 161 en relación con el 164 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—Que, dando lugar al presente recurso, debemos declarar y declaramos haber lugar al desahucio del piso bajo de la casa número 8 de la calle de Garibay, de San Sebastián, a que la demanda se refiere, el que deberá ser desalojado por el demandado D. Pauxides Parra Niño en el plazo indicado en el artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin perjuicio de los aplazamientos que el Juez de primera instancia pueda acordar en ejecución de sentencia, sin hacer expresa condena de costas.

C O M E N T A R I O

La lectura de esta sentencia nos plantea una serie de problemas, de índole procesal los unos y de carácter específicamente civil los otros. No hemos de olvidar que la litis se planteó el 26 de agosto de 1946, es decir, con anterioridad a la publicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, el dato es igualmente interesante, con anterioridad también al 1.^º de octubre de 1946. De aquí se infieren dos consecuencias importantes: 1.^a Que el derecho aplicable había de ser precisamente el contenido en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936; 2.^a Que no podía pensarse en la aplicación a este supuesto de la Disposición transitoria 2.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos, si bien ésta parece referirse exclusivamente a los casos de subarriendo, pero no a los de traspaso o cesión, a diferencia de lo que ocurre con la Disposición transitoria 4.^a

Esto sentado, tenemos que, según la legislación aplicable—la sentencia, a mayor abundamiento, cita conjuntamente con ésta los preceptos de la nueva Ley—, eran requisitos para que pudiera llevarse a cabo el traspaso de un local arrendado: o bien que se justificase que el comerciante o industrial que llevaba en arrendamiento el local, al comenzar a ejercer en él sus actividades, hubiese pagado alguna cantidad por el traspaso, y el segundo, cuando el dueño de la finca lo consintiese de manera expresa. En el primer caso, el único derecho que correspondía al

dueño del local era el de oponerse al traspaso, siempre que indemnizara al comerciante o industrial que tratase de traspasar con cantidad igual a la que éste pagó en su día por el referido concepto. Planteábase, sin embargo, el problema, en la práctica, de si en el caso en que no se diesen las circunstancias enunciadas, y el traspaso fuese ilegal, si podía el propietario acudir al procedimiento de desahucio, teniendo en cuenta que en el Decreto de 21 de enero de 1936, regulador de la materia, no se enunciaba el traspaso ilegal como causa específica del mismo. El criterio seguido a este respecto por los diferentes Juzgados y Tribunales era muy diverso: unos estimaban, con razón a nuestro juicio, que las normas del Decreto de 29 de diciembre de 1931 eran de aplicación a este caso, y que, por lo tanto, la acción de desahucio debía prosperar. Otros, por el contrario, creían que, no enunciando tal causa el Decreto de 1936, tal posibilidad no cabía. La Audiencia Territorial de Sevilla negaba la posibilidad de tal procedimiento de desahucio, si bien, en ocasiones, admitió la procedencia de la acción resolutoria, basada en el artículo 1.124 del Código civil y ejercitada en un procedimiento declarativo.

La sentencia que ahora examinamos viene a reconocer, implícitamente, en contra del criterio mantenido por el juzgador de instancia, la aplicabilidad a los arrendamientos de local de negocio de las excepciones a la prórroga contenidas en el Decreto de 1931, desecharlo, con acierto, la inadmisible tesis mantenida por la sentencia recurrida, de que la complejidad del problema jurídico suscitado—existencia o inexistencia del traspaso o subarriendo, en el caso debatido—hiciera exceder la cuestión de los límites del juicio de desahucio: claro está que si se admite que el traspaso o subarriendo es causa propia de desahucio, es indudable que la calificación del mismo podrá y deberá hacerse en el juicio especial correspondiente, que no es otro que el de desahucio que marcaba la Ley, sin perjuicio de que, en su día, no creando la sentencia de desahucio excepción de cosa juzgada, según tiene declarado en multitud de fallos el Tribunal Supremo, pudiera pedirse la nulidad en un procedimiento declarativo.

Sin embargo, el interés mayor de la sentencia, en cuanto establece doctrina que puede ser definitiva para la interpretación de los preceptos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, radica en la solución de estas cuestiones:

1.^a *Necesidad del consentimiento concreto y expreso del propietario al traspaso, e inoperancia del consentimiento presunto.*—Contra la doctrina generalmente admitida anteriormente por los Juzgados y Tribunales de que el mero conocimiento del hecho del traspaso por el arrendador, no seguido del ejercicio de la acción correspondiente, era suficiente para convalidar lo que fué inicialmente un acto ilegal, viene el Tribunal Supremo a exigir, de acuerdo con la letra de la Ley, que el consentimiento no puede presumirse del mero conocimiento, sino que ha de ser expresamente prestado. Rechaza, en consecuencia, el que el hecho de la inscripción de la sociedad cesionaria en el Registro Mercantil sea suficiente por sí para presumir que el arrendador ha consentido la cesión.

o subarriendo. Evidentemente que no puede inferirse de la publicidad del Registro Mercantil, ni la obligación por parte del arrendador de conocer su contenido—sería absurdo el exigir de éste una continua información, en casos en que es precisamente el inquilino quien está obligado a informarle—ni un ámbito de aplicación que rebase el de las relaciones de la sociedad con las personas que con ella entran en relación contractual. Prescindiendo aquí de cuál sea el alcance y valor que haya de darse a los asientos de este Registro¹, bástenos decir que nunca podrá ser mayor que el que la doctrina y la legislación reconoce a los del de la Propiedad, y, como es sabido, éstos, en virtud del principio de especialidad, únicamente causan la plenitud de su eficacia jurídica cuando se hallan practicados en la misma finca.

Haciendo aplicación de este principio interpretativo establecido en la sentencia comentada al nuevo régimen legal, habremos de concluir que cuando el traspaso no se lleve a cabo con el estricto cumplimiento de todas y cada una de las formalidades prescritas en el artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dará lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, cualquiera que sea el momento en que el arrendador ejerzte esta acción, sin más límites, entendemos, que los plazos de prescripción establecidos en el Código civil para el ejercicio de las acciones personales, habiendo de computarse éstos desde el momento en que el arrendador hubiera tenido conocimiento del traspaso ilegal, sin que ese conocimiento pueda presumirse, en este caso, por la mera inscripción de la sociedad cesionaria en el Registro Mercantil. Tal conclusión se infiere del texto del número 3.^º del artículo 149 de la Ley citada. Otra tanto ocurrirá en el caso de subarriendo del local de negocio sin el consentimiento escrito del arrendador, según dispone el artículo 149 citado, en su número 2.^º

Caso distinto será aquel en que pueda probarse la existencia de un nuevo contrato establecido entre el arrendador y el cesionario, por ejemplo, porque haya empezado a pasarle los recibos a su nombre. En tal supuesto es evidente que un nuevo consentimiento contractual se habría producido, dando nacimiento, no a una mera novación subjetiva, sino a un contrato perfectamente independiente del anterior, cuya validez no podría discutirse, ya que la Ley de Arrendamientos Urbanos no exige forma alguna especial para el arrendamiento de fincas urbanas, bastando el mero contrato verbal. Restrictiva parece que habrá de ser también la interpretación de las Disposiciones transitorias 2.^a a la 8.^a

2.^a *Aportación de un local arrendado para el ejercicio de industria o negocio a una sociedad regular colectiva.*—La sentencia parte de la base de que suponiendo el contrato de sociedad el nacimiento de una personalidad jurídica, perfectamente distinta de la de los socios, se ha producido, en este caso, una novación subjetiva del arrendamiento, que renuncia a calificar y que, al no haber sido consentida por el arrendador, determina la

¹. Vid. GARRIGUES: *El Registro Mercantil en el derecho español*, en la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1930, págs. 657 y 737.

resolución del contrato, causando el desahucio. Conviene en este punto establecer algunas aclaraciones complementarias. Ciertamente que, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 116 de nuestro Código de Comercio, "una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos", precepto que es aplicable a toda clase de sociedades, incluso a las regulares colectivas, y consecuencia obligada de ello parece ser la conclusión que se establece en la sentencia, de que la aportación del local arrendado hecha por el socio a la sociedad supone un cambio en la persona del arrendatario, o un subarriendo, según los casos. Sin embargo, ello presupone, de una parte, el dar por resuelto el difícil problema de determinar la naturaleza jurídica de la aportación a la sociedad, y de otra, puede encontrar algunas objeciones, dado el texto del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Según este último precepto, "por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio, ocurrido bajo la vigencia del contrato, podrá advenir arrendatario el heredero; y, a falta de éste, o de su deseo de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil". ¿No parece inferirse de este precepto la posibilidad, admitida por el legislador, de que el arrendatario asocie a la explotación de su negocio a otra persona, sin que por ello haya de inferirse la existencia de subarriendo o de cesión? Obsérvese que el artículo citado se refiere no sólo a la mera sociedad civil (suponemos que quiere decir, aunque la sociedad no revista la forma establecida por el Código de Comercio, ya que no se comprende la posibilidad de una sociedad civil propiamente dicha con una finalidad específicamente mercantil, como es la explotación de un negocio o industria), sino incluso a la sociedad mercantil, siquiera estimemos que única y exclusivamente a aquellas de carácter personalista, y no a las de capitales. La norma, por otra parte, parece justa en muchos casos, ya que es muy común en la práctica que, llegado determinado momento, el comerciante asocie a su negocio a alguna persona de su confianza, por ejemplo, a un antiguo dependiente, o a alguna persona de su familia, y esto difícilmente podría suponer un verdadero traspaso (cesión mediante precio) o de un subarriendo en la intención de los interesados.

Pero parezca justa o injusta la norma legal, su desdichada redacción origina gravísimas dificultades técnicas e interpretativas. No creemos que pueda admitirse la interpretación de FERREIRO, según la cual es indispensable "que el contrato de arrendamiento se otorgara con expresa autorización al inquilino para constituir sociedad o, al menos, que, si la constituye después, tuviese la autorización del arrendador"², pues, si así fuese, el artículo 73 sería innecesario, dado el margen que a la voluntad privada se reconoce en el artículo 11, a los efectos de la regulación de los arrendamientos de locales de negocio, suponiendo, además, un quebranto injustificado a esa autonomía y ley contractual el derecho preferente reconocido al heredero del arrendatario originario. Más razo-

2. FERREIRO: *El Arrendamiento de la Propiedad Urbana*, Madrid, 1947, pág. 150.

nable parece la tesis sostenida por BELLÓN de que "con la mención a la existencia de sociedad civil parece significado que, aun de extinguirse ésta por la muerte del socio titular, él o los que lo fueran con aquél, ostentarán ese derecho a continuar; pero ello parece, añade, concedido en individualidad social, que, sin embargo, no entiendo excluya que, de ser varios, todos o cualesquiera sean sucesores"³. En el mismo sentido, CONDOMINES entiende que "la prevención en el caso de sociedad es innecesaria, salvo el caso de tratarse de una sociedad de personas en la que no se hubiere previsto concretamente la continuación para el caso de fallecimiento del socio, pues en tal evento se producirá la disolución prevista en el artículo 222 del Código civil"⁴.

Esta interpretación, sin embargo, no deja de presentar algunas dificultades: en primer lugar, el artículo 73 se refiere concretamente al hecho de la muerte del arrendatario, y es claro que si el arrendatario no hubiera sido una persona física, difícilmente hubiera podido morir; lógicamente se hubiera entonces dicho por el legislador: "si se disolviese la sociedad arrendataria por muerte de alguno de los socios"; en segundo término, no se explicaría en ese caso el derecho de preferencia reconocido al heredero del socio premuerto: lo natural hubiera sido reconocer simplemente el derecho a la sucesión en el arrendamiento al socio supérstite que hubiera de continuar el negocio; finalmente, son dos problemas perfectamente distintos el de determinar la sucesión *mortis causa* en el arrendamiento del arrendatario, y el de determinar hasta qué punto pueden vincular al arrendador los pactos contenidos en el contrato constitutivo de una sociedad arrendataria, si los mismos no han sido incorporados también al propio contrato de arrendamiento, ya que los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes (art. 1.257 del Código civil).

En el fondo, la cuestión se vincula a otra, íntimamente relacionada con ella, y que la sentencia que comentamos ha eludido resolver, tal vez por no haberla sido debidamente panteada: la de la naturaleza de la aportación de un derecho de arrendamiento a una sociedad regular colectiva. Conocida es la polémica acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la aportación social: frente a la tesis, aceptada por la sentencia de que la sociedad constituye, a todos los efectos, una personalidad jurídica perfectamente diferenciada de la de los socios, que encuentra en su apoyo la mayor parte de la doctrina, fundada en la letra de los artículos 35 y 1.669 del Código civil y 116 del Código de Comercio, no falta quien ha sostenido, al amparo de expresiones como las de "poner en común", "fondo común", "acervo común", etc., empleadas en los artículos 1.665, 1.673 y 1.674 del Código civil y 116, 122, 136, 139, 170 y 218 del Código de Comercio, que si bien la sociedad, frente a terceros, constituye una verdadera y propia personalidad, en cambio, en cuanto a relaciones entre los socios se refiere, supone tan sólo una forma especial de comuni-

3. BELLÓN: *Régimen legal de los arrendamientos urbanos*, Madrid, 1947, pág. 191.

4. CONDOMINES: *Arrendamiento de inmuebles urbanos*, Madrid, 1947, págs. 131 y 132.

dad de bienes, de análoga manera a lo que ocurre con las legislaciones del grupo germánico, que niegan a la sociedad colectiva la personalidad, y estiman que su patrimonio pertenece en mancomún (*zur gesamten Hand*) a los socios.

Es claro que admitida la personalidad jurídica de la sociedad, la aportación de bienes por los socios, revestirá los caracteres de una transmisión a título oneroso: a cambio de la aportación, se recibe una participación social equivalente. Si se niega esa personalidad, por lo menos en cuanto a las relaciones de los socios entre sí se refiere, la cuestión se complica, llegándose a sostener recientemente por ROCA SASTRE que lo único que aquí se da es una *comunicación de bienes*, es decir, un negocio jurídico que da nacimiento a una forma de comunidad: "En la comunicación de bienes, dice, no solamente no hay transferencia, sino que tampoco verdadera onerosidad. Hay una especie de juego de equivalencias, por cuanto la aportación de uno es causa o presupuesto causal de la aportación del otro; pero no se da aquella oposición o antítesis de la compra-venta y demás transmisiones onerosas, en las cuales una parte transfiere una cosa a cambio de la transferencia que de otra cosa distinta hace la parte contraria. En la comunicación de bienes, cada aportante efectúa sólo un acto de naturaleza idéntica, dirigidos en una misma dirección, de línea paralela o no contrapuesta. No se dan dos disposiciones de bienes, que siguen dos trayectorias que se entrecruzan para ir a desembocar en patrimonios diferentes, pues, en la comunicación, los bienes describen una trayectoria que, en lugar de entrecruzarse, se une en un punto final y común, bajo un signo de coincidencia y armonía"⁵.

No creemos admisible tal doctrina, aun en el supuesto, sumamente dudoso, de que se admitiese que en la sociedad regular colectiva se produjese una verdadera comunidad de bienes: el propio texto transcritó basta, a nuestro juicio, para contradecir tal doctrina, porque si, según en él se indica, *la aportación de uno es causa de la aportación de los otros*, es evidente que nos encontramos ante un caso que se ajusta casi literalmente a la definición que de causa onerosa nos ofrece el artículo 1.274 del Código civil. Confúndense, por otra parte, dos cosas absolutamente diferentes: el acto o negocio constitutivo de la sociedad, de naturaleza más bien estatutaria que contractual, y la aportación de bienes a la sociedad, mero acto producido en la ejecución de aquel acuerdo, y acerca de cuyos caracteres de disposición a título oneroso no creemos pueda seriamente dudarse: buena prueba de ello es que, en caso de disolución de la sociedad, el socio tendrá tan sólo derecho a una parte del valor de los bienes sociales existentes, nunca a la devolución de los bienes o derechos concretos que aportara.

Esto sentado, tenemos que la aportación a la sociedad de un derecho de arrendamiento constituido con anterioridad a favor de uno de los socios, puede hacerse de diferente forma: "Si el socio es arrendatario de

5. ROCA SASTRE: *Naturaleza jurídica de la aportación social*, en la "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1946, I, págs. 413 y siguientes, y, especialmente, las 424 y 425.

los locales—dice GARRIGUES—y desea aportarlos a una sociedad, esta aportación puede hacerse, bien mediante subarriendo, o bien continuando los locales a nombre del socio, y permitiendo éste el uso de los mismos a la sociedad. En este último caso—añade—no hay verdadero subarriendo, sino simple aportación de uso, que no se hace a título de arriendo, sino *a título de sociedad* (tampoco se da aquí el elemento del precio, característico del contrato de arrendamiento y de subarrendamiento)”. Cabe, además de estas dos posibilidades, la del traspaso propiamente dicho, con la subrogación definitiva del arrendatario. O, lo que es lo mismo, que si la aportación del derecho de arrendamiento supone una cesión definitiva del mismo a la sociedad, una total exoneración del arrendatario cedente y una asunción de todos los derechos y deberes relativos al arrendatario por parte de la sociedad, que se subroga en su lugar, es indudable que nos encontraremos ante un verdadero traspaso, que si no se ajusta a las formalidades exigidas por el artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, deberá ser determinante de la resolución del contrato, siempre y cuando no haya sido expresamente autorizado por el arrendador. Habrá, por lo tanto, de atribuirse siempre al local un precio de traspaso, sin cuyo requisito el mismo se reputará ilegal.

Si, por el contrario, la cesión no tiene el carácter de definitiva, sino de meramente temporal, podrán darse los dos supuestos que señala GARRIGUES en el lugar antes citado: *a)* cesión del local por un tiempo determinado, y recibiendo, en relación al tiempo de goce, un precio cierto, que supone un verdadero subarriendo (vid. S. de 5 de diciembre de 1947), el cual habrá de ajustarse, para ser legal, a lo dispuesto en la Sección segunda del capítulo III de la Ley de Arrendamientos Urbanos, determinando, en otro caso, la acción resolutoria que autoriza el número 2.^º del artículo 149 de la propia Ley; *b)* cesión del uso del local arrendado, durante un tiempo determinado, conservando el socio arrendatario la cualidad de tal, pero faltando el precio característico del subarriendo, es decir, cesión *a título de sociedad*, y no de arrendamiento o subarriendo, que, al parecer, es el supuesto de la sentencia examinada, y que es el que verdaderamente determina serias dificultades.

A primera vista, pudiéramos pensar que no tratándose en este caso de traspaso, en cuanto la cesión, ni transfiere el derecho, ni es definitiva, tampoco podría hablarse de subarriendo, por no haberse estipulado renta o precio cierto; sin embargo, tal tesis se presta a serias objeciones: 1.^º Porque es indudablemente que en tal supuesto, y por el contrato de sociedad, el socio arrendatario se obliga a prestar el uso del local, contenido que coincide exactamente con el del contrato de subarriendo; 2.^º Porque lo lógico, en este caso, es que la sociedad resarza al socio, directa o indirectamente, del pago de la renta que éste se halla obligado a pagar al arrendador; en definitiva, tal aportación del uso del local es algo que tiene un determinado valor económico, que se computa necesariamente, por lo menos, a los efectos de fijar la cuota social que al arren-

6. GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1.^º, Madrid, 1947, pág. 447.

datario ha de atribuirse, como contraprestación de aquella aportación; en definitiva, se tratará siempre de una aportación realizada a título oneroso. ¿Pero cabe hablar aquí de renta propiamente dicha? Es posible, por ello, inferir la existencia de un subarriendo? Estimamos que no: la aportación se ha hecho *a título de sociedad, no de arrendamiento*, y las consecuencias jurídicas de ello tienen que ser forzosamente distintas; por ejemplo, el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones frente al socio arrendatario no podría nunca estimarse como falta de pago, y la resolución de la relación establecida no podría conseguirse sin lograr la resolución del contrato de sociedad.

Pero si ello es así, si no puede hablarse en este supuesto de verdadero subarriendo, ni de cesión o traspaso del local, si la posición del arrendatario ha quedado inalterada, si el pago de la renta contractual sigue siendo de cuenta exclusiva de éste, y no de la sociedad (en otro caso habría de apreciarse la existencia de subarriendo), parece indudable que no son de aplicación aquí las causas de resolución del artículo 149, que éste, y no otro, es el caso previsto por el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuyo ámbito de aplicación, dicho sea de paso, se limita a aquellos casos de *contrato vigente; pero no de contrato prorrogado*. Sólo así se comprende la preferencia concedida al heredero del arrendatario sobre su socio, y que se hable de muerte del arrendatario y no de disolución de la sociedad; y así se evita también toda posible antinomia con los preceptos limitativos del subarriendo y del traspaso. De esta forma se protegen igualmente los casos de asociación, de confianza, familiar o quasi-familiar, a que al principio hacíamos referencia como posibles motivadores del precepto.

Al referirse el artículo 73 citado al supuesto de "sociedad civil", tratándose de casos en que la finalidad ha de ser forzosamente mercantil, indicábamos más arriba que aludía, sin duda, a las sociedades constituidas sin cumplir los requisitos del Código de Comercio, y más concretamente, pensamos, al caso previsto en el artículo 1.669 del propio Código civil, según el cual "no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de ellos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes". Rige aquí en toda su plenitud el viejo principio *nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*; se trata de una mera unión contractual de varias personas, que no alcanza la categoría de entidad jurídica independiente, ni llega siquiera a constituir un patrimonio propiamente social⁷. Claro está que en este caso no podría nunca hablarse de subarriendo, y mucho menos de cesión o traspaso, ya que las relaciones internas de los socios para nada interesan al arrendador, que es un tercero frente a ellos, a este respecto. Lo que ya aparece más dudoso es que sea de aplicación el repetido artículo 73 a las llamadas asociaciones

7. BRUNETTI: *Trattato del diritto delle società. Parte generale, Società personali*, Milán, 1946, págs. 327 y 328.

de cuentas en participación, dada la peculiar configuración de esta especie de contrato.

3.^a *Problemas de derecho transitorio.*—El caso resuelto en la sentencia se produjo, como hemos visto, con anterioridad a la publicación de la Ley, y anteriormente, también, se dedujo la oportuna demanda de desahucio. Ninguna duda existe acerca de la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria, al amparo del artículo 14^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en aquellos casos que puedan producirse con posterioridad a la publicación de la misma. El problema se plantea en relación con aquellos otros producidos con anterioridad a tal publicación, pero en que las demandas hayan de producirse posteriormente a ésta. La Disposición transitoria 27.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos deroga todas las disposiciones especiales dictadas en materia de arrendamientos urbanos, con lo que no cabe hablar de una posible *ultraactividad* de los Decretos de 1931 y de 1936; y la Transitoria 13.^a niega efecto retroactivo a las prescripciones del capítulo XI, que es precisamente el que se refiere a las causas de resolución de los contratos de arrendamiento urbano. ¿Habremos de inferir de aquí que todas las cesiones o traspasos y subarriendos operados con anterioridad deberán estimarse convalidados al no haberse planteado oportunamente las correspondientes demandas de desahucio?

Esta parecería ser la lógica solución de no existir la Disposición transitoria 2.^a, que al confirmar, en las condiciones que indica, los subarriendos en que concurren las circunstancias exigidas en su párrafo primero, parece bien a las claras indicar que en los restantes casos será procedente pedir la resolución de los contratos por tal causa; por las mismas razones estimamos que los traspasos, cuando sean ilegales, no deben entenderse consolidados por la publicación de la Ley. El motivo de no haber el legislador aplicado la norma de la Disposición transitoria 2.^a a las cesiones y traspasos obedece, sin duda, a que, significando éstos una verdadera novación del contrato, al ser sustituida la persona del arrendatario, no parecía justo mantener el mismo criterio que en los supuestos de subarriendo, en que la persona y responsabilidad del arrendatario-subarrendador perdura, de donde se sigue que no fué su intención convalidar las referidas situaciones.

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

2. Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de retracto con arreglo al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935

(SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1948)

ANTECEDENTES.—Don A. V. F. y don A. y don M. V. CH. entraron en negociaciones con los propietarios de una finca rústica, a la sazón arrendada a don J. y don L. R. V., con el fin de comprarla. Siendo dicha compra todavía sólo un propósito o un proyecto, los señores V. CH. y V. F.

comunicaron a los arrendatarios estas posibilidades de adquisición. Así las cosas, el 14 de febrero de 1946, por medio de documento privado, se concluyó el contrato de compraventa por el precio de 200.000 pesetas, de las que se entregaron a cuenta 50.000, conviniéndose especialmente comunicar la operación a los arrendatarios, lo que se efectuó una semana después. Transcurre el tiempo y con fecha 26 de septiembre de 1946 se otorgó la escritura pública correspondiente al contrato celebrado, con la variante de que en la misma se consignó en concepto de precio una cantidad inferior a la reflejada en el documento privado. De nuevo, los compradores, bien que de palabra enteraron a los arrendatarios de la escritura otorgada. Siguiendo normalmente el proceso de formalización de la transmisión, se inscribió ésta en el Registro de la Propiedad con fecha 13 de noviembre de 1946. Los arrendatarios, que hasta entonces no habían mostrado ningún interés por la operación, el 9 de diciembre de 1946, o sea antes de transcurrir un mes de la inscripción en el Registro, presentaron demanda de retracto, alegando que era ésta la que les había revelado la existencia de la transmisión y que, aun prescindiendo de tal extremo derecho, toda vez que no había mediado notificación, la inscripción era el punto de arranque para el ejercicio de la acción de retracto. En la contestación a la demanda los señores V. F. y V. CH. alegaron fundamentalmente la excepción de prescripción, diciendo en síntesis que el contrato de compraventa se había celebrado a virtud del documento privado de 14 de febrero de 1946, no teniendo la escritura pública sino el carácter de formalización de aquél, que tanto a raíz de uno como de otro acto los arrendatarios habían tenido noticias de su existencia y contenido; que respecto del primero habían transcurrido ocho meses y respecto del segundo dos meses y medio, y que mediando tal conocimiento y habiendo transcurrido ese tiempo, la posterior inscripción no podía servir para determinar el cómputo del plazo a los efectos del ejercicio de la acción de retracto.

Tanto la sentencia de Primera Instancia como la de Segunda Instancia acogieron la excepción aducida por los demandados, declarando, en su consecuencia, que no procedía acceder a la pretensión de retracto.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Autorizado por la causa cuarta de la norma séptima de la tercera disposición transitoria, apartado A de la Ley de 28 de julio de 1940, por estimar la concurrencia de manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la resultancia de la documental obrante en autos. Se argumenta en este motivo que aun habiendo de admitir como cierto que los actores tuviesen conocimiento del hecho de haberse otorgado la escritura de 26 de septiembre, cuyo contenido no les fué notificado, queda plenamente acreditado el error del fallo recurrido, pues al haber variantes en algunas de las condiciones esenciales entre dicha escritura y el contrato privado primitivo, el conocimiento del contenido del primero no implica, sino que excluye el del segundo.

Segundo. Autorizado por la causa tercera de las normas de la legislación especial de arrendamientos rústicos indicadas en el motivo precedente. Se aduce injusticia notoria por infracción del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y de la doctrina legal establecida, entre otras, en las sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 14 de mayo y 2 de diciembre de 1941, 21 de noviembre de 1945 y 6 de febrero de 1946. El motivo se articula con independencia del primero y se razona sobre la base de considerar que, aun admitiendo que los actores tuvieran conocimiento perfecto de las condiciones esenciales de la escritura de 26 de septiembre de 1946, es decir, de su íntegro contenido, desde el momento en que no resulta que hubiera sido obtenido tal conocimiento a través de una efectiva notificación, la sentencia recurrida—se afirma—infringe el artículo 16, ya que el cómputo del plazo lo hace derivar del momento del conocimiento por cualquier medio, y debió de hacerlo arrancar precisamente del acto y momento de la inscripción.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que de dos modos dió a conocer la Ley de 1940, en la causa cuarta de las enunciadas en la norma séptima de la disposición transitoria tercera, cuál había de ser el criterio de los recurrentes en revisión y el del Tribunal que debía decidir para impugnar aquéllos y rectificar éste el juicio de prueba merecido al Tribunal de instancia; exige notoria injusticia en la estimación de la prueba y que el error se acremente por la resultancia documental o pericial del pleito: ni uno ni otro de tales requisitos se cumple en el caso de autos. La Sala de instancia no se limita a hacer suyo el juicio vertido en los Considerandos que acepta de los del Juzgado, sino que los perfeccionó en el sentido de puntualizar todos aquellos pormenores que revelan su plena convicción de que los demandantes, porque así se lo hicieron saber los otorgantes de la venta, conocieron íntegramente, en todo momento, de modo cabal, la génesis, la evolución y la consumación de aquélla, no obstante lo cual, dejaron transcurrir con exceso el plazo legal para retraer, contado desde el tiempo en que se le hizo saber. La certificación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de 26 de septiembre de 1946, único documento en que los recurrentes se fundan para demostrar el error origen de notoria injusticia que a la sentencia achacan, nada contrario dice a las concluyentes afirmaciones que la Sala estima probadas; según ellas, "los demandantes en todo momento, no ya después de celebrar el contrato de 14 de febrero de 1946, sino con anterioridad a esta última fecha, tuvieron conocimiento de la transmisión que se iba a realizar, y de lo que medió después de que las partes interesadas estuvieron conformes sobre la venta de la finca que por los mismos se pretende retraer, *hasta el punto de que los vendedores pusieron en su conocimiento, con todo detalle, la celebración del contrato de tal fecha, al igual que hicieron los demandados, cual se deduce de lo que en los autos consta, y ese conocimiento, que fué perfecto a raíz de tan expresada fecha, vuelven a tenerlo al otorgar la escritura pública ante el Notario de Mérida Sr. Valverde el 26 de septiembre de 1946*, por lo que el conocimiento de la venta que ha de ser completo no puede ser puesto en duda en el caso presente, dado que de la prueba practicada en este procedimiento se infiere de modo inequívoco que los actores, a partir de 14 de febrero de 1946, tuvieron conocimiento de la transmisión que se había operado a favor de los Sres. Va hondo de la Dehesa Cachafre y Retamales del término de Mérida.

Segundo. Que si los demandantes, instruidos por vendedores y compradores, tuvieron conocimiento cabal y exacto de todos los hechos anteriores y posteriores a 14 de febrero de 1946 relacionados con los causales de la demanda, tal como se relatan en la Consideración precedente; si en 26 de septiembre de 1946 supieron también el otorgamiento y contenido de la escritura de tal fecha, y si hasta 11 de diciembre de dicho año no presentaron su reclamación retractual, evidentemente ésta inicia su actuación jurídicoprocursal después de transcurrido el mes siguiente a la fecha de en que a los demandantes se les hizo saber con todo detalle la venta y sus condiciones, cuya rescisión han pretendido, con olvido del plazo señalado improrrogablemente para tal fin en el párrafo 4º del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Tercero. Que de dos modos cumple analizar el tema propuesto en el segundo motivo de revisión: uno, desde el punto de vista general de la influencia del tiempo en la génesis y extinción de los derechos; otro, en la concordancia de tal doctrina con el modo como se aplica en el párrafo 4.^o del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Cuarto. Que el derecho a retraer finca rústica arrendada, que el artículo 10 otorga al arrendatario, es de suyo renunciable; rige, pues, para él el principio y sus naturales consecuencias, del "abandono del derecho" cuando no se utiliza dentro del plazo condicionador de su subsistencia; rige también el otro fundamento jurídico-racional de la influencia del tiempo en la biología de las relaciones jurídicas, cual es la de que el régimen del derecho de o a la propiedad no puede quedar en situación equívoca, indefinida por tiempo indeterminado; las consecuencias de ambos principios las recogen los artículos 1.930, 1.935, 1.961, 1.969 y concordantes del Código civil.

Quinto. Que el estudio del segundo de los aspectos atrás aludidos ofrece las siguientes observaciones: 1.^a Nada hay en el artículo 16 de la Ley de 1935 que ni directa ni indirectamente se oponga a la doctrina recogida en la consideración precedente. 2.^a Para todo caso, fija en un mes la vida inestable de la acción retractual arrendaticia. 3.^a La alusión a tres supuestos, a saber, de notificación de venta, falta de ella sin inscripción y falta con inscripción, coincide en un punto común, cual es el de que la Ley busca siempre el modo como ha de vivir en su artículo 16 el precepto del 1.969 del Código civil, y esa búsqueda concluye en dichos tres supuestos en el *conocimiento* por el arrendatario de las condiciones subrogables del caso; a saber, *conocimiento* transmitido directamente por el comprador; *conocimiento* indirectamente adquirido por cualquier otro medio de información; *conocimiento impuesto* (éste en algún modo ficto) por la nota de publicidad que caracteriza los actos presididos por la Ley del Registro de la Propiedad. 4.^a Es, pues, el día "en que la acción pudo ejercitarse (artículo 1.969 del Código civil), por conocer el arrendatario la extensión de su posible subrogación (art. 16 de la Ley de 1935), aquél en que comienza el plazo retractual. 5.^a El citado artículo 16 no da preferencia al modo de conocer, sino que *resuelve cuando* el arrendatario *conoció*, para fijar en ese momento cognosciente el inicial de la acción de retracto. 6.^a El hecho de haberse omitido por el comprador la notificación directa de su adquisición al arrendatario no autoriza a éste para dar permanencia indefinida a una situación jurídica que el legislador quiso que no subsistiera más de un mes después de conocida con todas las circunstancias, que hagan posible el ejercicio de la acción adecuada. 7.^a El conocimiento de los datos necesarios para entablar la acción de retracto adquirido por cualquiera de las tres modalidades antes aludidas, tomado como único momento inicial del plazo para retraer, presta a la Ley, mediante las oportunas declaraciones judiciales tomadas del juicio de prueba de hechos en el pleito ocasión suiciente para imponer su dominio ante la pasividad del comprador que omitió notificar la compra y la del arrendatario remiso en ajustar sus iniciativas al plazo legal, cortando—mejor aún—impidiendo que tal plazo pueda actuar extintiva o adquisitivamente, subordinándolo a efugios ideados por cualesquier

ra de los interesados con fin *contra-ley*. 8.^a La tesis contraria a la que se propugna conduciría a la conclusión, inadmisible por injusta y contraria, al derecho expresado en el párrafo 4.^o del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y sus fundamentos doctrinales, de admitir la subsistencia del plazo retractual para el arrendatario de quien se hubiese probado cumplidamente en juicio que había leído—oficiosamente si se quiere—una copia de la escritura pública de venta no inscrita, sin que tan cumplido conocimiento afectara a dicho pazo porque no hubiera obedecido a un acto del comprador. 9.^a La subsistencia del repetido plazo no puede considerarse como sanción impuesta al comprador que no notificó, porque la lectura del último inciso del párrafo 4.^o del comentado artículo 16 enseña que no es posible tal interpretación, pues alude al caso en que el comprador hubiere dejado de notificar e inscribir, no obstante lo cual, manda que el “conocimiento” inicie el plazo para retraer.

Sexto. Que si *notificar* equivale en sentido gramatical y lógico a “hacer saber” (*facere-notum*), en el caso de autos, según el juicio de prueba, vendedores y compradores de la finca objeto del pleito, hicieron saber en todo momento a los demandantes, no sólo la venta, sino todas y cada una de sus singularidades; en este sentido, y puesto que la Ley no exige forma predeterminada para la notificación a que se refiere el párrafo 4.^o del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, ha de concluirse que los arrendatarios demandantes han sido *notificados* de la evolución íntegra de la aludida venta, y no obstante ello exigieron su rescisión a título de retrayentes cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de un mes computado desde el conocimiento de la transmisión dominical, adquirido, no sólo por las relaciones de estrecho parentesco que entre todos mediaban y que para el caso en litigio han sido causa de que las gestiones que condujeron a la consumación del negocio no hayan sido ocultas entre ellos, sino, y muy singularmente, porque, como antes se dice, compradores y vendedores *hicieron saber* a los arrendatarios cuanto éstos necesitaban conocer; por eso, con acierto, dice la Sala sentenciadora, tomándolo de la sentencia de primera instancia al tener por reproducidas sus consideraciones (salvo la que exceptúa), que en el análisis de la prueba se propone “poner bien de manifiesto que no estamos en presencia del típico arrendatario a quien se le oculta la venta para burlarlo en sus derechos, sino, muy por el contrario, en enfoque de un caso en el cual los retrayentes acuden al retracto cuando estiman conveniente...”

FALLO.—No ha lugar.

C O M E N T A R I O

1. Esta sentencia afronta, aparte de otros, el problema fundamental de determinar el criterio a seguir en orden al cómputo de plazo para el ejercicio de la acción de retracto con arreglo al artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

En principio, y aun prescindiendo de la certeza intrínseca de la interpretación que propugna, hay que reconocer a la sentencia dos singulares

merecimientos. Uno de ellos es que el juzgador no ha elegido el modo más cómodo y menos comprometido de resolver la cuestión que se le sometía, como muy bien pudo hacerlo, ya que en el caso debatido, por más que no llegara a proclamarlo de una manera expresa la sentencia recurrida, hubo una verdadera notificación de la transmisión—como establece en el Considerando sexto la anotada—; y con esta sola declaración bastaba para la adecuada resolución de la litis, sin necesidad de penetrar en los pormenores y fundamentaciones que se contienen en el Considerando quinto. El otro mérito de la sentencia—y de ahí su gran importancia—es que ha venido a aclarar una directriz jurisprudencial que, si al cabo de ciertas vacaciones iniciales ya se había insinuado, no estaba suficientemente perfilada y razonada con la generalidad y reiteración convenientes; al propio tiempo que rectifica posiciones doctrinales inspiradas en criterios distintos.

2. El artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, como es sabido, introdujo en nuestro sistema el retracto arrendatario rústico. De todos los retractos legales, por razones fácilmente comprensibles, es el que mayor vitalidad ha logrado. Probablemente, ahora le irá a la zaga el introducido por la nueva legislación especial de arrendamientos urbanos.

El artículo 16 establece, en primer término y a los efectos del retracto en él reconocido, que podrá ejercitarse el arrendatario “en todo caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, porción determinada o de participación indivisa de la misma” (párrafo 1º). Y para ordenar tal ejercicio, punto esencialísimo y delicado en la materia, prescribe que “el vendedor tendrá obligación de notificar al comprador el arrendamiento” (párrafo 2º). Esta misma obligación—sin más diferencia que no preceptuar ningún requisito de forma en cuanto al cumplimiento, ya que en el supuesto anterior se exige la copia autorizada del contrato—se extiende al adquirente con respecto del arrendatario. “El comprador, por su parte—dice el párrafo 3º—, tendrá obligación de notificar al arrendatario la compra de la finca o fincas arrendadas”. Mientras la obligación de notificar que incumbe al vendedor respecto del comprador tiene principalmente la finalidad de no sustraer a su conocimiento un dato que puede ser de sumo interés para la decisión e inclinación de su voluntad, en orden al negocio transmisible, la obligación de notificar por parte del comprador al arrendatario ya cumple una función más concreta, directamente relacionada con el ejercicio de la acción de retracto; y en su virtud, el propio párrafo 3º señala que se establece para que el arrendatario “pueda ejercitarse el derecho de retracto que autoriza el párrafo anterior”, lo cual podrá efectuar dentro del plazo de un mes, a contar de la fecha de la notificación del comprador”. Así queda señalada la primera raíz del cálculo—sin que ello, como luego veremos, implique una jerarquización—para el ejercicio del derecho. Pero el legislador hubo de prever—y la práctica ha dado buen refrendo a dicha previsión—que ninguna de ambas obliga-

1. No es, en rigor, el inmediatamente anterior, sino el otro, es decir, el primero del artículo, por lo que la dicción no es gramaticalmente perfecta. El giro puede obedecer a que en la primera redacción los párrafos 2º y 3º constituyeran uno solo.

ciones de notificar, y especialmente la segunda, se cumpliera. Y, ante tal posibilidad, en el párrafo 4º del artículo 18, se prescribe lo siguiente: "Si el vendedor de la finca no diera cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificare la compra al arrendatario, este último conservará el derecho al retracto durante un mes, a partir de la fecha de la inscripción de la escritura de compra en el Registro de la Propiedad, o, en su defecto, a la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión".

3. Los dos problemas principales que ha suscitado el artículo 16, por lo que se refiere al cómputo del plazo, son éstos: si el incumplimiento de la obligación de notificar por parte del comprador mantiene viva la acción de retracto hasta que se efectúe la inscripción, aunque se conozca por cualquier otro medio extraregistral la transmisión; y si ese conocimiento por cualquier otro medio ocupa siempre un último lugar, en defecto de la notificación y de la inscripción, como modo de conocer y raíz del cómputo. Ambos problemas, en realidad, se resuelven en uno: si el artículo 16 contiene o no una ordenación jerárquica de los diversos modos de conocer la transmisión.

4. La inicial postura de la jurisprudencia parece que tiende a buscar una sanción al incumplimiento de la obligación de notificar. Dominada por esa idea de la sanción se inclina a hacer persistir la acción de retracto; si bien considera oportuno no llevarla más allá de la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad. La consecuencia es que, no mediando notificación, el conocimiento por cualquier otro medio que no sea el registral, carece de relevancia. El retrayente puede permanecer en esa actitud sin que transcurra el plazo para el ejercicio de la acción, ni consiguientemente, se extinga. Esta directriz la reflejan con claridad las sentencias de 13 de mayo de 1940 y de 12 de mayo de 1941. Así, en la primera de las sentencias citadas se dice literalmente que "el modo cual va impuesto notificar la compra al arrendatario, para que éste pueda ejercitarse el derecho de retracto, clama por la persistencia de éste mientras aquella penda; mas si ello fuere exagerado por antitético del efecto publicitario de la inscripción en el Registro de la Propiedad, cabe admitir ceda ante la fecha de ésta, pero no también ante las del conocimiento por cualquier medio, pues de sobreponerse ésta a la primera, sería ocioso haberlo establecido con el propósito que revela, y no debe pensarse que la Ley se nutra de puerilidades". Igualmente se indica que "no es dable aceptar que cuando el comprador incumpla esa obligación resulte favorecido respecto a quien la cumpliera".

Una cierta rectificación y atenuación del criterio jurisprudencial expuesto, parece percibirse en la sentencia de 2 de diciembre de 1941. Ciento que en ella, como tesis general, se establece una jerarquía entre los tres modos de conocer la transmisión; y que el conocimiento por cualquier medio se entienda que ocupa siempre el último lugar, entrando en juego sólo en defecto de la inscripción. Pero el caso a que se refiere la sentencia ya no se resuelve en el sentido de estimar que, como consecuencia de lo predicho en términos generales y de lo establecido en las anteriores sentencias, el

retrayente pudiera permanecer en el conocimiento de la transmisión por cualquier medio, en espera del derivado de la inscripción. Este problema se zanja, con relación al supuesto debatido, considerando que el conocimiento no fué cabal y completo. Como exponente de lo indicado, cabe citar la siguiente afirmación contenida en uno de sus Considerandos: "como quiera que la acción aparece ejercitada dentro del plazo de un mes a partir de la inscripción, es notorio que no prescribió, sin que a tal estimación se oponga el hecho de que los retrayentes supieron o conocieron la venta con anterioridad a tal inscripción, porque a los efectos del cómputo del plazo, este conocimiento de la venta por cualquier medio sólo puede ser tenido en cuenta, tratándose del ejercicio de una acción de retracto que deban entablar todos los arrendatarios o aparceros de la finca, cuando también todos y cada uno de ellos conste conocieron la venta con todos los detalles esenciales de la misma".

El criterio que con alguna timidez apunta la sentencia de 2 de diciembre de 1941, se concreta y desarrolla en resoluciones posteriores. Así como en un principio trató de señalarse una sanción a la falta de notificación, luego la sanción se ha enfilado más bien contra aquellas conductas abiertamente dirigidas a la ocultación de la transmisión, sin que, sin embargo, tal ocultación se derive del solo hecho de no notificar. Se ha dado un tono de excepcionalidad al conocimiento por cualquier otro medio, exigiéndose que fuese completo y exacto; pero sin llegar a proclamar, como antes, que sólo actuase en defecto de la inscripción. Como ejemplo de esta trayectoria puede citarse la sentencia de 21 de noviembre de 1945.

Sin embargo, quedaban por aclarar algunos puntos que son objeto de decisión en la sentencia de 22 de abril de 1946, en la que se contará desde la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión, locución que no tendría significado alguno si el derecho del retrayente persistiese mientras la inscripción no se verifique, lo que supondría mantener indefinidamente la falta de seguridad del título del mueble transmitido". En esta sentencia aparece notablemente fortalecido el conocimiento por cualquier otro medio. Según ella, no le es dado al retrayente permanecer en él hasta tanto se produzca la inscripción en el Registro.

La sentencia anotada abunda en esta última directriz; pero contiene un estudio más profundo y de conjunto de tales cuestiones. Son dignas de resaltar las siguientes declaraciones: a) que "el artículo 16 no da preferencia al modo de conocer, sino que resuelve cuándo el arrendatario conoció, para fijar en ese momento cognoscente el inicial de la acción de retracto"; b) que "el hecho de haberse omitido por el comprador la notificación directa de su adquisición al arrendatario, no autoriza a éste para dar permanencia indefinida a una situación jurídica que el legislador quiso que no subsistiera más que un mes después de conocida con todas las circunstancias que hacen posible el ejercicio de la acción adecuada; c) que "el conocimiento de los datos necesarios para entablar la acción de retracto, adquirido por cualquiera de las tres modalidades antes aludidas, tomando como único momento inicial del plazo para retraer, presta a la Ley, mediante las oportunas declaraciones judiciales tomadas del juicio

de la prueba de hechos en el pleito, ocasión suficiente para imponer su dominio ante la pasividad del comprador que omitió notificar la compra, y la del arrendatario remiso en ajustar sus iniciativas al plazo legal, cortando—mejor aún—impidiendo que tal plazo pueda actuar extintiva o adquisitivamente, subordinándolo a refugios ideados por cualquiera de los interesados con fin *contra ley*"; d) que "la tesis contraria a la que se propugna conduciría a la conclusión, inadmisible por injusta y contraria al derecho expresado en el párrafo 4.^o del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y sus fundamentos doctrinales, de admitir la subsistencia indefinida del plazo retractual para el arrendatario de quien se hubiese probado cumplidamente en juicio que había leído—oficiosamente si se quiere—una copia de la escritura pública de venta no inscrita, sin que tan cumplido conocimiento afectara a dicho plazo porque no hubiere obedecido a un acto del comprador"; y e) que "la subsistencia del repetido plazo no puede considerarse como sanción impuesta al comprador que no notificó, porque la lectura del último inciso del párrafo 4.^o del comentado artículo 16 enseña que no es posible tal interpretación, pues alude al caso en que el comprador hubiere dejado de notificar e inscribir, no obstante lo cual, manda que el "conocimiento" inicie el plazo para retraer".

5. A nuestro juicio, esta conclusión a la que, luego de algunos tanteos, ha llegado la jurisprudencia y que tiene su más acabado exponente en la sentencia anotada, constituye la más correcta interpretación de los párrafos 2.^o y 4.^o del artículo 16.

El propugnar la persistencia de la acción de retracto, no mediando inscripción, como medio de encontrar una sanción a la obligación de notificar, haciendo caso omiso del conocimiento obtenido por otro conducto, no parece admisib'e, ni desde el punto de vista de las consecuencias a que conduciría, ni tampoco desde el punto de vista de la interpretación propiamente dicha. Dice bien el juzgador que ese incumplimiento no autoriza para dar permanencia a una situación indefinida. Como en nuestro Derecho la inscripción no es obligatoria, de no sustentarse la tesis que recoge la sentencia, la acción de retracto podría mantenerse viva durante un tiempo que, en principio y en contra de fundamentales postulados jurídicos, podría ser interminable. La sanción, con ello, vendría a ser, no sólo desproporcionada respecto de la infracción legal, sino inadecuada por antieconómica y contraproducente. Se produciría, con relación a la finca, una situación de inseguridad; perjudicial, sí, para el que incumplió; pero también para la finca objetivamente considerada y para posibles adquirentes e incluso para los propios titulares del derecho de retracto. Aun cuando quepa reputar como no ajustada a derecho la conducta del comprador que deja de cumplir la obligación de notificar, la sanción no puede llevarse hasta ese extremo, sobre todo cuando se interfiere otra conducta que tampoco es digna de tutela, como sucede con la del arrendatario que, conociendo perfectamente la transmisión, permaneciera en actitud expectante hasta la inscripción. Con ello se vendría a crear un conflicto entre dos ejercicios abusivos del derecho, sin ningún fin práctico: el abuso del derecho en que se traduciría el no inscribir por parte del comprador, y el

abuso del derecho en que se traduciría asimismo el no ejercicio del retracto hasta que se causara la incierta inscripción, aun conociendo la transmisión, por parte del retrayente. Además, la idea de la sanción—y más aún de la sanción *ex lege*, con tan graves y contradictorias consecuencias—no puede considerarse como dominante en el seno de las relaciones jurídico-civiles, aun cuando en este caso aparezcan matizadas de cierto contenido social.

Por otro lado, en el estricto terreno de la interpretación, se impone igual resultado. El incumplimiento de la obligación de notificar es previsto por el legislador; y la consecuencia jurídica que se incorpora, de una manera expresa y concreta, es sencillamente la de dar entrada a otros medios de conocer lo que se ha ocultado, haciendo nacer, a partir de nuevas raíces de cómputo, la acción de retracto. Y con esto basta. Así queda suficientemente tutelado el ejercicio del derecho del arrendatario y superpuesta la acción de la Ley a la del que no ha querido colaborar con ella. Pero no es preciso más para que venga restablecido el imperio de la norma.

6. Con lo anteriormente expuesto, queda justificado que la ausencia de notificación no puede engendrar la concesión de una preferencia a la inscripción como raíz del cómputo. Sin embargo, si sólo fuera esto lo que se afirmase, el problema no vendría resuelto del todo. Independientemente del influjo de la obligación de notificar, es necesario establecer en qué relación se encuentran entre sí el conocimiento registral y el obtenido por cualquier otro medio. También es afortunada la posición de la sentencia cuando considera que no hay preferencia alguna entre ambos más que la derivada de la prioridad en el tiempo.

Si bien con lo indicado antes ya se lleva mucho adelantado en el desarrollo de este problema, conviene realizar un estudio más detenido. El párrafo 4.^º del artículo 16 prevé dos formas, con arreglo a las cuales puede tener lugar el conocimiento de la transmisión origen del retracto. Una es amplia, genérica: el conocimiento que por cualquier medio obtenga el retrayente. La otra es concreta, estricta: el conocimiento obtenido a través de la inscripción. El primer supuesto es imposible por su amplitud determinarlo positivamente; todo conocimiento que no proceda de la notificación ni de la inscripción es el que se obtiene por cualquier otro medio. El segundo supuesto, en cambio, está determinado de una manera positiva: es el registral. Mientras la existencia del conocimiento en el primer caso estará sometida a las reglas generales de la prueba, en el otro caso constituye una excepción a aquellas reglas generales, en cuanto que el principio de publicidad funda la presunción "iuris et de iure" de que lo que consta en el Registro es conocido por todos. La circunstancia por meramente sintáctica, accesoria—de que el párrafo 4.^º mencione en primer término la inscripción en el Registro, podría conducir a pensar en un análisis muy superficial del problema, que esta inscripción tiene un carácter preferente como base del conocimiento, respecto del obtenido por cualquier otro medio. Pero no es así, como reconoce la sentencia. La mención en primer lugar de la inscripción no significa el establecimiento de una jerarquía. La única preferencia que encierra el conocimiento registral es aquella que le otorga su más sólida consistencia probatoria por el funcionamiento de la

presunción "iuris et de iure"; de suerte que si no pudiese probarse que hubo conocimiento por otro medio, siempre habría que tener en cuenta, con todo su valor, el derivado de la inscripción. Pero su alcance no es otro.

Matizando más el examen del párrafo 4.^º del artículo 16, que tiene como presupuesto general que no haya notificación, puede llegarse a la siguiente construcción de los dos supuestos: *a)* que haya inscripción en el Registro de la Propiedad y que no exista conocimiento por otro medio cualquiera, o bien que en este conocimiento no permanezca el retrayente durante más de un mes contado desde su obtención hasta el momento de presentar la demanda; *b)* que no haya inscripción en el Registro de la Propiedad y que exista, en cambio, un conocimiento por cualquier otro medio de haberse operado la transmisión. Cada uno de ambos supuestos están en reacción, no conjuntiva ni de subordinación, sino alternativa y de coordinación. Cada uno de ellos origina el "dies a quo" de un plazo para el ejercicio de un derecho, pero el plazo es único y el derecho se ostenta por una sola vez. No caben dualidades (un mes a contar de cada una de las dos raíces de cómputo) ni prórrogas indefinidas (la fecha de la inscripción con un previo conocimiento de la transmisión). Por consiguiente, "en defecto" de la inscripción, quiere decir en defecto de aquella que ha dejado de producirse con eficacia respecto del retracto cuando se anticipa el conocimiento por otro medio.

7. En apoyo de la solución que propugna, cuida la sentencia de invocar y aplicar algún precepto general del Código civil, tal como el contenido en el artículo 1.969, según el cual el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse. Se justifica perfectamente esta manera de proceder en razón de lo establecido en el artículo 16 del propio Código, es decir, dado el carácter de Derecho general que corresponde al del Código civil.

Aunque la sentencia nada dice, en este orden de ideas interesa también recordar la fundamental analogía que existe entre el párrafo 4.^º del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y el artículo 1.524 del Código civil. La especialidad que ofrece la legislación de arrendamientos rústicos acerca del ejercicio del derecho de retracto y del cómputo del plazo, radica sólo en el establecimiento de la obligación de notificar y en la extensión del plazo de nueve días a un mes (aparte, claro, de la mayor amplitud de las enajenaciones que puede comprender). Pero no mediando notificación, bien puede afirmarse que el citado párrafo 4.^º del artículo 16 acoge el mismo sistema para el cómputo que el artículo 1.524 del Código civil, cuando establece que los nueve días se "contarán desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta".

Consiguentemente, el artículo 1.524 hubo de plantear en su día la misma cuestión que luego ha venido a plantear el párrafo 4.^º del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935. Y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo lo resolvió en análogo sentido a como ahora lo resuelve la Sala Quinta, por más que no invoque el antecedente legal ni el jurisprudencial. Como prueba de lo indicado, pueden citarse las sentencias

de la Sala Primera de 26 de noviembre de 1900, 10 de octubre de 1901, 21 de mayo de 1902 y 14 de diciembre de 1905. La última es la más contundente y concreta. En ella se afirma que "es principio fundamental regulador para la prescripción de toda clase de acciones que el tiempo para su ejercicio ha de contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, y como el de retracto legal nace desde que se realiza la venta de la cosa común o de la heredad condante, es manifiesto que al establecer el artículo 1.524 del Código civil que los nueve días marcados para el derecho de retraer se han de contar desde la inscripción en el Registro de la respectiva escritura y, en su defecto, desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta, no es que haya establecido para todos los casos de inscripción la fecha de ésta como punto de partida para contar los nueve días, sino sólo para aquél en el que por no poder acreditar si el retrayente tuvo o no noticia de la anterior venta, se hacía preciso para la seguridad de la propiedad establecer una presunción *iuris et de iure* del conocimiento basado en la publicidad del Registro, siquiera en la realidad pueda suceder que pase inadvertida dicha inscripción, pues de otra suerte se daría más importancia a una mera suposición de la Ley que al hecho real y efectivo del conocimiento de la venta cumplidamente acreditado, se infringiría el principio fundamental antes expuesto y se podría dar lugar a perturbaciones innecesarias en la transmisión de la propiedad antes de que la inscripción se realice, no teniendo por lo mismo la reforma del Código, respecto de este extremo, con relación a los preceptos anteriores de la Ley de Enjuiciamiento civil, más alcance que el de modificar la prescripción absoluta del núm. 1.^º del artículo 1.618 de la misma". Con esto, las dudas que un día existieron quedaron despejadas; y así, la sentencia de 24 de junio de 1927 habla ya de los "claros preceptos del Código civil".

8. Abonan también la interpretación propugnada la naturaleza jurídica y la función del derecho de retracto. El tanteo y el retracto constituyen juntamente la figura—sin duda la más caracterizada en nuestro ordenamiento jurídico—de los derechos reales de adquisición; son unos derechos de formación o modificación en cuanto que el titular puede dar lugar, por sí, a la producción del efecto jurídico. Tanto uno como otro representan un derecho preferente a la adquisición, bien cuando todavía no se ha efectuado—tanteo—, bien cuando acaba de efectuarse—retracto—. Afectan esencialmente al acto transmisor. De ahí la brevedad de los plazos para el ejercicio de las acciones correspondientes. Por eso ha podido decirse con acierto que no son propiamente dos derechos independientes, sino más bien dos oportunidades distintas para el ejercicio del mismo derecho, con igual finalidad y naturaleza: la adquisición preferente. Algo semejante reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1901, cuando afirma que "si bien las palabras tanteo y retracto no son rigurosamente sinónimas en el concepto de tener idéntica significación jurídica para el ejercicio de ambos derechos, está fuera de duda que el tanteo, cuando se usa este vocablo en nuestras Leyes, comprende genéricamente ambos derechos, por tener igual finalidad, o sea la prefe-

rencia que concede en determinados casos a algunas personas para adquirir por el mismo precio la cosa vendida".

Esto sentado, constituye un nuevo argumento para demostrar que si el párrafo cuarto del artículo 16 se interpretara en el sentido de que, aun mediando un conocimiento extra-registral, el retrayente pudiera ampararse en la necesidad del conocimiento registral, se daría tal dimensión a los plazos del retracto que éste, en lugar de ser un derecho preferente a la adquisición, se convertiría en una insistente limitación del derecho de propiedad, sometiéndole indebidamente a la posibilidad de una revocación. Guardaría, en suma, mayor semejanza con la expropiación que con lo que el retracto es en sí mismo. Además, en vez de servir el precepto la tendencia inspiradora de la legislación inmobiliaria, cual es la de facilitar el acceso de la propiedad y los derechos reales al Registro, cumpliría exactamente la función contraria, pues sabiendo los adquirentes de fincas rústicas arrendadas que la inscripción podría determinar la posibilidad de un nuevo ejercicio del derecho de retracto por parte de aquellos que, habiendo tenido conocimiento de la transmisión durante el plazo marcado, se hubieran abstenido, es lógico que los adquirentes rehuyesen o mirasen con recelo acudir al Registro, lo que, por otro lado y en todo caso, se traduciría en la desventaja de no acogerse al régimen de seguridades que representa.

9. Y por último, sostener que si el retrayente tenía conocimiento de la realidad extra-registral—en este caso, de la anterior a la inscripción—pudiera, sin embargo, desconocerla a sabiendas y atenerse exclusivamente al contenido del Registro, equivaldría a proteger a quien procede de mala fe. Porque la mala fe es manifiesta cuando, constando la certeza del acto que determina el nacimiento y la extinción de un derecho, se espera a obtener ese conocimiento por otro medio, que está destinado a iluminar con la publicidad lo que puede permanecer clandestino u oculto, pero no a revelar secretos ya olvidados de puro sabidos, predisponiendo al fraude de la Ley.

Antonio HERNANDEZ-GIL
*Catedrático de Derecho Civil y Abogado
del I. C. de Madrid.*

3. La estipulación de la renta en dinero en los contratos de arrendamientos rústicos pactados con posterioridad a la Ley de 23 de julio de 1942

(SENTENCIA 10 NOVIEMBRE 1947)

ANTECEDENTES.—Por documento privado de 24 de agosto de 1945, doña María Jesús M. M. de la C., con licencia de su marido, D. Enrique G. G., de una parte, y D. Felipe V. M., de otra, formalizaron contrato de arrendamiento de la finca llamada "Majadanueva y Zanganillo", en término de Cáceres, estipulando como renta 60.000 pesetas anuales, que serían hechas efectivas en tres plazos de 20.000 pesetas, los días 31 de enero, 29 de junio y 29 de septiembre de cada año de su vigencia.

Con fecha 8 de julio de 1946 el arrendatario citó de conciliación al arrendador para que se aviniera a fijar la renta estipulada en 714 quintales y 28 kilogramos de trigo, que al precio oficial de 84 pesetas quintal métrico equivalían a las 60.000 pesetas convenidas en el contrato de arrendamiento, cuyo acto se celebró sin avenencia. En 11 del mismo mes de julio la arrendadora demandó a su vez de conciliación al arrendatario para que se aviniera a tener por radicalmente nulo el contrato de arrendamiento, por haber sido estipulada la renta en dinero en vez de en trigo, y, en su virtud, a abandonar la finca en término de veinte días, dejándola libre y expedita a su propietaria, y a devolver todos los frutos, naturales, industriales y civiles, percibidos desde el comienzo del arrendamiento, ofreciéndole, a su vez, la devolución de 20.000 pesetas que había recibido como importe del primer plazo vencido de la renta convenida, con su interés legal, que se celebró, asimismo, sin avenencia.

Por la arrendadora se formuló demanda ante el Juzgado de primera instancia de Cáceres, con pretensión análoga a la que sustentara en el acto de conciliación; se opuso el arrendatario y formuló, además, reconvencción pidiendo la fijación de la renta en trigo en los mismos términos que había interesado en el acto de conciliación de que se ha hecho referencia, y por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 1946 declarando la nulidad del contrato de arrendamiento por haberse fijado la renta en dinero y condenando al arrendatario a que dejase la finca libre y expedita a disposición del dueño, bajo apercibimiento de ser lanzado, si no lo realizaba voluntariamente en el término de veinte días, y al abono de la renta correspondiente desde el día 30 de julio de 1946 hasta el día en que abandonara el inmueble o fuera lanzado de él, en la cuantía que se fijase en ejecución de sentencia; y por la Audiencia Territorial de Cáceres, resolviendo el recurso de apelación que se interpusiera por el arrendatario y al que se adhiriera el arrendador, se dictó sentencia en 25 de abril de 1947 confirmando la apelada.

Por ambas partes se interpuso recurso de revisión, fundándolo en la causa tercera de la norma séptima, apartado A), de la tercera disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940, que apoyaron en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—A) Del arrendatario.—Primero. Por aplicación errónea del artículo 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942 e indebida de los artículos 4, 1.261 y 1.310 del Código civil; infracción, por no aplicación, del párrafo primero del artículo 1.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935 e interpretación errónea de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1945. La estipulación de la renta en dinero es un defecto subsanable, y en tanto no se subsane, produce la falta de titularidad o de acción para el ejercicio de acciones basadas en la legislación de arrendamientos rústicos.

Segundo. Infracción del artículo 1.124 del Código civil, en relación con la doctrina del Tribunal Supremo de que no puede pedirse la resolución de un contrato por quien no cumplió con lo que le incumbe, y con los artículos 1.288 y 1.285 del Código civil. El arrendador accionante es culpable de la infracción en que fundamenta su petición.

Tercero. Infracción, por falta de aplicación, de los artículos 1.310 y 1.311 del Código civil. La arrendadora, con conocimiento del vicio de que adolecía el contrato, cumplió sus obligaciones y exigió el cumplimiento de las suyas al arrendatario.

B) Del arrendador.—Primero. Infracción del artículo 1.303 del Código civil. Este artículo constituye la norma general en orden a los efectos del contrato nulo, y se aplica lo mismo a los contratos anulables que a los absolutamente nulos. La causa del contrato no es ilícita; simplemente contraría un precepto de orden público.

Segundo. Infracción del artículo 1.306 del Código civil y 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se permite al arrendatario demandado repetir las cantidades consignadas durante la tramitación del pleito en concepto de rentas vencidas durante el mismo, al declararse mal hecha la consignación y poner la cantidad consignada a disposición del demandado. No se dedujo pretensión sobre la consignación, por lo que la sentencia debió de abstenerse de hacer declaración alguna en cuanto a este particular.

Tercero. Infracción del artículo 3.^o de la Ley de 23 de julio de 1942; 4, 455 en relación con los artículos 434 y 1.945, 1.303 y 1.306, regla 2.¹, todos del Código civil. Se desconoce el derecho de la arrendadora demandante a la devolución de los frutos percibidos o debidos percibir de la finca desde el emplazamiento, concepto distinto del derecho al cobro de la renta que se fije en ejecución de sentencia.

Y el Tribunal Supremo, en sentencia, de la que ha sido ponente el Magistrado D. Gerardo Alvarez Miranda, desestima ambos recursos, en mérito a la siguiente doctrina:

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la fijación de la renta en dinero, en los contratos pactados con posterioridad a la Ley de 23 de julio de 1942, les hace incidir en vicio de nulidad por ser terminante e inexcusable la prescripción del artículo 3.^º de la Ley citada, de que se fije en trigo; y como se sostiene en las sentencias de esta Sala de 28 de mayo de 1945 y 19 de mayo de 1947 esa determinación estatal contenida en el precepto indicado, como de orden público, es superior a la voluntad de las partes, las que, al contravenirla, incurren en vicio de nulidad, que por ser sustancial y no formal, no les está permitido subsanar, y como esta es la doctrina que se mantiene en la sentencia recurrida, no sólo no puede scstenerse con fundamento que haya infringido los preceptos que se citan en los distintos motivos de recurso formalizado por la parte demandada, sino que es manifiesto el acierto con que ha interpretado tales preceptos y la clara doctrina de esta Sala, sentada en las sentencias de que se ha hecho mención, que no permite limitar las consecuencias de la infracción legal apuntada a facultar a las partes contratantes a que puedan compelirse a la fijación de la renta en trigo, porque ese sistema favorecía la realización de lo que la Ley prohíbe, burlando la finalidad que tal disposición persigue, mientras las partes contratantes lo quisieran, y ello es contrario a lo que el precepto legal pretende.

Segundo. Que por lo expuesto queda también razonado que no procede la estimación de los dos restantes motivos del recurso de la parte demandada, ya que el vicio de nulidad de que adolece el contrato celebrado, por contrario a la ley, no es subsanable por la voluntad de las partes.

Tercero. Que examinados los motivos alegados en el recurso de la parte demandante, toda vez que reconocida la nulidad del contrato celebrado, por contrario a una disposición legal, deben determinarse los efectos que tal declaración de nulidad producen, y en ese examen aparece evidenciado que no comete la sentencia recurrida el notorio error que se le atribuye en el primer motivo del recurso, ya que los efectos de la declaración de nulidad que el artículo 1.383 regula, son los de carácter gene-

ral, y salvo lo que se dispone en los artículos siguientes, como el mismo artículo establece, y en el 1.306 que la sentencia recurrida estima con acierto aplicable al caso del pleito, por ser torpe la causa del contrato, por contrario a la ley, según dispone el artículo 1.255 del Código civil, como de la ilicitud de la causa son culpables ambas partes contratantes, esos efectos de la nulidad se rigen por la regla primera de dicho artículo 1.306, que es la que el juzgador de instancia aplica, sin que al hacerlo infrinja disposición legal ninguna.

Cuarto. Que está perfectamente justificada la distinción de los dos períodos que en la sentencia recurrida se aprecian en el disfrute de la finca arrendada; uno, desde el comienzo del arrendamiento hasta el día en que el demandado fué aplazado en el presente juicio, y otro, desde este día hasta que abandone la finca o sea lanzado de la misma, y es justa y legal la solución que adopta la sentencia con respecto a cada uno de dichos períodos; en el primero, haciendo suyos el demandante las rentas percibidas y el demandado los frutos; y, por lo que se refiere al segundo período, como el asunto está en trámite judicial y el demandado continúa en la posesión de la finca arrendada, no sería justo, como dice la sentencia recurrida, que se privase al propietario de su derecho a percibir la renta, y aunque se reconoce la nulidad del contrato celebrado contra lo dispuesto en la ley, por culpa de ambos contratantes, concede la sentencia al propietario de la finca el derecho de disfrutar como compensación una renta mientras continúa el arrendatario en la tenencia de la finca, solución de perfecta equidad, que no infringe los preceptos que se indican en los restantes motivos del recurso del actor y que trata de evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes, ya que si la posesión arrendaticia continúa mientras el juicio se tramite, es justo que el arrendador perciba su renta, que el mismo arrendatario reconoce adeuda, al continuar consignando los plazos que siguen venciendo durante la tramitación, y si bien, por no haberse admitido dicha consignación por el propietario de la finca arrendada, y ser la renta pactada en dinero nula de derecho, no es admisible la condena al pago de la pactada, no puede estimarse contraria a la regla primera del artículo 1.3.6, tantas veces repetido, la solución adoptada por el juzgador de instancia de que abone la renta correspondiente desde el día del emplazamiento hasta el en que abandone la finca o sea lanzado de ella, en la cuantía que se fije en el trámite de ejecución de sentencia, resolución que aun en el supuesto que negamos, de que infringiese algún precepto legal, nunca podría decirse que tal infracción se había cometido con notoria injusticia, como sería preciso para que prosperen las causas de revisión alegadas por el demandante, por lo que debe ser desestimado el recurso por éste interpuesto.

FALLO.—No ha lugar.

C O M E N T A R I O

La doctrina de la sentencia transcrita, que tiene sus precedentes en las del mismo Tribunal de 28 de mayo de 1945, 28 de abril de 1947 y 19

de mayo de 1947, es sumamente interesante y de indudable trascendencia, tanto por el propio valor jurídico de la doctrina que establece—al parecer, por su reiteración, con carácter definitivo—, como por el ámbito de su aplicación, pues ha de ser causa o motor de múltiples pretensiones de nulidad de contratos de arrendamientos, por parte del arrendador o arrendatario que no esté muy conforme—cualquiera que sea su causa—con las condiciones económicas que voluntariamente estipularan al concertar el contrato de arrendamiento, pues por un contrario efecto al pretendido por el artículo 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, son numerosos los casos —por parte de los arrendatarios generalmente—en que las partes no han fijado la renta en la especie trigo ordenada por tal precepto legal y sí en metálico, en razón a que estimando el precio actual de tasa del trigo, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, según reza el citado artículo 3.^º de la Ley de 1942 (84 pesetas quintal métrico), sumamente exiguo y desproporcionado al aumento del coste de la vida experimentado desde que aquél se fijara, o simplemente desproporcionado al actual coste de la vida, prevén y temen un aumento del mismo, y como el arrendador en la defensa de sus derechos exige una renta en metálico proporcionada a esas circunstancias, que el arrendatario no estima injustas y sí aceptables, no quiere, sin embargo, correr el riesgo de que durante el plazo de vigencia del arrendamiento sufra el precio oficial de tasa del trigo un aumento que haga la renta sumamente gravosa e inaceptable, y de ahí que sean muy frecuentes, repetimos, los casos en que no pudiendo llegar a un acuerdo sobre la fijación de la renta en trigo, sea aceptada su determinación en metálico.

Por eso, la doctrina de la sentencia no puede ser juzgada en su sola significación jurídica, sino que ha de contemplarse en su repercusión social en el campo de las relaciones entre arrendadores y arrendatarios, que no dudamos en calificar de perturbador.

Es cierto que no es justo imputársele exclusivamente, pero al enjuiciarla no es posible olvidar que será la causa inmediata de esa perturbación que tememos. Y esa circunstancia creemos debió tenerse en cuenta al interpretar el artículo 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, de donde toma causa para, si no se desconocían principios fundamentales y básicos de interpretación, escogitar una solución que, sin perjuicio de la eficacia del imperativo precepto, armonizara los intereses en juego y atendiera a la verdadera finalidad que le inspirara, pues el mismo Tribunal Supremo nos ofrece frecuentes y laudables ejemplos de esta flexibilidad de interpretación, acomodándose a las circunstancias del caso, e incluso recomendando con carácter general que “si la Justicia ha de administrarse recta y cumplidamente no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad”, o señalando cómo debe tenerse en cuenta “el fin supremo de la Justicia a la que toda disposición legal debe, ante todo, responder, y el cual fin únicamente puede estimarse debida y razonablemente cumplido cuando el precepto se aplica en forma tal que per-

mita, usándose por el juzgador de una adecuada y justa flexibilidad de criterio, acomodarse a las circunstancias del caso”¹.

Es plenamente correcta, sin duda, la doctrina afirmada sobre la inexcusabilidad de cumplimiento del artículo 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, en cuanto prescribe que la renta que deba satisfacer el arrendatario se ha de fijar “necesariamente” en una determinada cantidad de trigo, como ajustada a los términos imperativos en que está enunciada, a lo estatuido en términos generales en el artículo 1.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y a lo ordenado en el artículo 4.^º del Código civil, en relación con la finalidad perseguida por tal exigencia, de establecer como medida común rentística de la tierra la mercancía trigo, que por su estabilidad mantenga la proporción y equivalencia entre las respectivas prestaciones de las partes y libre, por consiguiente, de las fluctuaciones o alteraciones dinerarias, como afortunadamente razona la sentencia de 28 de mayo de 1945; pero estimamos, por el contrario, que el criterio sostenido sobre las consecuencias de su infracción es demasiado rígido, desconoce las circunstancias del caso, puede dar base a deslealtades en las relaciones de arrendadores y arrendatarios, por la frecuencia de la estipulación de la renta en dinero, motivada por la fundada razón antes aludida, y no está exigido ni por la propia finalidad del precepto ni por exigencias de lo ordenado en los artículos 4.^º del Código civil y 1.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935, que son las principales razones alegadas: La admisión de la posibilidad de subsanación de tal defecto o vicio mediante la petición por cualquiera de las partes de la reducción de la renta estipulada en dinero a trigo, daría satisfacción a tales exigencias legales y finalistas, sin producir trastorno en las relaciones entre arrendadores y arrendatarios.

Pues, en efecto, al no establecer el artículo 3.^º de la Ley de 1942 la sanción de su incumplimiento, habrá de deducirse ésta de lo ordenado en los artículos 4.^º del Código civil y 1.^º de la Ley de 1935, respectivamente preceptuadores de la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley y la prevalencia de sus preceptos sobre la voluntad de los particulares o partes contratantes; mas de ambos preceptos, por su propia generalidad, no se deduce la nulidad inclinable de todo acto contrario a la ley, pues, como declara la sentencia de 19 de octubre de 1944, el artículo 4.^º, aparte de que se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su aplicación práctica, no ha de ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda discrepancia con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, y aún cabría añadir que aun en el supuesto de la nulidad del acto contrario a la ley, el artículo 4.^º no establece la imposibilidad de su subsanación; y, análogamente, del artículo 1.^º de la Ley de 1935 cabe decir que el carácter impe-

1. S. 26 de noviembre de 1929. Consultese en la interesantísima obra *Derecho civil de España*, de Federico de Castro, pág. 393.

rativo o social de los preceptos de la legislación especial de arrendamientos rústicos no implica la nulidad de todo acto de las partes que les contradiga o desconozca, sino que, según su naturaleza, en una palabra, la finalidad a que respondan, su aplicación se impondrá lisa y llanamente, cual sucede con los artículos 6.^º de la Ley de 1942 y 2.^º de la Ley de 1940, sobre duración mínima de los contratos de arrendamiento, o bien su infracción determinará su nulidad, subsanable o insubsanable, según la misma naturaleza o finalidad perseguida por el precepto infringido. Es decir, que se trata de declaraciones de principios generales o declaraciones sobre la naturaleza de determinada ley, pero las consecuencias concretas, inherentes a la infracción o inobservancia de un precepto determinado de la misma, dependerá de su misma naturaleza, determinada a su vez por la finalidad del precepto.

El problema se proyecta a sí en este otro: ¿Puede cumplirse la finalidad perseguida por el artículo 3.^º de la Ley de 1942 concediendo a las partes la facultad de reducción de la renta estipulada en dinero a trigo o exigiéndola en caso de que alguna de ellas se oponga?

Tal vez la solución esté enunciada en el mismo planteamiento del problema: Si se trata de mera *reducción*, la contestación debe ser afirmativa; si se trata de verdadera *fijación* de renta, la contestación debe ser negativa.

En efecto, si la cuestión es de mera reducción por estar predeterminados los factores que han de servir para hacerla, es decir, si se trata de una mera operación aritmética, cual sucede en el caso resuelto en la sentencia, en que basta dividir la cantidad de pesetas en que se fijó la renta por la cifra de 84, que es el valor en pesetas de un quintal métrico de trigo sin premio ni bonificaciones, para obtener la determinación de la renta en especie, no hay razón aceptable que se oponga a la facultad de subsanación de ese vicio del contrato, puesto que tal infracción más que *sustancial*, como estima la sentencia comentada, es de *forma*, ya que la sustancia o fondo no se altera ni modifica, puesto que el pago ha de hacerse necesariamente en dinero con arreglo al mismo artículo 3.^º citado. Es una simple operación análoga a la que ha de hacerse para el pago conforme a ese mismo artículo, sólo que a la inversa: en ambos casos hace función de factor—multiplicador o divisor—una cantidad conocida y predeterminada: el precio oficial del trigo sin bonificaciones. Y ni siquiera es lícito argüir que éste pueda variar, pues a los efectos pretendidos es fijo, ya que necesariamente ha de referirse para la reducción a la fecha del contrato, momento en que se fijó la renta. Con razón puede afirmarse que en este supuesto la especie de la renta es puramente accidental y subsanable.

Mas, por el contrario, la solución no puede ser la misma si en vez de existir un precio previamente conocido de la especie trigo, éste fuera variable en el mercado, dependiendo de clases, épocas, cosechas obtenidas, en una palabra, de los múltiples factores y contingencias de un mercado libre, entonces no se trataría de una mera reducción de renta de dinero a especie trigo, se trataría de una verdadera *fijación*, lo cual no podría ser impuesto por una de las partes a la otra, porque sería exigirle la presentación de un nuevo consentimiento, que no puede imponerse coactivamen-

te. En este supuesto, si se trata de un vicio sustancial y no de forma, más en el anterior examinado y resuelto en la sentencia, más propio es su consideración de meramente formal, en cuanto que no tiene mayor trascendencia que la forma o modo de fijarse la renta, pues no afecta ni a su cuantía, que sigue siendo la misma, ni a la forma de pago, que ha de efectuarse necesariamente en metálico. Y estas mismas consideraciones demuestran la escasa consistencia de la argumentación recogida en el considerando quinto de la sentencia de 28 de mayo de 1945, en el que contemplando el problema en su aspecto puramente civil, llega a la conclusión de que sería inconcreto o incierto el numerario correspondiente a cada plazo, en razón a que las fluctuaciones de valor del trigo son distintas a las del dinero, pues concretada y determinada la renta en el momento de la perfección del contrato, siendo la reducción de dinero a trigo una simple operación aritmética, cuyos factores son conocidos, por haber necesariamente de referirse al momento de la celebración del contrato, bien se ve que no hay incertidumbre alguna en la renta y queda todo reducido a una simple formalidad susceptible de subsanación, sin detrimento del interés general ni del particular de los contratantes¹.

La tesis de la posibilidad de convalidación del contrato cuya renta se pacta en dinero, mediante la subsanación de tal vicio o defecto, no era extraña a la sentencia de 28 de mayo de 1945, citada, como revela la simple lectura de su sexto considerando.

Y esta tesis favorece la continuidad arrendaticia y no protege la mala fe y deslealtad de alguna de las partes contratantes, que así encuentra medio en su propia infracción, en su acto contrario a la ley, para desligarse de un vínculo que libre y voluntariamente contrajo.

La doctrina de la sentencia sobre los efectos de la nulidad del contrato en cuanto a los frutos de la finca y renta devengada, tiene en su abono una evidente razón de equidad, que la hace justa y adaptada a las circunstancias del caso.

Fortunato CRESPO CEDRUN
Fiscal excedente y Abogado de los Ilustres Colegios de Valladolid y Madrid

1. García Rojo estima siempre defecto de forma la fijación de la renta en dinero (*Tratado de Arrendamientos rústicos*, págs. 93-94). Estimamos, sin embargo, que en este segundo supuesto examinado, más que de defecto de forma, se trata de falta de fijación o determinación de la renta.

B) TRIBUNALES DE INSTANCIA

(SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1947 DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE LA CORUÑA)

ANTECEDENTES.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de ... demandó don J. L. en juicio ordinario de mayor cuantía a don M. L. y otros, solicitando la nulidad del testamento otorgado por don Manuel L. R., padre y abuelo de demandante y demandado, alegando que el causante, antes del fallecimiento, habitaba con su hijo don M. L.; siendo, sin embargo, asistido en los días de su postrema enfermedad por todos los hijos y nietos, quienes, no obstante, no fueron enterados que por presiones del primero de los demandados había sido llamado un Notario, y en presencia de testigos, que no eran de la localidad, otorgara el don M. L. R. testamento, por el que legaba a su hijo don Manuel el tercio de libre disposición, dándole la propiedad plena del de mejora y señalando, incluso, para abono de dichos tercios bienes concretos que interesaban al legatario y heredero mejorado; que, sin duda, dándose cuenta a última hora de las maquinaciones de que había sido objeto por parte de aquél se negó a firmar el testamento, alegando que no sabía hacerlo, lo que es inexacto, como lo revela el hecho de haber no sólo firmado, sino hasta escrito de su puño y pulso determinados documentos, que se señalan en la demanda. Con base en estos hechos solicitó el actor la nulidad del testamento por haber incumplido la obligación de firmar, la declaración de ab intestato de la herencia y la pérdida definitiva de la condición de herederos del demandado don M. L., como comprendido en los artículos 647 y 756 del Código civil.

Don M. L. se opone a la demanda, alegando que el testamento expone la voluntad libre del causante y el deseo, tradicional e histórico, de vincular el patrimonio familiar en una sola mano, y que si el testador no firmó fué porque su estado físico no se lo permitía, como vino a manifestar a los testigos, por lo que no hay base alguna para declarar la nulidad de aquél.

No habiéndose personado los demás demandados, fueron despachados los trámites de réplica, dúplica y conclusiones, insistiendo las partes en sus respectivos pedimentos.

El Juzgado dictó sentencia, estimando en parte la demanda y en forma análoga a la del fallo apelado, sin hacer una expresa condena en costas. La Sala de lo Civil confirmó la resolución recurrida, aceptando los considerandos de la misma y añadiendo los siguientes:

SENTENCIA DE APELACION

CONSIDERANDOS.—Primero. Que siendo los testamentos actos eminentemente formales y solemnes en los que la voluntad del testador, expresada de manera o forma distinta, según la clase de disposición mortis causa de que se trate, carece de valor ante la Ley y no es bastante a reputar disposición testamentaria la voluntad conocida del testador si no aparece expresada del modo y con las solemnidades prefijadas por aquélla como garantía de tal voluntad; la cuestión fundamental a decidir, por consecuencia del presente recurso, consiste en determinar si haciéndose constar en el testamento cuya nulidad se solicita que "firman todos, excepto el testador que asegura no saber, y a su ruego lo hace don José V. Q.", y constar acreditada la falta de veracidad o inexactitud de esa afirmación del testador, la omisión de la firma de éste en aquella disposición vicia el acto de nulidad.

Segundo. Que el requisito de la firma del testador, cuando éste sabe firmar, lo exige de un modo taxativo el artículo 695 del Código civil como complemento de la lectura que el Notario tiene que hacer de la disposición testamentaria y de la conformidad de aquél con la misma como fiel reflejo o expresión de su voluntad, firma que ordena el precepto se estampe en el acto—será firmado, así dice—, al igual que la de los testigos, y formando ese conjunto las formalidades a que se contrae el artículo 695, que han de practicarse en un solo acto, so pena de nulidad, y si bien el Notario autorizante no viene obligado a inquirir o exigir prueba de la verdad o falsedad de la manifestación que en ese orden haga el testador y cumple, liberándose de la posible responsabilidad, tanto de esa manifestación como de firmar por el testador uno de los testigos instrumentales u otra persona a su ruego; sin embargo, la omisión de esa firma, por decir o afirmar el testador que no sabe firmar, cuando no es verdadera esa afirmación por justificarse plenamente que sabía hacerlo y podía efectuarlo incluso con soltura, como en el caso debatido, puede inducir a la creencia de una negativa a autorizar la disposición de última voluntad y por ello a prestar aprobación a su contenido como fiel expresión de la misma, y, por consiguiente, el suplir, como en el caso actual, aquella falta de firma con la del testigo, no evita el vicio de nulidad que ello implica, pues no es lo esencial el que conste dicha voluntad, ni aun que pueda aceptarse como expresión exacta de lo declarado por el testador, sino que se requiere inexcusablemente que todas y cada una de las solemnidades y formalidades que la Ley señala sean cumplidas con rigor, pues para el legislador son tan esenciales que, como decía la Presidencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Memoria elevada al Gobierno en 1901, de nada sirve probar, no ya la intención, sino la voluntad de una persona respecto al destino de sus bienes para después de su muerte, si no se consigna con sujeción estricta a la Ley y si no se observan todos y cada uno de los requisitos establecidos, y por ello la jurisprudencia reiterada viene declarando que nunca puede ser legalmente apreciada la voluntad del testador, por conocida que sea, si no resulta expresada de la manera y con las solemnidades exigidas para las disposiciones testamentarias, y así lo reconoció también, conceptuándolo como un dogma fundamental de la sucesión mortis causa, la sentencia de 10 de julio de 1944, que, aunque referente a testamento militar otorgado por persona presa durante la guerra civil, en ese particular de doctrina, por la generalidad de su contenido, es perfectamente aplicable a todos los testamentos.

Tercero. Que la tesis contraria conduciría al absurdo, que es forzoso rechazar, de que baste esa manifestación inexacta del testador de no saber firmar y el cumplimiento material del precepto del Código civil de suplir su falta de firma con la de otra persona y la fe notarial para que, considerando perfecto el acto por haberse llenado los requisitos del artículo 695, hubieran de consagrarse como disposición última de aquél lo que por voluntad consciente del mismo no fué ratificado ni sancionado, después de enterado de su contenido e interrogado respecto a si está conforme con su voluntad, mediante su firma, que pudiera predisponer en la forma que el testamento recoge o consigna, y no oponiéndose al otorgamiento

por causa o motivos que sólo él conoce o sabe; pero que de todos modos vicia su contenido por falta de debida expresión de conformidad, lo que la Ley, previsoramente, trata de evitar con un conjunto mínimo de garantías entre las cuales, y no de las de inferior rango, precisamente, figura la firma del que otorga el testamento, señalando el destino de su patrimonio, a medio de las disposiciones que hace, para después de su muerte y realizando el más solemne acto de disposición garantizado por la Ley.

(Recogida de "Foro Gallego", núm. 33-34, págs. 159 a 162.)

C O M E N T A R I O

La precedente sentencia exagera, a nuestro humilde entender, el rigor del artículo 695 del Código civil, ya que no todas las prescripciones formalistas de tal precepto tienen el mismo rango en orden a las consecuencias de su inobservancia.

Algunas hacen referencia a las manifestaciones del testador; pero entre ellas hay que distinguir, de un lado, las que integran la declaración de voluntad negocial testamentaria, que aspira a proyectar más allá de la vida física el impulso dispositivo del titular, y, de otro, aquellas de contenido no negocial por las que el testador informa al Notario de sus circunstancias personales (estado civil, la declaración especial del párrafo segundo del aludido precepto, etc.).

El Notario no puede entrar en los términos de la declaración de voluntad o de las manifestaciones referidas más que para darles forma y encauzamiento jurídico; su actuación es meramente pasiva, por lo que no puede inquirir ni constatar su efectiva realidad, limitándose a registrarlas y plasmarlas en el instrumento, con la sola excepción de lo que concierne a la identidad del testador, de la que en todo caso ha de asegurarse.

Otras prescripciones se refieren al rito de la actuación notarial, y de su cumplimiento ha de dar fe el funcionario, como de hechos que presencie y le constan. Así, la expresión del lugar, fecha circunstanciada, lectura en alta voz, la conformidad o aprobación del testador, su capacidad, la concurrencia de testigos, la unidad del acto, la firma del instrumento... La intervención del Notario, en cuanto a ellas, es eminentemente activa y personal.

El testador puede incurrir, deliberadamente o no, en inexactitudes en todo cuanto declara al Notario; pero tales inexactitudes no solamente no implican responsabilidad para el funcionario, sino que tampoco conducen de modo necesario a la nulidad del testamento. Buena prueba de ello lo constituye el caso en que el testador omite mencionar alguno de sus hijos o de sus herederos forzosos, o cuando lega como propia cosa que no le pertenece; en tales casos, a pesar de la inexactitud, el testamento permanece, al menor parcialmente (artículos 814 y 862 del Código civil). Y si el error del testador en materia de tanta importancia no envuelve la nulidad del acto testamentario, mucho menos puede hacerlo su errónea manifestación de no saber firmar.

Nos parece, por ello, harto atrevida la tesis de la sentencia que se re-

seña y muy aventurada la inducción en que se basa, haciendo depender la nulidad del testamento de la falta de firma del testador y de resultar incierta su afirmación de no saber hacerlo. Si en el acto del otorgamiento se han observado las formalidades esenciales, el testador se expresa libremente, sin intimidación ni maquinación engañosa, resulta penoso creer que por un detalle tan insignificante se haya declarado la nulidad de un acto de suma trascendencia. Y si hubiese mediado intimidación, engaño u otra circunstancia cualquiera que vicia el consentimiento (de lo que no parece haber rastros en el caso del litigio), entonces sobrados medios concede la Ley para anular el acto, sin necesidad de achacarlo a la falta de firma del testador, que fué suplida legalmente, y a su errónea manifestación de no saber firmar.

El requisito de la firma es inexcusable en el testamento ológrafo, pues la Ley no provee a su sustitución; pero en las demás formas de testar no es indispensable y la misma Ley arbitra los medios para suplirla.

Contrasta con el criterio rigorista de la Audiencia de La Coruña la flexibilidad interpretativa de que da muestras el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones en que aplica el precepto. Aunque el precepto lo dice, no estima el Supremo necesario que se dé lectura al testamento en "alta voz" (sentencia de 6 de abril de 1899). Cuando en el testamento se hace constar que a ruego del testador firma otra persona a su nombre, hay que atribuir a aquél la manifestación de que no pudo firmar (sentencia de 1 de febrero de 1907); constando la manifestación del testador de no poder firmar por enfermedad, no implica nulidad la no expresión por el Notario de que los testigos firman por la testadora y a su cargo (sentencia de 11 de febrero de 1929).

Hay, finalmente, una razón de orden práctico. Para todos cuantos han estado en contacto con los medios rurales gallegos es sobradamente conocida la aversión que el campesino tiene a estampar su firma ante personas de cultura más elevada, siendo frecuentísimo que, aun sabiendo firmar, diga lo contrario con la más absoluta inocencia. La misma Sala ya reconoce que ninguna responsabilidad alcanza al Notario por la nulidad del testamento que motiva la resolución; pero es indudable que, de prosperar la tesis, se obligaría al Notario, por modo indirecto, sin facilitarle la Ley los medios para ello, a que averigüe exactamente si el testador sabe o no firmar, porque no ha de resignarse a elaborar reiteradamente instrumentos con vicio de nulidad.

Es posible que en el caso jurídico sometido a examen de la Sala (pues desconocemos los detalles del pleito) se den circunstancias y matices tales que condujesen al Tribunal a echar mano de ese precepto, más preocupados de la justicia del fallo—que, en definitiva, es lo que importa—que de precisiones conceptuales, aunque en tal supuesto no debiera hacer declaraciones interpretativas con la generalidad con que lo efectúa.

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Sentencias de la Sala Primera

A cargo de A. Vázquez Sáenz de Hermúa, 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 4 NOVIEMBRE 1947

Procesal—casación—contra los laudos de amigables componedores: por resolverse en el laudo puntos no sometidos a la composición.

Según el artículo 1.780 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando el recurso se funda en haber resuelto los amigables componedores puntos no sometidos a su decisión, la sentencia debe ser casada únicamente en el punto o puntos en que consista el exceso, mandando también la devolución del depósito.

ANTECEDENTES.—Por su falta de interés y por reproducirse en los considerandos las cuestiones de hecho que plantean, los omitimos, así como los motivos del recurso de casación.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en el apartado F) de las cuestiones propuestas por la Sociedad Hilaturas Labor a los amigables componedores en la escritura de compromiso, se señala textualmente la de "fijar las obligaciones de hacer que incumben a D. B. Thomas Sala para que la instalación por él proyectada y ejecutada corresponda a las características que en su día prometió", palabras que claramente significan que se parte del supuesto de que se había de mantener la misma instalación ejecutada y que la misión encomendada a los amigables componedores era la de determinar las obligaciones de hacer, es decir, las correcciones, reparaciones o modificaciones que incumbiera al señor Thomas ejecutar para subsanar los defectos que se apreciaran, salvo que, en lo que no pudiera hacer, podría imponérsele una indemnización; defectos que el voto particular con referencia a un informe técnico considera fácilmente subsancionables; pero, resuelto por el laudo, no que se corrija, sino que desaparezca la instalación, la cual habría de ser desmontada y retirada sin dar tampoco al señor Thomas la facultad de sustituirla, se hace imposible obtener la finalidad intentada, que es la de que tal instalación responda a las condiciones debidas, no siendo, por otra parte, razonable entender que entre las obligaciones de hacer por el señor Thomas se comprenda una transferencia de propiedad que no se pide ni puede hacer el señor Thomas y que la hacen los amigables componedores, por todo lo cual debe declararse que el número tercero del fallo dictado por los amigables

componedores cae fuera de la cuestión planteada, incurriendose en el motivo de casación señalado en segundo lugar en el número tercero del artículo 1.691 de la Ley procesal invocado en el primer motivo del recurso.

Segundo. Que en el apartado D) de las cuestiones propuestas por Hilaturas Labor se habla en un mismo párrafo de la turbina y del regulador, pero no se equiparan ambas cosas en cuanto a lo que sobre ellas se ha de resolver, pues respecto al regulador pide dicha entidad que se determine si resulta admisible y, en otro caso, si debe ser cambiado, pero nada dice de que pueda ser cambiada por otra la turbina, cosa que ha de entenderse, por tanto, excluida de la cuestión que se propone, ya que si se hubiera considerado necesario que en el fallo de los amigables componedores se resolviera la procedencia o improcedencia de tal cambio, se hubiera dicho también respecto a la turbina, como se dijo respecto al regulador, por lo que la obligación impuesta al señor Thomas de desmontar y retirar dicha turbina no debe entenderse comprendida en las cuestiones sometidas a la resolución de los amigables componedores.

Tercero. Que la casación del mencionado número tercero del fallo recurrido lleva consigo, por lógica ineludible, la casación del motivo sexto del mismo, que de mantenerse quedaría injusto y carente de fundamento, porque en él se determina un saldo definitivo que, en parte muy sustancial, es consecuencia aritmética de lo apreciado en dicho número tercero, que, por lo expuesto, se declara inadmisible, así como, por la misma razón de ineludible lógica, debe ser casado el número primero de dicho fallo en cuanto se oponga a las precedentes declaraciones.

Cuarto. Que, según el artículo 1.780 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando el recurso se funde en haber resuelto los amigables componedores puntos no sometidos a su decisión, la sentencia debe ser casada únicamente en el punto o puntos en que consista el exceso, mandando también la devolución del depósito.

FALLO.—Ha lugar; casa y anula el laudo en los números 3.^º y 6.^º de la parte dispositiva y en el número 1.^º en lo que pudiera contradecir la casación de dichos números 3.^º y 6.^º, quedando subsistente en todo lo demás.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1947

Procesal—competencia—acción personal: justicia municipal.

La Ley de 21 de mayo de 1936 es aplicable también a los Juzgados de Paz, según doctrina, entre otras sentencias, de la de 1.^º de agosto de 1946.

Procesal—competencia—acción personal: justicia municipal.

La cláusula de sumisión de una póliza de seguro en la que se dice que las cuestiones litigiosas serán de la competencia de los Tribunales del domicilio del asegurado o de los del partido judicial del domicilio de la

aseguradora, a elección de ésta, no es la sumisión expresa a un Juzgado determinado, conforme a la Ley de 21 de mayo de 1936, por poder recaer la competencia a su elección la Compañía aseguradora¹.

SENTENCIA 3 DICIEMBRE 1947

Civil—procesal—competencia: sumisión expresa.

El pacto de sumisión contenido en un contrato alcanza a la cuestión derivada del documento del que aparece la entrega de una cantidad como consecuencia de aquél.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos—subarriendo: concepto.

La convención por la que se cede un local por tiempo determinado y recibiendo, en relación al tiempo, un precio cierto, implica un subarriendo.

Civil—arrendamientos—cesión del arrendamiento y subarriendo.

La distinta naturaleza jurídica y los efectos derivados de la cesión del arrendamiento y subarriendo no permite confundir ambas instituciones y, por tanto, cabe que se autorice una y se prohíba la otra.

ANTECEDENTES.—El 20 de febrero de 1947 se formuló demanda por los señores Martínez Acitores contra D. Bernardino Cárdenas Moral, ante el Juzgado de Primera Instancia de Burgos de desahucio por subarriendo, basándola en que el 1.^º de julio de 1944 habían arrendado al demandado un local por el precio de doscientas pesetas mensuales, que se destinaría a la venta de calzado, prohibiendo destinarlo a otros usos, subarrendarlo, cederlo o traspasarlo sin autorización escrita del arrendador, modificándose en cuanto a la prohibición de traspaso posteriormente, en cuanto se accedía a que pueda traspasar el local a persona solvente, moral y económicamente, a juicio del propietario. El arrendatario, en noviembre de 1946, había subarrendado parte del local a la Comisaría de Recursos de la Séptima Zona por el precio de cuatrocientas cincuenta pesetas mensuales.

El demandado negó la existencia de subarriendo, puesto que necesitando establecer la Comisaría de Recursos una serie de puestos reguladores de pescado y frutas, había escogido su tienda, rogándole diera facilidades, porque en otro caso había órdenes de requisitarlo, habiendo puesto a disposición de la Comisaría la parte delantera del local, en la que precisamente existían mostradores, estanterías y piso de madera con rejilla en los mostradores.

El Juzgado dictó sentencia el 17 de marzo de 1947, por la que declaró haber lugar al desahucio, formulándose recurso de injusticia notoria por los siguientes

¹. En igual sentido se citan en la sentencia las de 6 febrero 1943, 22 marzo 1946 y 24 enero 1947.

MOTIVOS DEL RECURSO.—No se recogen por referirse a cada uno de ellos los considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que al declarar la sentencia de instancia, plena y cumplidamente probado en autos, que el demandado, sin autorización ni consentimiento expreso o tácito del arrendador, concertó, con la Comisaría de Recursos de la Séptima Zona, un contrato por el cual cedió a ésta la mitad del local objeto del pleito, mediante el pago de una renta mensual de cuatrocientas cincuenta pesetas, y que esta renta se pagaba no solamente por la utilización de ciertos enseres, sino, principalmente, por la de dicho local, es obvio que para que el recurso pudiera prosperar sería preciso haber demostrado el manifiesto error del Juez, al apreciar la prueba, deduciéndolo de la documental o pericial obrante en autos, conforme a lo estatuido en el artículo 169 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Segundo. Que en el motivo primero se pretende acreditar tal error del contenido de la instancia dirigida por el recurrente, el 29 de julio de 1946, al Secretario general del organismo indicado, y el oficio, del señor Comisario de Recursos de la Zona Norte, unido al pleito; sin tener en cuenta que el primero de los documentos referidos, por su carácter unilateral, carece, en absoluto, de eficiencia probatoria, y que el segundo, lejos de demostrar, como pretende el recurrente, que se le abonaban las cuatrocientas cincuenta pesetas de renta sólo como compensación por el uso de los mostradores, estanterías y pisos de madera de su propiedad, y los perjuicios que se le originaban, viene a corroborar las afirmaciones de la sentencia recurrida, por cuanto en él claramente se expresa que la cantidad indicada se satisfacía no sólo por el concepto expresado, sino también por el favor de cederle parte del local: extremo éste asimismo justificado por el propio recurrente al absolver la posición segunda de las para él formuladas.

Tercero. Que en el motivo segundo, fundado en la causa tercera del artículo 169 de la citada Ley, se atribuye al juzgador la infracción del apartado d) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en relación con el primero del Decreto de 21 de enero de 1936, basándose en que el recurrente no subarrendó el local por tiempo determinado y precio cierto, sino que accedió tan sólo a la cesión, provisional y transitoria, de parte del mismo, para un servicio público, recibiendo una compensación económica por los perjuicios que aquélle le originaba; pero al razonar así bien se advierte la inconsistencia de tales alegaciones, porque cedió el local por un tiempo determinado y recibiendo, en relación al tiempo de goce, un precio cierto, tal convención implica un subarriendo, por lo que lejos de vulnerar la sentencia recurrida los preceptos que se aducen, los aplicó e interpretó acertadamente, al estimar que el incumplimiento, por parte del arrendatario, de la prohibición que le impuso el contrato, es causa de excepción de la prórroga obligatoria del mismo, y procedente la resolución y el desahucio.

Cuarto. Que en el último motivo, amparado en las causas tercera y cuarta del artículo 169 de la repetida Ley, se atribuye al inferior un

evidente error en la apreciación de la prueba, y una infracción, en otro aspecto, de los preceptos antecitados en el párrafo anterior, por cuanto el subarriendo no puede ser causa de desahucio cuando existe el permiso del arrendador, que, a juicio del recurrente, hay que estimar implícito en la facultad para traspasar establecida en la cláusula adicional del contrato de subarriendo.

Quinto. Que, a este respecto, la distinta naturaleza jurídica, y en efectos derivados de la cesión del arrendamiento y el subarriendo, no permite confundir ambas instituciones, y, por tanto, cabe que se autorice una y se prohíba la otra, como acontece en el presente caso; pero aun admitiendo la tesis del recurrente, y que la autorización para el traspaso implicase la del subarriendo, como uno y otro tendrían que estar condicionados a la aprobación del arrendador, y el arrendatario prescindió de aquél al subarrendar; la infracción determinante de la resolución es notoria, sin que quepa cohonestarla con la invalidez de cláusula de autorización en este caso concreto, por tratarse de una entidad pública, cuya solvencia moral y económica no sea lícito poner en duda, porque tal cuestión sólo podría plantearse ante la negativa infundada y arbitraria del arrendador, que no pudo pronunciarse en tal sentido por culpa del recurrente.

Sexto. Que, por las razones anteriores, procede desestimar el recurso con costas al recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 DICIEMBRE 1947

Procesal—desahucio: cuestiones objeto de examen.

Según reiterada jurisprudencia, el juicio de desahucio sólo puede utilizarse cuando entre las partes no existen más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento de la situación de precario.

ANTECEDENTES.—La Sociedad “Inmobiliaria de Mejoras Urbanas, Sociedad Anónima”, como propietaria del mercado de San Fernando, de Madrid, demandó en juicio de desahucio a D. Ernesto Echevarría por incumplimiento de cláusula de prohibición de subarriendo en el contrato de arrendamiento de un puesto en dicho mercado.

El demandado negó el hecho del subarriendo y afirmó su derecho, ya que los puestos los tenía adjudicados como consecuencia de contratos celebrados con la demandante y rechazó por inaplicación la legislación especial de alquileres por tratarse de relaciones complejas que, según jurisprudencia, no admiten el juicio de desahucio.

El Juzgado número 12, de Madrid, dictó sentencia desestimatoria, que fué recurrida en injusticia notoria por la parte actora, basándose en los siguientes

MOTIVOS.—Fundados en el artículo 168 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos en relación con la disposición transitoria décimosexta:

Primer. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; infracción por inaplicación del artículo 1.569, causa tercera del Código civil, artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1939, artículo 1.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, Decreto de 24 de enero

de 1944, Orden ministerial de 19 de septiembre de 1944 y preceptos concordantes del Código civil, así como las sentencias de 8 de mayo de 1911 y 16 de octubre de 1936, por el texto del artículo 30 de la nueva Ley de Arrendamientos y el artículo 149, causa segunda.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; infracción por inaplicación de la sentencia de 31 de diciembre de 1946, que declara que el artículo 5.^o del Decreto de 29 de enero de 1936, relativo al arrendamiento de locales para el comercio y la industria no incluye entre las causas de desahucio por el propietario el subarriendo contra la voluntad del dueño y ha de tenerse en cuenta que dichas disposiciones tienen carácter aclaratorio respecto de la legislación de alquileres conforme al artículo 1.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, y éste, en su apartado B), excluye de la prórroga forzosa y del arrendamiento el caso de subarriendo sin permiso del dueño, y no existen méritos para estimar que esta causa haya desaparecido.

Tercero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; inaplicación de los artículos 1.091, 1.255, 1.256, 1.543, 1.548, 1.550 y 1.569 de la ley civil, respecto al principio *pacta sunt servanda* recogido en sentencia de 30 de junio de 1903, siendo, en este caso, lo pactado la prohibición del subarriendo.

Cuarto. Causa tercera del artículo 169 de la misma Ley; infracción de las sentencias de 28 de marzo de 1932 y 19 y 21 de junio de 1935, al reconocer la sentencia recurrida la existencia del contrato de arrendamiento en el que se contiene renuncia a las obras realizadas a favor del arrendatario. Así—dice—se hace imposible el pretendido derecho derivado de la realización de las mismas y probada la causa del desahucio (subarriendo expresamente prohibido), procedía dar lugar al mismo, sin perjuicio de que el arrendatario actuase, si lo creyese oportuno, en el juicio declarativo correspondiente.

Quinto. Causa tercera del artículo 169 del mismo texto; infracción del principio “Nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”, recogido en la sentencia de 21 de octubre de 1919, 2 de diciembre de 1928 y 27 de febrero de 1942, ya que fué convenida la prohibición del subarriendo y la renuncia a las obras a favor del propietario.

Sexto. *Ad cautelam*, causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; error en la apreciación de la prueba documental, al desconocer el juzgador la existencia del contrato, no dándole la fuerza del artículo 1.218 del Código civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, conforme tiene declarado esta Sala en reiterada jurisprudencia, el juicio de desahucio sólo puede utilizarse cuando entre las partes no existen más vínculos jurídicos que los derivados del contrato de arrendamiento ó de la situación de precario, pero cuando existen otros o son de tal naturaleza o tan especiales o tan complejas las resoluciones que ligan a las partes que no es razonablemente posible apreciar su finalidad y trascendencia en el juicio de desahucio, este no procede, porque entonces se convertiría tal procedimiento sumario en medio de obtener con cierta violencia la resolución de un contrato, sin las garantías de defensa e información que ofrecen los juicios declarativos, y como en la sentencia recurrida se declara que aparte el contrato de arrendamiento existió entre las partes otra relación, consistente en la entrega de cantidades hecha por el demandado a la actora para la construcción de los puestos números 66 y 67 de la planta baja del Mercado de San Fernando, que fueron adjudicados al primero, para la venta de pescado, en 27 de julio de 1943, por el precio de 27.000 pesetas, es evidente que la

construcción de los puestos, llevada a efecto con el dinero entregado por el demandado a la actora y por virtud de cuya entrega se le otorgó la adjudicación de aquéllos, engendra entre las partes relaciones jurídicas que no son las propias de un contrato de arrendamiento y cuya naturaleza y efectos solamente cabrá discutir en el juicio declarativo correspondiente.

Segundo. Que la doctrina de las sentencias de 28 de marzo de 1932, 19 y 21 de junio de 1945, citadas por el recurrente en el cuarto motivo del recurso, no contradice la que anteriormente ha sido expuesta, pues lo que dichas sentencias declaran es que la acción de desahucio, ya se funde en un contrato de arrendamiento o en un estado de precario, no puede ser desvirtuada por las alegaciones que haga el demandado invocando su derecho de dominio, su mejor derecho a poseer u otros, cuando tales derechos ni están declarados ni han tenido concreción alguna, debiendo decretarse el desahucio sin perjuicio de que el demandado acuda al juicio declarativo para discutir los derechos por él invocados, pero esta doctrina no puede ser aplicable al caso actual, en que el demandado no se ha limitado a alegar la existencia de relaciones jurídicas entre él y la actora distintas d las arrendaticias, sino que ha justificado su existencia, y ello constituye un obstáculo a la acción de desahucio, por las razones expuestas en el considerando anterior.

Tercero. Que las expresadas relaciones jurídicas habidas entre las partes, y consistentes en la entrega de una cantidad de dinero hecha por el demandado a la actora para la construcción y adjudicación de los puestos aludidos, no pueden considerarse incluidas en el contrato de arrendamiento que aquéllos celebraron el 30 de septiembre de 1944, como el recurrente pretende, fundado en la condición séptima de dicho contrato, según cuyo texto "el arrendatario se obliga a no realizar obra, instalación ni reforma alguna en el local sin obtener previamente para cualquiera de estos actos autorización escrita de la arrendadora, quedando las obras o reformas que se realizaran, una vez obtenida la autorización dicha, a beneficio de la arrendadora, la que también podría optar por rehacer el local arrendado como estaba anteriormente, realizándolo por operarios suyos y por cuenta y pago del arrendatario", porque es evidente que tal condición se refería a las obras o reformas que por su conveniencia pudiera hacer el arrendatario, en los puestos adjudicados, una vez que entrara en posesión de los mismos para su uso o disfrute, pero no a la construcción de tales puestos que era supuesto indispensable para la efectividad del contrato de arrendamiento y anterior a su consumación, debiendo por todo lo expuesto desestimarse el cuarto motivo del recurso y sin que proceda entrar a examinar los restantes, porque aunque fueran de estimar las infracciones a las leyes, la jurisprudencia y el contrato, que consideran como causa de desahucio el subarriendo inconsentido por el arrendador y cuyas infracciones se denuncian por el recurrente en tales motivos, esta cuestión, por las razones anteriormente expuestas, no puede ser ventilada y resuelta en el presente procedimiento.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 DICIEMBRE 1947

Civil—obligaciones—extinción: por expiración del plazo.

Las causas de extinción de las obligaciones no están señaladas de modo exhaustivo en el artículo 1.196 del Código civil y entre otros modos cancelatorios no comprendidos en dicho precepto legal cabe incluir el de haber expirado el plazo en los negocios a fecha fija, en que, vencido el plazo sin que la obligación haya sido cumplida, surge la mora a efectos de daños y perjuicio, sin que sea posible exigir eficazmente el cumplimiento de la obligación¹.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de hecho en la apreciación de la prueba.

No cabe impugnar en casación los múltiples elementos probatorios apreciados por el juzgador, acogiéndose el recurrente a alguno de estos elementos y desentendiéndose de los demás.

Procesal—sentencias—congruencia: aplicación del derecho por los Tribunales.

En la esfera del derecho, los Tribunales actúan de oficio, aunque ateniéndose a los hechos alegados y probados, pretensiones deducidas y causas de pedir.

Civil—obligaciones—condición resolutoria tácita—acción de cumplimiento: momentos en que puede ejercitarse.

Para que sea viable la acción de cumplimiento a que se refiere al artículo 1.124 del Código civil, ha de ser ejercitada durante la vigencia del contrato de que dimana la obligación recíproca, porque una vez extinguida ésta resultaría antijurídica la pretensión de hacerla sobrevivir, y sólo subsistirían, en su caso, los efectos del incumplimiento traducidos en la correspondiente indemnización.

ANTECEDENTES.—La Unión Azufrera Española, S. A., demandó a la empresa armadora “Sucesor de la Viuda de Enrique Yllueca”, de Valencia, por incumplimiento de contrato de fletamento, solicitando ser indemnizada de daños y perjuicios, ya que, por las irregularidades del cumplimiento, se vió precisada a paralizar la refinería, teniendo, no obstante, que atender a todos los gastos de la misma. Solicitaba también una diferencia de fletes que se vió forzada a abonar a la demandada para lograr de esta forma el porte de la materia prima que la permitiese reanudar la fabricación.

La empresa demandada se opuso a estas pretensiones, afirmando que el incumplimiento fué, en parte, por culpa de la demandante, que no empleó el tonelaje completo de los buques contratados, y, en parte, por fuerza mayor, debido a tener que poner dichos buques a disposición de la Dirección General de Transportes Marítimos para portear naranja a la línea de Francia y, posteriormente, por no encontrar combustibles

1. V. el Considerando segundo.

para los mismos, razón ésta que, atendida por la parte demandante, motivó una novación del contrato, en la que se alteraron las fechas de los viajes y el precio de los fletes, y oponiéndose, además, por diversas razones, a la indemnización de daños y perjuicios, pidió se dictase sentencia absolutoria.

En 21 de mayo de 1943, el Juez de Primera Instancia de Tarragona dictó sentencia en el sentido de condenar al demandado al total cumplimiento del contrato, ateniéndose en todo a lo pactado, e indemnizando en los perjuicios causados en las cantidades y por los conceptos que señaló, absolviéndole en cuanto se refiere a la devolución de la diferencia de fletes entre los primeramente contratados y los abonados por los últimos viajes, por considerar que éstos constituyen una individualidad jurídica independiente.

Apelada esta sentencia por la parte demandada, se adhirió la actora, y la Audiencia de Barcelona declaró que el contrato de transporte marítimo había sido incumplido, parcial y voluntariamente, por la parte demandada, a la que condenaba a la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía que indica, confirmando en estos términos la sentencia del Juez y revocándola en cuanto se opusiera a la de la Sala.

Unión Azufrera, S. A., interpuso recurso de casación, basado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero y segundo. Números 1.^º y 2.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque, al condenar al armador a acabar de cumplir el contrato, se infringe el artículo 1.124 del Código civil, e infracción del artículo 359 de la ley procesal, ya que la sentencia resuelve sobre la extinción del contrato, extremo que no había sido solicitado.

“Sucesor de Viuda de Enrique Yllueca” interpuso a su vez el mismo recurso, basado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero, segundo y tercero. Números 1.^º y 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, interpretación errónea de los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil, en cuanto que la obligación de indemnizar está limitada a los daños y perjuicios realmente causados, principio infringido por la Sala al señalar la cuantía de la indemnización, y error de derecho y hecho en la apreciación de la prueba documental, infringiendo reiterada jurisprudencia que exige para condenar al pago de perjuicios que el que los reclame pruebe cumplidamente la realidad y cuantía de los mismos, no siendo exigibles las ganancias que fueran dudosas o contingentes, cuando en este caso el considerando de la sentencia no contiene alusión a que a la fijación del perjuicio se llega como resultado de la prueba, e infracción de los artículos 688 (número 3) y 657 del Código de comercio, en cuanto a la indemnización se refiere.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la condición resolutoria tácita o implícita en obligaciones recíprocas produce el efecto de que si uno de los interesados en la relación contractual no cumple lo que le incumbe, la parte perjudicada puede optar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil, entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, juntamente con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos; mas para que sea viable la acción de cumplimiento habrá de ser ejercitada durante la vigencia del contrato de que dimana la obligación recíproca, porque, una vez extinguida ésta, resultaría antijurídica la pre-

tensión de hacerla sobrevivir, y sólo subsistirán, en su caso, los efectos del incumplimiento en la correspondiente indemnización.

Segundo. Que las causas de extinción de las obligaciones no están señaladas de modo exhaustivo en el artículo 1.156 del Código civil, según dijo ya esta Sala en sentencia de 5 de diciembre de 1940, y entre otros modos cancelatorios, no comprendidos en dicho precepto legal, cabe incluir el de no haber expirado el plazo de aquellas obligaciones que no son susceptibles de prestación tardía por haber sido elevado a la categoría de condición esencial el cumplimiento imperioso en una fecha o período de tiempo determinados, como momento único en que la prestación puede rendir el provecho o utilidad que los interesados persiguen al celebrar el contrato, y en estos negocios *a fecha fija*, vencido el plazo sin que la obligación haya sido cumplida, surge la mora del deudor, a efectos de reclamación de daños y perjuicios, sin necesidad de intimación por parte del acreedor, según prescribe el artículo 1.100 del Código civil; pero ya no es posible exigir eficazmente el cumplimiento de la obligación, tanto porque jurídicamente había fenecido, como porque el cumplimiento extemporáneo, además de centralizar los términos del consentimiento dado, podría prestarse a especulaciones del acreedor que quisiera aprovecharse de una alteración de las circunstancias contractuales, determinantes de un mayor lucro para él a costa del deudor, agravado en su responsabilidad con una prestación excesivamente onerosa, o, a la inversa, podría llevar a un lucro ilícito del deudor en el supuesto contrario de alteración sobrevenida que le favoreciera a él y perjudicase al acreedor.

Tercero. Que en la sentencia recurrida se declara probado, sin impugnación en el recurso, que los ahora litigantes concertaron un transporte de azufre, con la condición de que la mercancía fuera embarcada en un determinado período de tiempo, sin que durante el plazo tope estipulado haya sido efectuada la totalidad del transporte, quedando así parcialmente incumplido el contrato por causa exclusivamente imputable al pòrtador, y ante estos hechos es procedente la indemnización de daños y perjuicios, pero no el cumplimiento extemporáneo de la obligación de transporte concertado *a fecha fija*, de acuerdo con la doctrina expuesta en los anteriores considerandos, y así queda sin viabilidad el primer motivo del recurso interpuesto por Unión Azufrera, pretendiendo que, por aplicación del artículo 1.124 del Código civil, se decrete, juntamente con el resarcimiento de daños y perjuicios, el cumplimiento por el fletante de su obligación en la parte que dejó in cumplida, que es lo que había pedido en estos autos, después de transcurrido un año desde la fecha en que el plazo contractual había expirado.

Cuarto. Que la circunstancia de que el Tribunal haya apreciado como uno de los fundamentos jurídicos del fallo la extinción de la obligación del transporte por ejercicio a destiempo de la acción en este respecto, no acusa el vicio de incongruencia que se alega en el segundo y último motivo del mismo recurso, tanto porque entre lo pedido en la demanda y resuelto por el fallo hay perfecto acoplamiento, como porque en la esfera del derecho los Tribunales actúan de oficio, aunque ate-

niéndose a los hechos alegados y probados, pretensiones deducidas y causa de pedir, que son elementos acatados por el juzgador de instancia.

Quinto. Que abandonado en el acto de la vista el tercero de los motivos articulados en nombre de "Sucesor de Viuda de Enrique Yllueca", también recurrente, habrán de ser desestimados los tres motivos restantes, porque en el primero y segundo se discurre sobre la base de que la Sala sentenciadora fijó la cuantía de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento parcial del transporte, partiendo únicamente de las alegaciones del demandante y del supuesto de que la fábrica de éste estuvo cerrada durante algún tiempo por falta de azufre que debía haber sido transportado; pero no tiene en cuenta el recurrente que en el considerando sexto de la sentencia de primera instancia, aceptado por la Audiencia, se alude expresamente, al señalar las bases de la cuantía indemnizable, a la *larga prueba practicada* y, en particular, al informe de la Cámara de Comercio, y no cabe impugnar en casación los múltiples elementos probatorios apreciados por el juzgador, acogiéndose el recurrente a alguno de estos elementos y desentendiéndose de los demás, aparte de que, en todo caso, no reviste autenticidad en este recurso extraordinario el oficio que se cita de la Jefatura Agronómica, expresivo de existencias y fabricación en la refinería del demandante desde enero hasta abril de 1941, porque no demuestra en la forma evidente que exige el artículo 1.692, número séptimo, de la Ley de Enjuiciamiento civil, la equivocación del juzgador de instancia al estimar que por incumplimiento del transporte la refinería estuvo cerrada y las ventas paralizadas durante cierto tiempo, y en cuanto al cuarto y último motivo de este recurso, bastará decir que los artículos 657 y 688 del Código de Comercio, que se citan como infringidos, regulan eventos, sin conexión alguna con el caso de autos, en el que ni se da el supuesto de que haya quedado inservible el buque fletado, ni se ejercita la acción rescisoria del contrato de fletamento, ni, en último término, el artículo 688 limita la extensión de los daños y perjuicios a la cuantía que el recurrente señala.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—edificaciones provisionales.

Las construcciones existentes en un corral situado en el casco de la población, consistentes en una tenada y una panera, arrendadas con destino pactado a almacén de carbones, por su destino, carácter y condiciones de edificación, en relación con el destino y naturaleza del lugar urbano en que se hallan, deben calificarse de accidentales, comprendidas en el caso previsto tanto en el apartado e) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931 como en el 114 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, y no regulado especialmente en el Decreto de 21 de enero de 1936.

ANIECEDENTES.—El 16 de enero de 1946, D. Valeriano Martín Gudino y D. Lorenzo García Sánchez formularon ante el Juzgado de Primera Ins-

tancia de Salamanca demanda de desahucio al amparo del Decreto de 29 de diciembre de 1931 contra D.^a Rafaela Rodríguez Sánchez, basándose en que habían adquirido un solar en el Paseo de las Carmelitas, de la ciudad de Salamanca, existiendo dentro de su perímetro unas tenadas y parte de una panera para edificar viviendas de las llamadas de "clase media" para acogerse a la Ley de 25 de noviembre de 1944, solicitando los beneficios que establece esta Ley, que les fueron concedidos, así como la licencia del Ayuntamiento, y como estaba arrendada a la demandada, la notificaron por acta notarial la adquisición requiriéndola para que dejase libre la parte de la finca arrendada que se precisaba, a lo que se negó, por lo que formularon la demanda, previa consignación de la renta de un año.

La demandada se opuso por no tener el inmueble construcciones provisionales o accidentales, sino definitivas, usadas durante tiempo no inferior a veinte años, por lo que el contrato debía prorrogarse.

El Juzgado, el 20 de febrero de 1946 dictó sentencia absolviendo a la demandada, con imposición de costas a los actores, basándose en que encontrándose comprendido el arrendamiento en el Decreto de 21 de enero de 1936 no se establece entre sus causas de desahucio la alegada en la demanda. Apelada la sentencia y acomodada la apelación a los trámites de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, la Audiencia se declaró incompetente, preparándose recurso de injusticia notoria, que fué formalizado por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—De los seis motivos únicamente hacemos mención al sexto, por ser el único que ha servido de base para el fallo.

Sexto. Número 3.^º del artículo 169 de la Ley de A. U.: Infracción del artículo 5.^º, apartado letra e) del Decreto de 29 de diciembre de 1931, porque se han cumplido los requisitos que el mismo previene, habiéndose solicitado del Ayuntamiento la licencia para la construcción, se ha requerido al inquilino para que desaloje el local, justificándose el propósito de derribar el inmueble y construir en él, y, aunque fuese aplicable la Ley de A. U., tendría el propietario también derecho a la resolución del contrato con arreglo al artículo 114.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que lo arrendado por un año, según el contrato de 1.^º de octubre de 1927 y el resultado de las alegaciones y pruebas del pleito, es un corral en el que hay una tenada y una panera, con destino pactado a almacén de carbones, finca que por su situación en el paseo de las Carmelitas, núm. 17, de la ciudad de Salamanca, debe calificarse de urbana.

Segundo. Que las construcciones en ella existentes de una tenada y una panera, por su destino, carácter y condiciones de edificación, en relación con el destino y naturaleza del lugar urbano en que se hallan, deben calificarse de accidentales y provisionales, comprendidas en el caso previsto, tanto en el apartado e) del artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 como en el 114 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, y no regulado especialmente en el Decreto de 21 de enero de 1936, lo que, dada la acomodación, consentida por ambas partes, de sus pretensiones a las normas procesales de dicha Ley, determina la competencia actual, conforme a las disposiciones contenidas en el capítulo XII de la citada Ley de Arrendamientos, de acuerdo también con la tesis sostenida en la instancia por los recurrentes, contradicha en el primer motivo de su recurso, improcedentes por tal motivo.

Tercero. Que los demandantes han probado documentalmente, y por

reconocimiento expreso de la demandada, la concesión de las autorizaciones necesarias para construir en la finca de que se trata una casa destinada a viviendas, calificada de bonificable por la Junta Nacional del Paro, como asimismo haber consignado el importe de la renta de un año para indemnizar a la arrendataria y haber participado a ésta, por acta notarial de 1.^o de octubre de 1945, su propósito de edificar la finca arrendada.

Cuarto. Que de la aplicación al caso de los preceptos citados, apartado e) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y 114 de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto aquellas condiciones se cumplieron, produciendo su efecto antes de presentar la demanda bajo la vigencia del primero, resulta exceptuado de nueva prórroga obligatoria el contrato en cuestión, concertado por un año y ya prorrogado a partir del año 1928.

Quinto. Que la sentencia recurrida, al decretar no haber lugar al procedente desahucio pedido, por no aplicar el citado precepto del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, le infringe, con injusticia notoria, causa de estimación del recurso, invocada en el número sexto del mismo, lo que hace innecesario el examen de las demás.

FALLO.—Ha lugar al desahucio, apercibiendo de lanzamiento si no desaloja la finca en término de seis meses, ampliables por otros seis, y condenando a la demandada al pago de las costas de la instancia.

SENTENCIA 16 DE DICIEMBRE 1946

Civil—contratos: interpretación.

Según constante jurisprudencia¹ en la interpretación de contratos o actos jurídicos ha de estarse al criterio que el juzgador de instancia haya consignado acerca de la inteligencia y alcance de los pactos establecidos por los contratantes, a no ser que se demuestre existe notoria infracción de los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil.

ANTECEDENTES.—Don Manuel Villalobos Tienza demandó a don Demetrio y don Antonio Salguero Suárez y a don Faustino Doncel Corzo, en representación de su hijo don Joaquín, alegando haber prestado a don Valentín Salguero la cantidad de 55.00 pesetas, sin recibir ningún documento acreditativo de esta operación, debido a la gran amistad reinante entre ambos; que había fallecido dicho señor sin abonarle cantidad alguna, y que el hecho de transcurrir el tiempo sin que lo hicieran los demandados, como herederos del deudor, motivó que solicitase el reconocimiento de la deuda, lo que efectuaron, firmando con tal fin unas letras de cambio.

Como quiera que al vencimiento de la primera no se hizo efectiva, en lugar de poner en circulación las restantes llegó a un acuerdo amistoso con los interesados, por el cual le hacían cesión pura y simple de determinadas fincas y de 1.300 pesetas en metálico, suma que unida a la valoración de las primeras coincidía con el importe de la deuda.

Tomó inmediata posesión de los bienes cedidos, y por no haberse efectuado la partición de la herencia de don Valetín Salguero, y por carecerse

^{1.} Ver Considerando primero.

de la titulación de algunas fincas, pasó el tiempo sin dar carácter jurídico a los hechos, por lo que precisando vender alguna de ellas lo hizo por documento privado, tramitando después expediente posesorio a nombre del comprador, dándose la circunstancia de que al ser requeridos los demandados en relación con uno de los expedientes declararon ser ciertos los extremos alegados por el interesado y que nada tenían que oponer a la inscripción que se solicitaba, negándose, no obstante, a firmar lo declarado, por lo que hubieron de hacerlo dos testigos.

Manifestaba también que, siguiendo la costumbre existente entre los campesinos de Badajoz, la madre de los demandados, hoy fallecida, le había hecho entrega de la titulación de una finca, como prueba de enajenación de la misma, siendo por su cuenta desde este momento todas las contribuciones e impuestos que sobre dicha finca recaían.

La demanda fué contestada, afirmando que la firma de las letras se hizo en un momento en que no contaban con fondos para hacer efectiva la deuda; que la entrega de las fincas fué con el objeto de que con sus productos se reintegrase del préstamo efectuado, entrando en posesión de ellos en la misma fecha del libramiento de las letras, lo que prueba el objeto de la entrega, ya que si hubieran sido en plena propiedad holgaba el aseguramiento de la deuda por las cambiables. Se opuso a la valoración de las fincas efectuada por el demandante y formuló reconvenCIÓN, solicitando la declaración de nulidad de la aprobación de información posesoria de una suerte de tierras y se ordenara la cancelación de la inscripción en el registro.

Insistió el actor en dúplica en la posición mantenida, y contestó a la reconvenCIÓN defendiendo la validez del expediente posesorio y de la inscripción subsiguiente, y practicadas las pruebas propuestas por una y otra parte, el Juzgado dictó sentencia, declarando que el contrato celebrado lo era de cesión de bienes para pago de la deuda y declarando la nulidad de la información posesoria e inscripción, fallo que fué confirmado por la Audiencia.

El demandado formalizó recurso de casación por infracción de Ley, basándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primer, segundo, tercero y cuarto. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E.C.: Infracción del artículo 1.282 del C. c., al declarar que el contrato es de cesión de bienes, y de las sentencias de 21 noviembre 1908, 9 diciembre 1944, artículos 1.289 y 1.175 del C. c., y sentencias de 14 noviembre 1881, 22 octubre 1914, 9 enero 1915 y 9 diciembre 1943, aplicando indebidamente el principio de la reciprocidad de intereses, lo que solamente hubiera sido rectamente aplicado en el caso extremo de desconocerse la voluntad de los contratantes, lo que no ocurría en el presente caso. Infracción de los artículos 1.258, 1.278 y 1.280, núm. 1.^o del Código civil, por inaplicación al absolver a los demandados de la petición de que otorguen escritura pública de los bienes dados en pago, y de los artículos 1.459, núm. 2.^o, y 1.275 del mismo Código y 384 de la Ley Hipotecaria, por inaplicación.

CONSIDERANDOS.—Primer. Que según constante jurisprudencia de esta Sala, más concretamente expuesta en la sentencia de 17 de diciembre de 1942, cuando las cuestiones discutidas en el recurso se refieren a la interpretación de contratos o actos jurídicos ha de estarse al criterio que el juzgador de instancia haya consignado acerca de la inteligencia y alcance de los pactos establecidos por los contratantes, a no ser que se demuestre que existe notoria infracción de las normas que el Código civil, en sus artículos 1.281 a 1.289, consagra a la interpretación de los contratos, y en el primer motivo del presente recurso, encaminado a impugnar esa inter-

pretación y alcance que da la sentencia recurrida, no se logra demostrar tal infracción de esas normas con los débiles razonamientos que basa sobre la firma de las letras de cambio por los demandados y sus causantes, la liquidación del estado de la deuda, el que no trataran de conocer el resultado de la administración de las fincas cedidas y la valoración de éstas al entregarlas, porque además de que, de estos hechos sólo la firma de las letras está reconocida en la sentencia recurrida, todos ellos no bastan para acreditar ese error en la interpretación, pues lo mismo pueden ser elementos del contrato de cesión de bienes que califica esa sentencia que de el de dación en pago que alega el recurrente, y tampoco puede darse el alcance que éste pretende a que al ser citados los recurridos en las informaciones posesorias de tres de las fincas cedidas por el demandante no formularan su oposición, pues cualquiera que fuera el motivo que para esto tuvieran, y que no puede vislumbrarse por lo que consta en los autos, se da la circunstancia, precisamente en esas mismas comparecencias, que se negaron a firmarlas esos demandados, hecho que aunque lo silencia la sentencia se ha reconocido por el mismo recurrente en el hecho séptimo de la demanda, y está de perfecto acuerdo con la conducta posterior de los demandados de solicitar en este pleito y los acumulados la nulidad de esas informaciones posesorias, por lo que no puede tildarse a estas peticiones de ir en contra del acto anterior de sus autores de no haberse opuesto a las informaciones, y, por tanto, tampoco significa nada para demostrar la pretendida interpretación errónea hecha por la Sala sentenciadora.

Segundo. Que también debe ser rechazado el segundo motivo de casación, porque se limita a marcar la distinción entre la cesión de bienes para el pago y la dación en pago, y sólo alega el hecho de no figurar los antiguos dueños en el Reparto de Utilidades en el Municipio correspondiente a los bienes cedidos, lo cual es muy natural y nada prueba contra lo sostenido en el considerando anterior y los razonamientos del Tribunal a quo de que por no aparecer con claridad el propósito de los contratantes hay que interpretar sus actos con arreglo al artículo 1.289 del Código civil, y resolver la duda por tratarse de un contrato oneroso en favor de la mayor reciprocidad de intereses, que aquí es el contrato de cesión para pago por estar con esto suficientemente garantizado el cobro por el acreedor y no perder los deudores, que tan moral y justamente reconocieron y pretendieron pagar la deuda, el beneficio que pudiera producirles el que se encontrara compradores que pagaran por los bienes más de la valoración que les fué en principio calculada.

Tercero. Que desestimados los motivos primero y segundo del recurso, caen por su base los dos restantes referentes al otorgamiento de la escritura de transmisión de bienes y nulidad de la información posesoria de la tierra enclavada al sitio de El Pradillo, porque parten de que el contrato discutido sea de dación en pago, tesis rechazada en los anteriores considerandos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 DICIEMBRE 1947

Procesal—diligencias para mejor proveer.

La facultad otorgada a los Tribunales por el artículo 340 de la Ley Procesal es tan absoluta que ni las partes las pueden discutir ni contra su resolución se da recurso alguno.

ANTECEDENIES.—En juicio verbal sobre revisión de alquileres seguido en el Juzgado Municipal núm. 14, de Barcelona, por la parte arrendadora contra varios inquilinos se dictó sentencia absolviendo a los demandados. Apelada la sentencia y acomodada la apelación a las normas de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, en el acto de la vista se solicitó por la apelante que para mejor proveer se admitieran nueve documentos que presentaba. El Juez, para mejor proveer y con suspensión del término para dictar sentencia, acordó unir a los autos los documentos y el reconocimiento de los mismos por los suscribientes de ellos, reconociéndose por los interesados sus firmas, dictándose sentencia por la que se revocó la pronunciada por el inferior.

Contra ella se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, amparado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO—Artículo 172, en relación con el 169, 170 y 171 de la vigente L. de A. U., por haberse infringido los artículos 506 y 508 de la L. de E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la facultad otorgada a los Tribunales por el artículo 340 de la Ley Procesal es tan absoluta que ni las partes la pueden discutir ni contra su resolución se da recurso alguno; ya que, si así no fuera, a tanto equivaldría como autorizarlos para adoptar acuerdos privados de eficacia y finalidad, según jurisprudencia de esta Sala.

Segundo. Esto sentado, que unidos a los autos, por resolución para mejor proveer, ciertos documentos estimados por el juzgador convenientes para esclarecer el derecho de los litigantes, la circunstancia de que no reúnan, según aduce el recurrente, las condiciones que para su admisibilidad exigen los artículos 506 y 508 de la citada Ley, ni puede invocarse como motivo de infracción, ni servir de base a un quebrantamiento de forma, ya que, como apuntado queda, contra el uso que de tal potestad hagan los Tribunales no cabe recurso alguno.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—subarriendo de locales destinados al ejercicio de comercio o industria.

El Decreto de 21 de enero de 1936, como disposición aclaratoria de la Ley (sic.) de 29 de diciembre de 1931, no excluye el subarriendo como causa de no continuación de la prórroga de los locales destinados a comercios o industrias de acuerdo con el criterio sustentado en la sentencia de 31 de diciembre de 1948.

ANTECEDENTES.—En el mes de julio de 1946 se dedujo demanda de desahucio por subarriendo en el Juzgado de Primera Instancia núm. 8, de Barcelona, de un local arrendado para vivienda, alegando el demandado que, tratándose de locales industriales, la única disposición aplicable era el Decreto de 21 de enero de 1936 y en él no figura como causa de desahucio el subarriendo.

El 21 de octubre de 1946 se dictó sentencia absolviéndose al demandado, en la que se sentó como hecho incontrovertible, por reconocimiento expreso y recíproco de las partes, realizado por el demandante al reconocer competencia al Juzgado de Primera Instancia, que el arrendario siempre tuvo la habitación objeto del contrato destinada a almacén de farmacia, y en confesión judicial del actor que el local se encuentra destinado al ejercicio del comercio, y como el artículo 5.^º del Decreto de 21 de enero de 1936 no permite el desahucio por subarriendo, la acción ejercitada no puede prosperar.

Interpuesto por el demandante recurso de casación por injusticia notoria se formalizó por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO. — 1.^º Error al apreciar las pruebas, ya que aparece probado la existencia del subarriendo.

2.^º Infracción del Decreto de 21 de enero de 1936, que sólo tiene un valor supletorio al Decreto de 29 de diciembre de 1931.

3.^º Inaplicación del artículo 149, causa segunda y cuarta de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el primer motivo del recurso, consistente “en manifiesto error en la apreciación de la prueba”, por no estimar la sentencia justificado el subarriendo, debe ser desestimado, porque parte el recurrente de un fundamento equivocado, puesto que no es exacto que el Juez declare no probado dicho subarriendo, sino que más bien tácitamente reconoce su existencia, si bien considera dicha causa como no susceptible de dar lugar al desahucio conforme al Decreto de 21 de enero de 1936, y no podía menos de suceder así, ya que de la prueba practicada se deduce claramente el subarriendo. (Acta notarial de 25 de mayo de 1946, donde el subarrendatario don Serafín Vargas reconoce tener establecido en los bajos de la casa a que se refiere la demanda alquilados al demandado don Enrique Padró un negocio de sastrería, sin conexión familiar ni profesional con el demandado y sin vínculo alguno con el propietario de la finca, corroborado este elemento probatorio por la tarjeta de propaganda de dicho negocio y por la declaración del agente de la Cámara de la Propiedad Urbana.)

Segundo. Que sobre esta base de hallarse demostrado el subarriendo, no puede menos de estimarse el segundo motivo del recurso, donde se denuncia la infracción de la Ley de 29 de diciembre de 1931, al reputarla derogada por el aludido Decreto, pues éste, conforme a su artículo 1.^º, no es otra cosa que una disposición aclaratoria de la legislación de alquileres vigente cuando se promulgó y, por tanto, de la citada Ley, siendo ésta aplicable a los contratos de arrendamientos de locales destinados a comercios o industrias en todo lo no regulado especialmente en el mencionado Decreto, y, por lo tanto, si bien es verdad que el artículo 5.^º del Decreto aludido no enumera entre los casos en que el propietario puede ejercer la acción de desahucio el de subarriendo, al que hace referencia la letra d) del artículo 5.^º de la Ley de 29 de diciembre de 1931, no es esto suficiente

para estimar suprimido por la omisión de una disposición meramente aclaratoria causa tan justificada de desahucio como la citada, permitiendo así la intrusión en el inmueble arrendado de terceras personas contra la voluntad expresa del arrendador, manifestada en este caso en la prohibición contenida en el contrato, de acuerdo con el criterio sustentado por este Tribunal en su sentencia de 31 de diciembre de 1946.

Tercero. Que tales a mayor abundamiento el pensamiento del legislador, según se deduce claramente de la segunda disposición transitoria de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en la que se dispone que cuando una vivienda o local de negocios se hallare total o parcialmente subarrendada en 1.^o de octubre de 1946, por lazo no inferior al de seis meses, precisamente anterior a esta fecha, aunque el arrendador no hubiera autorizado el subarriendo, si antes de este día no promovió el desahucio por dicha causa no podrá a su amparo obtener la resolución del contrato hasta que cambie la persona del subarrendatario, con lo que claramente se da a entender la posibilidad de ejercitarse con éxito la acción de desahucio por subarriendo con anterioridad a la fecha que se indica, lo que tuvo efecto en el caso de autos, ya que la demanda aparece presentada en 2 de agosto de 1946.

Cuarto. Que si bien los almacenes, destino que parece tenía el local objeto del contrato de arriendo, tienen la consideración de vivienda conforme el artículo 10 de la Ley, cuando interiormente no se comunica con un local de negocios, y que el artículo 27 de la misma niega la de subarriendo u hospedaje a la convivencia con el inquilino de dos personas extrañas a su familia y de los hijos de cualquiera de ellos, esta disposición no podría nunca enervar la aplicación al caso de la causa de desahucio alegada desde el momento en que el arrendatario no subarrendó el local de que se trata a persona alguna para que conviviese con él, sino para el establecimiento de un negocio, quebrantando la prohibición contenida en el contrato.

Quinto. Que por las precedentes razones debe declararse haber lugar al recurso de revisión, por injusticia notoria, entabulado contra la sentencia de que se trata, con las costas de cuenta respectiva de las partes, a tenor de lo estatuido en los artículos 171 y 164 de la Ley.

FALLO.—Ha lugar al recurso y al desahucio por subarriendo.

SENTENCIA 19 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—resolución: por cesión.

No es necesario para el lanzamiento del cessionario en un contrato de arrendamiento que el arrendador interese la nulidad del contrato de cesión que por no haber sido parte de él ni le vincula en modo alguno ni le corresponde atacar su virtualidad, conforme a lo prevenido en el artículo 1.302 del Código civil.

ANTECEDENTES.—El 10 de marzo de 1947, en el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, se presentó por doña Petra Azcárate Echandi demanda contra don Segundo Minondo Rota y don Adolfo Indave Hernán-

dez, como cedente y cesionario de un local de negocio, basada en el artículo 10 del Decreto de 21 de enero de 1936 y en el 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, alegando que el señor Minondo no podía traspasar ni subarrendar en todo o en parte el local arrendado sin autorización escrita, y que el 7 de enero de 1947 el señor Indave se dirigió a la actora manifestándola que por escritura pública se había extendido el traspaso a su favor por el señor Minondo, notificándola que en lo sucesivo se pusieran los recibos a su nombre; que en acto de conciliación el señor Minondo, aun no estando conforme con las pretensiones de la actora, no tenía inconveniente por su parte en que se hiciera aquélla cargo del local, solicitando la demandante que se dictara sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento.

Don Eugenio Minondo objetó que la cesión había sido del negocio industrial con todos los bienes integrantes del mismo, pero no del local, y que si el señor Indave se había dirigido a la propietaria era por creer tenía derecho al local, pero sin que hubiera hecho uso de éste, limitándose a sacar la maquinaria y existencias, y que si en acto de conciliación se manifestó dispuesto a ceder sus derechos era sólo para evitar un litigio, condición que no se ha cumplido, y que además el señor Indave reconocía que el local no le había sido traspasado, desistiendo de todo supuesto decho.

Acomodadas estas pretensiones a la Ley de Arrendamientos Urbanos, el 4 de agosto de 1947 se dictó sentencia, dando lugar a la demanda, interponiéndose recurso de injusticia notoria, basado en las causas tercera y cuarta del artículo 169 de aquella Ley.

MOTIVOS DEL RECURSO.—No se resumen por aparecer reflejados en los siguientes

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para demostrar la injusticia notoria en que se apoya este recurso se alega, en primer lugar, la infracción de los artículos 1.281, 1.282 y 1.283 del Código civil, porque, según el recurrente, al declarar la sentencia combatida, como hecho decisivo del fallo, que al otorgarse por los demandados la cesión del negocio industrial instalado en el local litigioso se incluyó éste en el traspaso, interpreta erróneamente los referidos preceptos y la jurisprudencia concordante, conforme a la cual, cuando se suscitan dudas sobre la inteligencia de un contrato o se pretende desconocer su verdadero alcance, los Tribunales deben atender, para juzgar de la intención y propósito de los otorgantes, a las circunstancias que les acompañaron y a los actos subsiguientes con ellos relacionados.

Segundo. Que frente a estas afirmaciones del recurrente basta citar, como corroborantes de la justicia del fallo recurrido y el acierto en la interpretación de las normas que se invocan como infringidas: la carta en que el cesionario señor Indavé, un mes después del traspaso, comunica a la propietaria la operación, a los efectos que procedan, y la ruega que, en lo sucesivo, ponga a su nombre los recibos justificativos del pago de la renta; la conducta del cedente don Segundo Minondo en el acto de conciliación, reconociendo implícitamente el incumplimiento de la cláusula prohibitiva del traspaso, estipulada en el arriendo, al no oponer inconveniente alguno por su parte a que la propietaria se hiciera cargo del local; las explícitas declaraciones del señor Indave dentro del pleito, al confesar que él entendió que en el traspaso de la fábrica iba también incluido el del establecimiento, pero que al oponerse la dueña e interponer

su demanda se consideraba desde tal momento sin derecho alguno, a cuyo efecto devolvió las llaves al cedente y recabó de éste el reintegro de los alquileres hasta entonces por él abonados.

Tercero. Que para contrarrestar estos hechos de tan capital importancia en la interpretación de la escritura de traspaso se aduce por el recurrente que como al concertarse no fué su propósito permanecer en el goce y disfrute del establecimiento locado, sino ocuparlo solamente por el tiempo preciso para trasladar la fábrica de Pamplona a Arguedas, como lo acredita el hecho de que, nueve días más tarde, tenía lograda la autorización de la Delegación de Industria de Navarra para el traslado, habiendo depositado el 21 de diciembre de 1946 la cantidad presupuestada para atender al cambio del emplazamiento; pero al argumentar así se olvida el recurrente que, de ser cierto tal designio, no se explica, lógicamente, cómo un mes después de estas gestiones se dirige a la propietaria notificándola la subrogación, y rogándola que, en lo sucesivo, gire los recibos del inquilinato a su nombre, porque tal hecho viene a poner de relieve que la cesión se consumó, y que, al oponerse la arrendadora, los codemandados trataron de evitar que la acción resolutoria ejercitada pudiera prevalecer.

Cuarto. Que asimismo procede desestimar el motivo segundo, en cuanto se basa en la infracción de los artículos 70 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y del cuarto del Decreto de 21 de enero de 1936. En cuanto al primero, porque la reafirmación del principio esencial de la legislación de alquileres, relativo a la obligatoriedad de los contratos para el arrendador, quiebra y carece de aplicación cuando, como en el caso del recurso, el arrendatario incurre en una causa resolutoria del arriendo avenida por la Ley; y en cuanto al segundo, porque sus prescripciones en nada obstan a lo aquí controvertido, por lo mismo que la acción ejercitada no tiene su fundamento en ninguno de los supuestos que en tal forma se contienen, sino en el incumplimiento del contrato y en la contravención por el arrendatario de lo preceptuado en el artículo 9.^º del Decreto objeto de examen, determinantes una y otra de la resolución del arrendamiento, declarada por el fallo recurrido, con todas las consecuencias inherentes a su extinción.

Quinto. Que tampoco la sentencia impugnada comete las infracciones que se la atribuyen en el tercero y último motivo del recurso, porque si bien es exacto que esta Sala tiene uniformemente proclamado que cuando la acción se funda en la nulidad de un acto u obligación lo primero que debe pedirse es tal nulidad, para que aquélla pueda prosperar, no lo es menos que tal doctrina deja de ser aplicable cuando la nulidad, lejos de producir el nacimiento de la acción, es consecuencia indeclinable de estimarse la propuesta, como ocurre en el caso del recurso, ya que basada la acción resolutoria a que se contrae la demanda en el incumplimiento del contrato prohibitivo de la cesión, al prevalecer aquélla y extinguirse por tal causa el arriendo, queda también extinguida la cesión, sin que para el lanzamiento del cessionario sea requisito preciso que el arrendador interese la nulidad de un contrato que por no haber sido parte de él ni le

vincula en modo alguno ni le corresponde atacar su virtualidad, conforme a lo prevenido en el artículo 1.302 del Código civil.

FALO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 DICIEMBRE 1947

Civil—prueba—documentos públicos: su valor.

Según reiterada doctrina jurisprudencial que aplica el artículo 1.218 del C. C., los documentos públicos prueban, aun contra tercero, la fecha y el hecho que motiva el otorgamiento, pero no garantizan la veracidad intrínseca de las declaraciones que en ellos hayan hecho los otorgantes.

Hipotecaria—valor de la inscripción de contratos nulos.

Resulta vano en casación alegar la infracción del artículo 1.473 del Código Civil y 41 de la L. H., que si amparan al primer inscribiente en casos de venta de una misma cosa a diferentes compradores y refuerzan en otros aspectos el derecho nacido fuera del Registro al ser incorporado a él, nada pueden amparar ni nada pueden afianzar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la L. H., si la inscripción recae sobre contratos que, cual el de autos, son nulos con arreglo a las Leyes.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho.

Para que en casación pueda prosperar un recurso amparado en el error de derecho en la apreciación de la prueba, es necesario que se invoque un precepto legal sobre valoración de pruebas que se considere infringido.

ANTECEDENTES.—Don Rafael Lluch Vidal promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Albaida contra D. José, D.^a Carmen, D. Bautista y D.^a Natividad Blasco Gomar, en la que se exponía que el demandante, mediante escritura otorgada el año 1930, hizo un préstamo de 3.000 pesetas al padre de los demandados, en garantía del cual se constituyó hipoteca sobre dos fincas rústicas. Promovidos por el acreedor juicio ejecutivo, le fueron adjudicadas en tercera subasta, anunciada en el Boletín Oficial de la Provincia en 9 de diciembre de 1933, las fincas, otorgándose por el Juez la correspondiente escritura el 30 de abril de 1934. Como consecuencia de incendios y saqueos realizados por los rojos en los primeros días del Alzamiento Nacional fueron destruidos los archivos del Juzgado, el protocolo del Notario y el Registro de la Propiedad, por lo que el demandante instó acta de notoriedad para obtener la reinscripción; pero durante la tramitación del expediente fué citado de conciliación para que reconociese que la propiedad de las fincas pertenecían a los demandados, quienes seis días después de la conciliación inscribían la nuda propiedad sobre dichas fincas, por lo que suplicaba se dictara sentencia en la que se declarase que el dominio pleno en las fincas correspondía al demandante y nulas las inscripciones de la nuda propiedad a favor de los demandados, condenando a éstos a que las desalojasen y dejases libres, restituyéndolas con todos los frutos o rentas que hubieran podido producir desde el tiempo que habían sido injustamente detentadas.

Los demandados alegaron que su padre y causante, en 1^{er} de abril de 1933, les había vendido, mediante escritura pública, la nuda propiedad,

entre otras, de las fincas objeto del pleito, libres de cargas y gravámenes, por lo que al otorgarse la escritura de venta judicial al demandante no pudo transmitir el Juzgado más de lo que pertenecía al ejecutado, sin que además el actor hubiera tenido nunca la posesión ni hubiera ocupado las fincas, excepcionando que existía falta de acción por carecer de título que acreditase el dominio, no haberse solicitado la acción previa de declaración de dominio o haber ejercitado la acción derivada del artículo 1.461 del C. c., y que los demandados eran dueños por justo título inscrito.

En réplica el actor modificó su súplica, adicionándola con la petición de que se declarase simulado e inexistente el título de los demandados o, alternativamente, el mejor derecho del demandante, y en uno y otro caso la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia, el 8 de febrero de 1944, dictó sentencia por la que se reconocía el pleno dominio de las fincas a favor del actor y nulas las inscripciones en el Registro de la Propiedad, condenando a los demandados a devolver los frutos percibidos desde la presentación de la demanda. Apelada la sentencia por los demandados se adhirió el actor a la apelación porque la sentencia no declaró la nulidad, por ser simulado, del título de los demandados y por no haber condena en las costas, y el 12 de julio de 1944 confirmó la A. T. de Valencia la sentencia, declarando además la absoluta simulación y legal inexistencia de la venta.

Contra ella formalizaron recurso de casación los demandados en base de los siguientes:

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de E. c.: Infracción del artículo 41 de la L. H. y 1.473 del C. c. Los recurrentes adquirieron la finca en escritura pública por el precio declarado y recibido de 10.000 pesetas, que inscribieron y luego reinscribieron en el Registro de la Propiedad, habiendo estado en el quieto y pacífico disfrute durante casi diez años, sin que al demandante se le ocurriera ejercitar ninguna acción.

Segundo. Número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de E. c.: Error de derecho en la apreciación de la prueba, basada en que el actor, en la prueba de confesión, reconoció que no había tomado posesión de las fincas, aleándose varias sentencias sobre el valor de los documentos notariales y de las certificaciones del Registro de la Propiedad, como documentos auténticos.

Tercero. Número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de E. C.: Error de hecho, resultante de la escritura de venta y de la certificación del Registro, pues la inexistencia o simulación de la venta no ha quedado demostrada, ya que la sentencia recurrida se basa para ello en la prueba de confesión de los demandados.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para declarar simulada la venta de las dos fincas en litigio, hecha a los demandados por su padre en escritura pública del 3 de abril de 1933, la Sala sentenciadora tuvo en cuenta la prueba practicada, y en particular la de confesión de los propios demandados, juntamente con la de presunciones, expresivas de que, no obstante haberse hecho constar en la escritura que el vendedor había recibido con anterioridad el precio convenido, esta declaración había sido fingida, y ante tal hecho, que jurídicamente arguye simulación absoluta en cuanto el consentimiento y la causa existieron sólo en apariencia y el negocio global no ha sido realmente querido, lo que en definitiva determina la inexistencia de vínculo contractual, conforme al artículo 1.261 del Código civil, se alega en el segundo motivo del recurso error de derecho en la apreciación de la prueba, refiriéndolo al hecho intrascendente en estos autos de

que el actor adquirente en subasta judicial de las dos fincas que trata de reivindicar no había entrado en la posesión de ellas, sin que por otra parte se invoque en este motivo precepto legal alguno sobre valoración de pruebas que se considere infringido, como sería preciso para que pudiera prosperar.

Segundo. Que en el tercer motivo del recurso se alega error de hecho que se dice padecido al valorar la prueba en la sentencia recurrida; pero no se expresa de modo concreto en qué consiste tal error, aunque parece que lo que se pretende es que a la escritura pública de compra y el certificado de su inscripción en el Registro se les asigne el rango de documentos suficientemente acreditativos de que la compra-venta tuvo realidad, frente a la declaración de instancia de que ha sido simulada, olvidando así el recurrente la reiterada doctrina jurisprudencial que aplica el artículo 1.218 del Código civil, en el sentido de que los documentos públicos prueban, aun contra terceros, la fecha y el hecho que motiva su otorgamiento, pero no garantizan la veracidad intrínseca de las declaraciones que en ellos hayan hecho los otorgantes, por lo que, en este último aspecto, no revisten autenticidad en trance de casación los aludidos documentos, procediendo, en consecuencia, la desestimación también del tercer motivo del recurso, por no concurrir en él los requisitos que exige el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Tercero. Que en el restante primer motivo del recurso se hace supuesto de la cuestión debatida, dando por cierto que la escritura de compra por los demandados y la inscripción en el Registro son títulos válidos y acreditativos del derecho de propiedad de las dos fincas en favor de los recurrentes, por lo que, a su juicio, la sentencia recurrida, que no reconoce tal derecho, infringe el artículo 41 de la Ley Hipotecaria y el 1.473 del Código civil; pero no se quiere tomar en consideración que la escritura ha sido declarada radicalmente nula en la instancia, y a esta declaración es preciso atenerse mientras no sea eficazmente impugnada en casación, como era obligado a los fines del recurso y no se hizo, por lo que resulta vano alegar la infracción de normas civiles e hipotecarias que si ampararan al primer inscrito en casos de venta de una misma cosa a diferentes compradores y refuerzan, en otros aspectos, el derecho nacido fuera del Registro al ser incorporado a él, nada amparan ni nada pueden afianzar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, si la inscripción recae sobre contratos que, cual el de autos, son nulos con arreglo a las Leyes.

Cuarto. Que por lo expuesto deben ser desestimados los tres motivos del recurso, y, a mayor abundamiento en pro de la sentencia recurrida, pudiera aducirse que siendo cierto, como en ella se declara, que las fincas que se dice vendidas a los demandados se hallaban anteriormente hipotecadas y el procedimiento ejecutivo instado para realizar el crédito que garantizaban estaba ya en trámite avanzado, con la correspondiente anotación preventiva del embargo al ser otorgada la compra-venta, ni pudo legalmente ser inscrita la transmisión libre de cargas, como alegaron los demandados ni éstos en concepto de terceros poseedores, aun en el supues-

to de compra válida, debieron desentenderse del proceso de ejecución, en el que pudieron comparecer para defender su derecho y, en particular, para efectuar el pago del crédito garantizado, y al no haberlo hecho procedería estimar que han desamparado los bienes hipotecados y consentido que éstos se considerasen en poder del primitivo deudor para ser judicialmente vendidos, según está previsto para el juicio ejecutivo en el artículo 126 de la Ley Hipotecaria y en el 134 para el procedimiento judicial sumario.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 DICIEMBRE 1947

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento—compraventa mercantil: giro de letras.

La no constancia del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación de pago del precio de una compra-venta y ni por cuenta de quién viajó la mercancía obliga a entender, según reiterada jurisprudencia, que aquélla se entregó en el establecimiento mercantil del vendedor, no obstante haberse girado letras para el cobro del precio.

SENTENCIA 23 DICIEMBRE 1947

Procesal—acumulación de autos: por producir excepción de cosa juzgada.

Para que se produzca el evento previsto en el número 1.^º del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento civil de que la sentencia que recaiga en uno de los juicios cause la excepción de cosa juzgada en el otro, es necesario que concurran los requisitos que fija el artículo 1.252 del Código civil.

Procesal—acumulación de autos: por dividirse la continencia de la causa.

No hay posibilidad de que se divida la continuación de la causa a que se refiere el número 5.^º del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando se ejerçiten acciones con vida jurídica material y procesal independiente.

CONSIDERANDO.—Que encaminada la acción ejercitada ante el Juzgado de Santa Cruz de Tenerife al pago por el demandado de determinada cantidad en concepto de precio de un arrendamiento de obras, y dirigida la demanda entablada en el Juzgado de Barcelona al cobro de cantidad procedente de servicios profesionales prestados por el actor en este pleito al demandado, se aprecia notoriamente que el objeto de los dos juicios es distinto y las acciones ejercidas son independientes, sin que entre ellas se aprecie otra conexión que la resultante de una mutua reclamación entre los litigantes que responde a causas de pedir diferentes,

por lo que no se está en presencia de ninguno de los casos de acumulación de autos previstos en el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que no puede producirse el evento de que la sentencia que recaiga en uno de los pleitos cause excepción de cosa juzgada en el otro, al no concurrir los requisitos que fija el artículo 1.252 del Código civil, ni hay posibilidad de que se divida la continencia de la causa cuando se ejercitan acciones con vida jurídica material y procesal independientes.

FALLO.—No ha lugar a la acumulación.

SENTENCIA 23 DICIEMBRE 1947

Civil—arrendamientos urbanos—retroactividad de la ley.

La disposición transitoria primera de la Ley de A. U. es aplicable para regular la resolución de contratos por hechos comenzados antes y continuados después de la nueva legislación y que implican incumplimiento de obligaciones contractuales sometidas a las disposiciones de aquélla.

Civil—arrendamientos urbanos—resolución—por transformación del local arrendado: equiparación de los depósitos y almacenes a lo dispuesto para las viviendas.

La equiparación que hace el artículo 10 de la Ley de A. U. de los depósitos y almacenes a las viviendas, sin distinción ni restricción alguna, es aplicable también para la resolución del contrato por la causa 4.^a del artículo 149 de aquélla.

ANTECEDENTES.—Doña M.^a Teresa Alegret, asistida de su esposo, solicitó en el Juzgado de Primera Instancia de Tortosa, en el mes de mayo de 1947, la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio concertado con D. Lorenzo Reverter Llagostera para dedicarlo al ejercicio del comercio, basándose en que en abril de 1945 cesó el arrendatario en el negocio y cerrado el local fué dedicado a almacén o depósito de mercancías, y en ese destino único, ininterrumpido y no pactado, continuó con actualidad procesal después de la nueva Ley.

El Juzgado, en agosto de 1947, dictó sentencia declarando resuelto el contrato, que fué recurrida por injusticia notoria al amparo del artículo 169 de la Ley de A. U., fundado en la causa 3.^a, o sea, por infracción de precepto de la Ley de A. U. por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción de la causa 4.^a del artículo 149, puesto que la cesación de las actividades comerciales no equivale a una transformación.

Segundo. Infracción del artículo 10; la assimilación que hace este artículo de los almacenes a las viviendas no es tan absoluta que quepa incluir a aquéllos en los supuestos aplicables a actas en el número 4.^o del artículo 149 de la Ley de A. U.

Tercero. Infracción del D. de 29 de diciembre de 1931: La sentencia recurrida aplica el artículo 5.^o de esta disposición, y el D. de 21 de enero de 1936 no considera como causa de desahucio la de destinar el local a usos distintos de los pactados.

Cuarto. Infracción de la disposición transitoria 13 de la Ley de A. U.,

ya que la sentencia da efecto retroactivo al capítulo XI, asimilando vivienda y almacén, que antes de la Ley eran distintos.

Quinto. Infracción del artículo 350 de la Ley de E. c., al dictar la sentencia su fallo basándose en las disposiciones derogadas cuando la demanda y contestación giran sobre aplicación de los nuevos preceptos de la Ley de A. U.

CONSIDERANDOS.

...

Segundo. Que la primera disposición transitoria de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, bajo cuya vigencia se presentó la demanda, obliga a aplicar sus preceptos a los contratos vigentes el día de su promulgación, como lo estaba el existente entre doña María Teresa Alegret y don Lorenzo Reverter, siendo, por lo tanto, también obligada esta aplicación para regular la resolución de los mismos por hechos comenzados antes y continuados después de la promulgación de la nueva legislación, y que implican incumplimiento de obligaciones contractuales sometidas, según acaba de decirse, a las disposiciones de aquélla.

Tercero. Que, en consecuencia, es aplicable al caso para calificar el destino del local arrendado a uso no pactado el artículo 10 de la nueva Ley que, a los efectos de la misma, ordena la equiparación de los depósitos y almacenes a las viviendas, sin distinción ni restricción alguna, por lo que, según principio general del Derecho bien conocido, carece de fundamento la eliminación de entre esos efectos de la resolución del arrendamiento por la causa 4.^a del artículo 149, también aplicable al caso por la razón expresada, de todo lo cual se deduce la improcedencia del recurso por las causas alegadas como primera, segunda y cuarta del mismo.

Cuarto. Que dictado el fallo de la sentencia recurrida de acuerdo con las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito; conforme a los hechos que, de los establecidos en el mismo, se estimaron probados, y por la causa de pedir invocada en la demanda, y siendo dicho fallo el procedente con arreglo a los fundamentos legales que, según lo antes expuesto, se consideran aplicables para resolver la cuestión planteada, ni en dicho fallo se incurrió en injusticia notoria, siquiera haya llegado a la solución procedente apoyándose en distintos fundamentos legales, ni es incongruente, juzgada la congruencia según el concepto deducido por la jurisprudencia, de lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que tampoco puede estimarse el recurso por sus causas tercera y quinta.

FALLO.—No ha lugar..

SENTENCIA 24 DICIEMBRE 1947

Civil—obligaciones: incumplimiento.

No todo incumplimiento de una obligación produce perjuicio a la otra parte.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no citarse las disposiciones legales infringidas.

Para formular debidamente los motivos de casación, es preciso, según reiterada jurisprudencia, citar las disposiciones legales violadas con esas infracciones alegadas, y no puede combatirse una sentencia por incongruencia al otorgar más de lo pedido y por haber incurrido en abuso o exceso de jurisdicción sin alegar las disposiciones legales infringidas.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: abuso de jurisdicción.

No puede alegarse haber obrado el Tribunal sentenciador con abuso o exceso de jurisdicción por razón de la materia, cuando precisamente el recurrente que invoca esa incompetencia es quien le ha sometido a dicho Tribunal.

ANIECEDENTES.—Don Amador García Lorenzo demandó a doña Manuela Pérez Carballo alegando quedar incumplido un contrato por el cual había comprado los derribos de una colonia, comprometiéndose a abonar el precio en la forma pactada y obligándose a que el último plazo fuera abonado en el momento de recibir las llaves, para lo que señalaban un plazo de sesenta días. Señalaban también una indemnización de 190.000 pesetas para caso de incumplimiento, que reclamaba por haber quedado incumplido, ya que de las tres obligaciones contraídas por la demandante, que eran permitirle la incautación de los derribos, hacerle entrega de las llaves y no vender, ceder ni hipotecar, las tres habían quedado cumplidas.

Manifestaba también haber sido requerido notarialmente para anunciarle que la otra parte daba por anulado el contrato, salvo en lo que se refería al pago del precio, acto que califica de monstruosidad jurídica.

Se opuso la demandada alegando que aparentando el actor una repentina indignación, en el momento de la firma del contrato, se lo había guardado en el bolsillo, sacando otro más adaptado a sus conveniencias, que, sin duda, fué el que firmó la demandada; pero que, no obstante, en nada lo había incumplido, ya que los materiales vendidos eran de su exclusiva propiedad; que el no haber entregado las llaves era por imposibilidad de hacerlo, debido a las maquinaciones dolosas del demandante, que inducía a los inquilinos a no abandonar las viviendas, y que esto no fué inconveniente para que entrando en varias de ellas se llevase lo que le pareciera, y que el motivo de que reclamase el precio y se negara al cumplimiento era debido a que los materiales habían sido retirados, mientras que el precio no había sido abonado, siendo la pretensión de la otra parte adquirir unos derribos, no pagar el precio y exigir una indemnización. Formulaba reconvenCIÓN, solicitando declaración de nulidad del contrato por falta de voluntariedad y de los acuerdos posteriores por incumplimiento del demandante, que además se había excedido demoliendo viviendas que no figuraban en el contrato y la valla del solar, que tampoco lo estaba, no haciéndole de otras a las que estaba obligado; siendo el resultado práctico haberse poseicionado de todo y no haber pagado nada.

Seguido el pleito por sus trámites legales fué practicada la prueba propuesta y el Juzgado dictó sentencia absolutoria, declarando la inexistencia de los contratos celebrados, fallo que fué revocado por la Audiencia en extremos accesорios y confirmado en lo fundamental.

El demandante fundamentó recurso de casación por infracción de Ley, basándose en los siguientes,

MOTIVOS.—Primero. Números 2.^º, 3.^º y 6.^º del artículo 1.692 de la L. E. C. por incongruencia en el fallo, contener más de lo pedido y exceso

en el ejercicio de la jurisdicción con infracción del artículo 858 de la misma ley, ya que no podía conocer de un asunto que no había sido apelado, agravando la situación del recurrente, como ocurría al resolver los contratos de 7 de abril y 19 de mayo de 1942, cuando había sido absuelto el demandante y declarados válidos, no apelando ni adhiriéndose a la apelación la parte demandada.

Segundo. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. C., violación de los artículos 1.277 y 1.255 del C. c. e interpretación errónea de los artículos 1.203 y 1.204 del mismo Código por desconocer los efectos de la noción.

Tercero. Número 7.^o del artículo 1.692 de la L. E. C. en relación con el 1.^o Error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de documentos auténticos y error de derecho infringiendo los artículos 1.216 y 1.218 del C. c. al no apreciar el incumplimiento del contrato por parte de la demandada.

Cuarto. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. C. en relación con el 7.^o por infracción del artículo 1.281 del C. c.

Quinto. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción del artículo 1.124 del C. c. al hacer una distinción entre obligaciones principales y accesorias que no hace el citado artículo.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para formular debidamente los motivos de casación no es suficiente que al amparo de los supuestos del artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se atribuya a la sentencia recurrida la comisión de determinadas infracciones, sino que es preciso, como tiene repetidamente declarado este Tribunal Supremo, citar las disposiciones legales violadas con esas infracciones alegadas, lo que no ha cumplido el recurrente en el primer motivo del recurso, pues se ha limitado a invocar como infringido el artículo 858 de esa ley procesal, que por referirse exclusivamente al trámite en que puede adherirse el apelado a la apelación y no a los efectos de ésto, no puede ser afectado por las faltas que se imputan a la sentencia de incongruencia por otorgar más de lo pedido y de haber incurrido en abuso o exceso de jurisdicción, sin alegar que con estos supuestos defectos hayan sido infringidas otras disposiciones legales, como exige, entre otras sentencias de esta Sala, la de 15 de octubre de 1928 con la cita del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil para fundar la casación en la incongruencia de la sentencia, siendo además evidente que no ha obrado el Tribunal sentenciador con abuso o exceso de jurisdicción por razón de la materia, porque a lo que se refiere el número seis del mencionado artículo 1.692 alegado por el recurrente, es, según constante jurisprudencia de esta Sala, al conocimiento de los Tribunales de justicia de los asuntos propios de estos órganos o jurisdicciones distintas, y en el caso actual lo discutido son los derechos civiles derivados de contratos de la misma índole y que precisamente el recurrente que ahora invoca esa incompetencia de jurisdicción es quien lo ha sometido a los Tribunales ordinarios al presentar ante ellos la demanda.

Segundo. Que el segundo de los motivos del recurso parte de que la sentencia recurrida declara la nulidad del contrato de 7 de abril, supuesto totalmente erróneo, pues el que declara nulo, sin dejar lugar a duda, por los términos explícitos de su fallo y de acuerdo con la doctrina de sus con-

siderandos, es el de 19 de mayo de 1942, lo cual es suficiente razón para rechazar los motivos de casación.

Tercero. Que no es tan absoluto lo que dice el motivo tercero de casación, de que la sentencia recurrida no aprecie que la demandada dejó de cumplir el contrato, toda vez que reconoce como hechos que ha incumplido algunos pactos, pero por ser su incumplimiento posterior al 8 de junio de 1942 en que el actor debía haber ya totalmente cumplido todas sus obligaciones contractuales, no puede afectar al derecho de la vendedora para la resolución de ese contrato, que nació en el momento anterior de transcurrir el plazo convenido sin que las cumpliera el actor, y esto que lleva a la Sala sentenciadora, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal Supremo en sentencia de 9 de julio de 1904, entre otras, a no dar al posterior incumplimiento por la demanda el efecto de que pierda ésta los derechos que ya tenía adquiridos, es un concepto jurídico que no puede ser impugnado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y por ello debe también ser rechazado este motivo.

Cuarto. Que, como dice muy bien el cuarto motivo, la frase que determina el objeto vendido diciendo "la totalidad de todos los derribos" es clara, pero no en el sentido que él la da, de incluir en ella todos los materiales procedentes de edificaciones derruidas con anterioridad al contrato celebrado entre los litigantes, sino en el de venta de los derribos que había de efectuar el actor, y abona esta manera de entender esa frase la evidente intención de la vendedora de que se dejara libre la finca de construcciones, salvo las situadas a la entrada, y en pago de ese trabajo ceder los materiales de ellas, que por estimarse en mayor valor que el de aquel trabajo había de compensarse la diferencia por unas cantidades de dinero hechas efectivas en diferentes formas.

Quinto. Que es inaceptable en derecho la afirmación que rotundamente hace el recurrente en su motivo quinto de que sea el perjudicado quien haya de graduar la importancia de la prestación que se le debe, porque no puede quedar sometida cuestión tan importante a la exclusiva voluntad de una de las partes, además de que, como dice la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1946, no todo incumplimiento de una obligación produce perjuicio a la parte con quien se ha contraído, y en el presente caso la hipoteca constituida por la demandada después del primer convenio con el actor y su retraso en entregar las llaves en nada entorpecieron la consumación del contrato y práctica de los derribos, ni tampoco es exacta la otra aseveración del mismo motivo de que quien primero incumplió el contrato de autos fué la demandada por no hacer entrega de las llaves en el momento pactado, pues estaba facultada la vendedora para hacerlo hasta el 22 de junio de 1942, por lo que es evidentemente anterior el incumplimiento por parte del actor, quien debió cumplir todas sus obligaciones antes del 8 de junio del mismo año, como afirma la sentencia recurrida, y por todo ello y lo recogido en el considerando tercero no pudo ejercitarse el recurrente los derechos que concede al perjudicado el artículo 1.124 del Código civil, y no cabe estimarse que éste haya sido violado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 DICIEMBRE 1947

Procesal—desahucio: cuestiones objeto de examen.

El juicio de desahucio en precario encaminado a resolver sumariamente para recuperar la posesión natural y a decidir en punto a legitimación pasiva si el demandado posee sin título alguno y sin pagar renta o merced resulta desbordado si entra, de lleno, en el examen de problemas jurídicos complejos sobre suficiencia o insuficiencia de un mandato.

Procesal—desahucio: cuestiones objeto de examen.

Según reiteradas declaraciones, no se evade el concepto de precarista con la mera alegación de que se posee con título, ni con la invocación de una relación jurídica que, por declaración convencional, legal o judicial haya devenido ineficaz o se haya extinguido, ni con la de un título que deba ceder ante otro preferente, pero la posición del demandado que alega y prueba su título, que dimana de la venta de fincas que le hizo un mandatario del dueño, autorizándole para posesionarse de ellas excede el margen del juicio de desahucio.

ANTECEDENTES.—El año 1945, doña Felicidad Ruiz Sánchez y su esposo, D. Venancio Ruiz de la Serna, dedujeron demanda en el Juzgado de Astudillo sobre desahucio en precario de varias fincas rústicas. El demandado, D. Eusebio Montes Primo, se opuso por haber entrado a labrar las fincas como consecuencia de estimar perfeccionado el contrato de compra de aquéllas, llevado a cabo con un hijo de los demandantes como mandatario de éstos, habiéndole entregado las fincas el arrendatario D. Perfecto Ruiz Sánchez, hermano de la demandante.

El Juzgado, en noviembre de 1945, dictó sentencia declarando haber lugar al desahucio, que fué confirmada por la Audiencia en el mismo mes del año siguiente.

Interpuesto recurso de casación, se formalizó por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.

...

Segundo. Números 1.^º y 7.^º del artículo 1.692 L. E. C.: infracción por aplicación indebida del artículo 1.535, núm. 3.^º, de la L. E. C. en relación con la infracción por interpretación errónea de la doctrina legal contenida en las sentencias de 4 diciembre 1933, 5 diciembre 1934, 21 abril 1936 y 6 marzo 1940, entre otras, sobre definición del precario; infracción por falta de aplicación de los artículos 609, 1.254, 1.258, 1.278, 1.445 y 1.450 del C. c.

Tercero. Número 1.^º del artículo 1.692 L. E. C. La sentencia reconoce la existencia del mandato, si bien lo considera insuficiente para cerrar el trato y formalizar la venta. Se discute y resuelve, por tanto, una cuestión tan delicada como los límites de un mandato, luego el contrato existe con arreglo al artículo 1.261 del C. c. y la insuficiencia del contrato podrá anularse conforme al 1.300 del C. c., pero mientras no lo sea en el declarativo correspondiente se entiende válido y eficaz.

Cuarto. Número 1.^º de la L. E. C.: violación por no aplicación de la doctrina legal constituida por las sentencias de 6 julio 1899, 13 junio 1902, 2 diciembre 1904 y 26 octubre 1918, que declaran que la acción de desahucio sólo procede cuando no existen otros vínculos que los derivados del arrendamiento o de la ocupación en precario, la de las sentencias de 8

julio 1903, 25 noviembre 1905, 2 noviembre 1908, 11 marzo 1933, 23 marzo 1936, 17 junio 1926 y otras que declaran que no procede el desahucio si existen cláusulas oscuras, ambiguas o complejas.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la sentencia recurrida no niega que el hijo de los demandantes actuase como mandatario de su padre para gestionar la venta de las fincas que son objeto de desahucio, ni que el hijo haya llegado a concertar con el demandado la compraventa, ni que aquél haya autorizado a éste para entrar, como entró, en la posesión de las fincas, ni que el padre demandante haya escrito al demandado una carta en la que, mostrándose enterado de las gestiones, le dice: "vería con satisfacción que fuese usted quien se quedase con las fincas; usted verá si le conviene seguir en tratos con mi hijo hasta ver si se entienden, y, si así fuese, vería con satisfacción que fuese a la brevedad posible", sino que, para dar paso a la acción de desahucio, estima la Sala sentenciadora que la autorización concedida por el padre al hijo fué sólo para gestiones preparatorias de venta, que no hubo mandato expreso para enajenar, que el hijo se extralimitó y su padre no ratificó la venta, motivos por los que, a su juicio, el demandado carece de título de comprador que invoca en autos, y como, además, no paga renta o merced, lo conceptúa precarista.

Segundo. Que el solo enunciado de los términos en que es planteado y decidido el tema litigioso pone de manifiesto que la Sala de instancia desbordó el cauce del juicio de desahucio por precario, encaminado sumariamente a recuperar la posesión natural y a decidir en punto a legitimación pasiva si el demandado posee, sin título alguno y sin pagar renta o merced, para entrar de lleno en el examen de problemas jurídicos complejos sobre suficiencia o insuficiencia del mandato conferido para negociar una compraventa, que sólo tiene cabida en el ámbito más amplio del juicio declarativo, y no es permitido prejuzgar la resolución que le ponga término enjuiciándola en un proceso de desahucio.

Tercero. Que, según reiteradas declaraciones de esta Sala, no se elude el concepto de precarista con la mera alegación de que se posee con título, ni con la invocación de una relajación jurídica que, por declaración convencional, legal o judicial ha devenido ineficaz o se ha extinguido, ni con la de un título que deba ceder ante otro preferente, pero no cabe catalogar en ninguno de estos supuestos la posesión del demandado que, a efectos de ser mantenido en la posesión mientras otra cosa no se decida en el correspondiente juicio, alega y prueba el título que dimana de la venta de fincas que le hizo un mandatario del dueño, autorizándole para poseerse de ellas, sin perjuicio de que si efectivamente se hubiera extralimitado el mandatario se ejercite la acción declarativa procedente y por la vía adecuada.

Cuarto. Que, por lo expuesto, son de estimar los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso en cuanto se denuncia la infracción de la doctrina legal sobre delimitación del concepto de precarista a que se refiere el artículo 1.565, número tercero, de la Ley de Enjuiciamiento civil,

y en su virtud debe ser casada la sentencia recurrida, sin necesidad de examinar los restantes motivos articulados.

FALLO.—Ha lugar:

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1947

Civil—obligaciones: voluntad de obligarse.

Aun dando por acreditada la cesión mutua de utilidades y beneficios, no puede inducirse por esto el nacimiento de un vínculo jurídico de no haber, o no constar, la voluntad de obligarse por modo contractual.

Civil—contratos—arrendamiento: requisitos.

No hay contrato de arrendamiento, aunque se admitiera la existencia de un vínculo jurídico, por la correlación entre las utilidades que mutuamente se cedieran las partes en el respectivo aprovechamiento de sus fincas, y, aunque esto constituyese el precio cierto, faltaría la existencia de tiempo determinado.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: incongruencia.

Debe desestimarse la alegación de incongruencia cuando el juzgado no ha hecho la afirmación que se le atribuya, sino que expone el concepto en forma de interrogación y contesta en sentido negativo.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.

Cuando la sentencia no niega la validez de un contrato, sino que estima que no se ha acreditado su existencia, hace una apreciación sobre la prueba que no puede atacarse alegando violación e interpretación errónea de los artículos del C. c. que rigen dicho contrato.

ANTECEDENTES.—Don Francisco de Sande y Sande demandó en juicio de desahucio en precario a doña Felisa Utrera Lorenzo alegando haber accedido a que en vida del esposo de la demandada ocupara éste una casa de su propiedad sin pagar renta ni merced alguna, y que habiendo éste fallecido continuaba su viuda en la ocupación de la finca, pese a los insistentes requerimientos para que la abandonase.

Se opuso la parte demandada afirmando que la ocupación se efectuaba mediante el valor o precio correlativo de la cesión de la demandante de los mismos derechos sobre otra casa de la propiedad de su finado esposo y alegando la excepción de litis pendiente.

Practicadas las pruebas propuestas por una y otra parte, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia dando lugar al desahucio, fallo que fué confirmado por la Audiencia.

La parte demandada formalizó recurso de casación fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Número 2.^º del artículo 1.692 de la L. E. C., incongruencia con infracción del artículo 359 de la Ley procesal y violación

de las sentencias 16 marzo 1926, 23 mayo 1929 y 13 enero 1944, al afirmarse la existencia del vínculo jurídico entre los litigantes, haciendo la Sala de oficio o inquisitivamente, sin rogación de parte, nuevo juicio gravoso para la parte perjudicada.

Segundo. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 1.565, núm. 3.^o, de la L. E. C. y sentencias de 5 julio 1945, 23 noviembre 1946, por resolver cuestiones que no se pueden resolver en juicios de naturaleza sumaria en los que el hecho de la posesión excluye a todas las demás materias, teniendo en cuenta que el primitivo concepto de precario no es hoy como en su inicio, la concesión graciosa y por esencia revocable del uso de una cosa, sino una situación posesoria a que puede ponerse término mediante un proceso de restitución que arguye como condición inexorable para estimar las pretensiones que en él se deducen la falta de título constitutivo del goce.

Tercero. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción de los artículos 1.278, 1.279, 1.280 y 1.257 del C. c. y sentencias 17 mayo y 14 diciembre 1935, 16 abril 1942, artículo 1.543 de dicho Código y sentencia de 10 abril 1904, infracciones en que incurre la Sala al sostener la condición de precarista desconociendo la situación de mutuo arrendamiento existente.

Cuarto. Número 1.^o del artículo 1.692 de la L. E. C., infracción del artículo 1.262 del C. c. y sentencias de 30 noviembre 1911 y 5 julio 1945, al desconocer la existencia de litis pendentia.

Quinto. Número 7.^o del artículo 1.692 de la L. E. C., error de hecho en la apreciación de la prueba, en forma alternativa con el primer motivo.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la excepción de litis pendentia, alegada en el cuarto motivo del recurso, pero que procede examinar en primer término, se funda en el hecho de estar pendiente de resolución en otro Tribunal un pleito instado por el recurrente para obtener declaración de nulidad de un convenio celebrado en 8 de noviembre de 1945 sobre la herencia dejada por D. Ambrosio de Sande, esposo y causante de la demandada y nulidad también de escrituras que de tal convenio fueron consecuencia, entendiendo la recurrente que si en el mencionado pleito se decide que se reintegre a su dominio el patrimonio que heredó de dicho don Ambrosio, su esposo, y en el cual estaba incluida la casa utilizada por el actor, resultaría que la demandada ocupaba la que es objeto del desahucio no por mera tolerancia del dueño, el actor, sino por virtud de la prestación correlativa en favor de dicho actor, mas sobre esto es de observar que siendo objeto del presente debate, con arreglo a las alegaciones de ambos litigantes, hechos y situaciones jurídicas anteriores al convenio mencionado, en el cual no figura la finca objeto del desahucio perteneciente al actor, y trayendo su causa la cuestión sometida a otro Tribunal de la herencia que dejó el marido y causante de la demandada al ocurrir con posterioridad su fallecimiento, el fallo que se dicte por ese Tribunal no puede afectar a la cuestión debatida en estos autos, ni puede la demandada oponer a la demanda de desahucio la simple posibilidad de adquirir o recobrar un derecho que, por ahora, no ostenta y que aunque lo ostentara no decidiría la cuestión que es objeto de este sumario, y como quiera que la excepción de litis pendencia tiene por objeto prevenir la eventualidad de que se dicten sentencias que sean contradictorias o que puedan oponerse una a otra como alegación de cosa juzgada, es necesa-

oir, para estimarla, que se reúnan los requisitos señalados en el artículo 1.252 del Código civil, o sea, la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron o, a lo menos, si tal precepto se interpretara con criterio amplio, que pueda romperse la unidad entre los dos litigios, lo que evidentemente no se da en el presente caso, dada la diversidad de cosas y de causas que los separa.

Segundo. Que en el primer motivo del recurso se acusa incongruencia por parte de la sentencia recurrida, para lo cual supone el recurrente que el Juzgado afirmó la existencia de un vínculo jurídico entre los litigantes, excluyendo así el supuesto de la ocupación por mera tolerancia del dueño, y sobre este supuesto se argumenta que habiendo sido consentida por el actor tal declaración no pudo ser alterada ni negada en segunda instancia, haciendo más gravosa la situación del apelante; pero, sin entrar a examinar los fundamentos jurídicos de tal alegación de incongruencia, basta para desestimarla tener en cuenta que el juzgado no ha hecho la afirmación que se le atribuye, como convence la simple lectura de su sentencia, pues sólo se habla en ella de vínculo jurídico en forma de interrogación, a la que se contesta en sentido negativo, siendo, por tanto, inexacto el supuesto de hecho en que el motivo se basa.

Tercero. Que el recurso atribuye a la Sala sentenciadora violación e interpretación errónea de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil, al decir que para estimar la existencia del contrato de permuta sería necesario que se hubiese consignado por escrito o que figurase en autos algún medio de esta clase; pero es patente que la sentencia recurrida niega la validez de dicho contrato por no estar reducido a escrito, sino que estima que no se ha acreditado su existencia, con lo que hace una apreciación de prueba que no puede atacarse por los fundamentos invocados en este motivo, debiendo advertirse que la pretensión referente a la permuta no fué alegada en la contestación, y si lo hubiera sido, hubiera quedado virtualmente anulada por la alegación de arrendamiento en el acto de la vista de segunda instancia, toda vez que permuta y arrendamiento son cosas que mutuamente se excluyen, y tampoco se mantiene tal pretensión en el resumen que como conclusión se formula en el recurso donde sólo se alega el arrendamiento.

Cuarto. Que tampoco es de estimar la alegación referente a la existencia de un contrato de arrendamiento, porque aunque se admitiera haber habido entre los litigantes o sus causantes un vínculo jurídico por la correlación entre la utilidad que mutuamente, al parecer, se cediera en el respectivo aprovechamiento de sus fincas y que esto constitúa el precio cierto que para la existencia del arrendamiento se requiere, según el artículo 1.543 del Código civil, siempre faltaría a tal efecto la existencia del tiempo determinado que asimismo requiere dicho artículo.

Quinto. Que los documentos que se aducen al efecto de demostrar error de hecho en la apreciación de las pruebas, no pueden demostrar tal error, puesto que la Sala sentenciadora no ha hecho ninguna afirmación que contradiga su contenido, como tampoco pueden ser actos auténticos a los pretendidos efectos la posesión material por la demanda de la cosa

del desahucio ni por parte del actor la de la casa heredada de su esposo por la demandada, hechos que, en todo caso, la Sala sentenciadora no aprecia como efficaces para desvirtuar el derecho del actor, basándose en los artículos 523 y 528 del Código civil.

Sexto. Que aun dando por acreditada la cesión mutua de utilidades y beneficios sobre las casas respectivas de D. Francisco y D. Ambrosio de Sande, causante éste de la demanda, ello no induce a admitir el nacimiento de un vínculo jurídico entre ellos por no haber o no constar la voluntad de obligarse por modo contractual, que es lo único que en su caso podría oponerse al intentado desahucio, y, aparte de esto, habiéndose cedido, según se afirma en la contestación a la demanda por el actor al causante de la demanda, los derechos de uso y habitación sobre la casa que habita, es indudable que este derecho quedó extinguido por la muerte de dicho causante, con arreglo a los artículos 523, 528 y número primero del 513, todos del Código civil.

Séptimo. Que está demostrado que el actor adquirió la finca en cuestión mediante escritura otorgada en 3 de julio de 1917, que figura inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que, con arreglo al artículo 41 de la Ley Hipotecaria y reiterada jurisprudencia de este Tribunal, no puede negarse que tiene la posesión real que exige el artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento civil y es, por tanto, parte legítima para promover este juicio de desahucio y la demandada no ha opuesto por su parte ningún título legítimo, con fundamento en los hechos, que pueda enervar la acción del actor o hacer dudosos su derecho, por lo que es obligado desestimar el recurso, confirmando la sentencia recurrida.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 ENERO 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: en caso de incumplimiento de la obligación.

Con arreglo a reiterada jurisprudencia, el Juez que es competente para entender del cumplimiento de un contrato lo es también para conocer de las acciones derivadas de su incumplimiento.

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento—compraventa mercantil: incidencias de la misma.

Las incidencias del contrato de compraventa deben plantearse y discutirse ante el Juez del lugar donde se entregó o debió entregarse la cosa vendida.

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento: compraventa mercantil.

Los géneros de comercio se entienden entregados en el lugar del establecimiento del vendedor cuando se expiden de cuenta y riesgo del comprador al punto de destino.

Procesal—competencia—acción personal—en caso de acumulación de acciones.

La pretensión formulada sobre desistimiento de un juicio ejecutivo, y subsidiariamente la nulidad del mismo, aparecen subordinadas a la fundamental de cumplimiento de contrato, y por ello intrascendentes para la competencia.

SENTENCIA 3 ENERO 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar de cumplimiento—en caso de incumplimiento: acción de daños y perjuicios.

Para conocer de la reclamación de daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento de una obligación, es Juez competente, a tenor de la regla 1.^a del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el del lugar donde dicha obligación debiera haberse ejecutado, criterio reforzado por la reiterada jurisprudencia que establece que el Juez competente para conocer del cumplimiento de una obligación lo es también para entender de la demanda de su incumplimiento.

SENTENCIA 3 ENERO 1948

Procesal—competencia—principio de prueba—documentos firmados por las partes: no reconocidos.

Según tiene declarado este Tribunal Supremo, entre otras muchas sentencias en las de 24 de octubre de 1941, 5 de octubre de 1943, 27 de septiembre de 1945 y 18 de abril de 1947, los documentos firmados por las partes, aunque éstas nieguen la autenticidad de las firmas, la cual puede probarse únicamente en el curso del pleito, constituyen principio de prueba suficiente para determinar la competencia.

SENTENCIA 3 ENERO 1948

Mercantil—contratos: perfeccionamiento de los celebrados por teléfono.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 del Código de Comercio, el contrato que se concertó con intervención de un agente de la Compañía aseguradora, en conferencia telefónica, alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de dicha entidad aceptó verbalmente la propuesta, porque celebrado por teléfono no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado, la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento.

Procesal—apelación: extensión de la continencia.

La posición del Tribunal de alzada frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el inferior en el momento de decidir, como tiene declarado esta Sala en sentencia de 21 de abril de 1942.

Procesal—apelación: pretensión eventual.

Como se ha declarado en la antigua sentencia de 26 de enero de 1897, acogida una de las pretensiones alternativamente formuladas por el actor no puede éste apelar de la resolución que por completo le favorece.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho.

No cabe admitir el error de derecho en la apreciación de la prueba si se señalan como infringidos preceptos legales ajenos a dicha materia.

ANTECEDENIES.—Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Madrid, se han seguido autos de juicio sobre pago de 48.373,45 pesetas, promovidos por don José Guinea Urtaza contra don Mario Rubio Andrés y la Compañía Anónima Alemana de Seguros "Manheim", estableciéndose como hechos que el día 31 de marzo de 1941 el señor Rubio recibió del señor Guinea 16 fardos de curtidos, con un peso total de 1.293 kilos, que había de entregar en Barcelona a don Javier Mas, asegurando la mercancía por un valor de 49.875 pesetas, constando todo ello en el contrato y anexos que presenta. El consignatario señor Mas había revertido al señor Guinea todos cuantos derechos nacieran de tal contrato y de la reclamación que formulaba, según consta en acta notarial. El señor Rubio cargó la mercancía en una camioneta del señor Cobo, y en el trayecto se incendió el vehículo y la mayor parte de la mercancía, dando lugar a que intervinesen la Guardia Civil y el Juzgado Municipal del término donde ocurrió el suceso. Judicialmente y extrajudicialmente, el demandante exigió al señor Rubio el pago de la indemnización por los perjuicios sufridos en el accidente referido, e incluso presentó una reclamación ante la Junta de Detasas de Alava, que concedió al transportista un mes de plazo para solucionarlo amistosamente, y el demandado requirió notarialmente al señor Guinea para que éste se hiciera cargo del género salvado del incendio y de unas pólizas de seguro contratadas con la Compañía Anónima Alemana "Manheim". Consecuencia de todo ello fué un contrato, suscrito por los colitigantes, en el que, aparte de otros extremos referentes al embargo preventivo ya tratado, el señor Rubio se comprometía a reclamar a la Compañía aseguradora el pago de la mercancía siniestrada y transferir la póliza, en caso negativo, al señor Guinea, sin que la aceptación por parte de éste significara renuncia a alguno de sus derechos contra aquél. Posteriormente, a instancias del actor, se celebró un acto de conciliación entre él, como demandante, y los señores Rubio y representante de "Manheim", como demandados, dando como resultado que el señor Guinea aceptó la póliza para hacer de ella el uso conveniente, reservándose en todo caso la plenitud de sus derechos contra el señor Rubio, sin que tal aceptación significara la menor alteración de su posición. Asimismo, en dicho acto conciliatorio, de común acuerdo los señores Rubio y representante de "Manheim", designaron a don Raimundo Iriarte perito que valorara las mercancías salvadas del incendio, que ascendieron a 1.581,35 pesetas, siendo entregadas al señor Guinea para que las descontase del importe del seguro reseñado, que, por consiguiente, quedaba reducido a 48.373,65 pesetas, que es lo que reclama y debe percibir el señor Guinea.

El demandado señor Rubio contestó a la demanda, aceptando lo expuesto por el demandante, añadiendo que una vez enterado del incendio ocurrido lo puso en conocimiento de la Delegación de la Compañía aseguradora, y ésta se encargó de transmitir la noticia a la Delegación general, sita en Madrid. En vista que dicha Compañía aseguradora "Manheim" no abonaba el siniestro ocurrido, el Abogado en Vitoria del señor Rubio se dirigió por carta a la expresada Compañía, interesando el abono del siniestro, a la que contestó la citada Compañía, expresando que la

reclamación era totalmente improcedente, sin razonar tal negativa. Posteriormente, el 10 de noviembre de 1941, el señor Rubio comunicó a la Compañía "Manheim", en Madrid, que había transferido en favor del señor Guinea los derechos dimanantes de la póliza flotante de seguro ya citada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 347 del Código de Comercio. Con fecha 28 de diciembre de 1941, don José Guinea formuló demanda en pleito ordinario de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria contra el contestante y la tan citada Compañía "Manheim", en reclamación de indemnización de daños y perjuicios por las mercancías incendiadas, formulando la Compañía de Seguros cuestión de competencia a favor de los Tribunales de Madrid, que fué resuelta en este sentido. Suplicando se dictase sentencia declarando improcedente la demanda contra el contestante, por no estar obligado dicho señor Rubio a indemnizar al demandante por el incendio de la mercancía a que nos venimos aludiendo.

Por su parte, la demandada Compañía Anónima Alemana de Seguros "Manheim" contestó que como no intervino en cuanto se relataba en la demanda, negaba los hechos en tanto no se probasen cumplidamente. No obstante, según propia manifestación del demandante, la mercancía estaba ya asegurada, según expresa dicho documento, y si ese seguro no fué concertado con la "Manheim", puesto que la póliza de esta entidad era posterior a dicha carta de porte, era de suponer que con quien estaba asegurada la expedición era con la Compañía "L'Abeille", según hubo de manifestar el propio dueño del camión en las diligencias que figuraban consignadas en la copia del atestado que hubo de formarse con motivo del siniestro. Alegando asimismo que el supuesto y ya citado seguro suscrito por "Manheim" con el señor Rubio era falso, ya que había sido firmado dos días después de ocurrido el hecho, dado que el agente de la Compañía aseguradora que lo extendió fué nombrado para tal función con fecha 14 de abril de 1941, y el suceso a que nos referimos tuvo lugar el día 12 del mismo mes y año, según demuestra con abundantes pruebas documentales, suplicando se desestimase la demanda por haber lugar a la excepción dilatoria de falta de personalidad en el actor.

En trámite de conclusiones, la Compañía "Manheim" formuló incidente de previo pronunciamiento por haber sido acumulados dos pleitos por títulos dispares, suplicando se dictase sentencia declarando improcedente la acumulación de acciones; desestimando esta petición, se dictó sentencia con fecha 11 de enero de 1944, absolviendo a la demandada Compañía Anónima "Manheim", y condenando a D. Mario Rubio a abonar al actor la cantidad, ya citada, importe de las averías sufridas en las mercancías del mismo.

Apelada esta sentencia por el demandado Sr. Rubio, la Sala Segunda de la Audiencia de Madrid, con fecha 6 de abril de 1945, revocó la sentencia condenando a la Compañía Anónima "Manheim".

Contra esta sentencia se formalizó recurso de casación por infracción de Ley.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Incongruencia de la sentencia de segunda instancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el apelante. El actor Sr. Guinea suplicó en la demanda originaria que fuera la Compañía "Manheim" condenada al pago de la indemnización, o, en otro caso, y de ser exenta de responsabilidad la Compañía, sea ordenado a efectuar esos pagos el demandado D. Mario Rubio. A tal súplica correspondió el demandado Sr. Rubio, solicitando simplemente que se dictara sentencia "por la que se declarara la improcedencia de la demanda contra él, por no estar obligado dicho señor a indemnizar al demandante bajo ningún concepto".

Segundo. Infracción de Ley y de doctrina legal al conceder eficacia y validez al contrato de seguro del presente caso. El artículo 1.793 del Código civil establece que el contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado suscrito por los contratantes, y el Código de Co-

mercio, en su artículo 382, dice que el contrato de seguro se consignará por escrito en póliza o en otro documento público o privado, suscrito por los contratos, que confirma el artículo 52 del mismo texto legal diciendo que los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio.

Tercero. Infracción de Ley al no apreciar la sentencia recurrida la inexistencia de causa en el contrato de mérito. En la referencia telefónica del día 12 de abril de 1941 el asegurado Sr. Rubio, por medio del Sr. Moreno, aspirante a Agente de la Compañía, hizo una oferta de seguro, y según el artículo 1.232 del Código civil, la aceptación de tal oferta, contenida en la carta que al efecto dirigió la Compañía aseguradora al Sr. Moreno el día 14 del mismo mes y año no obligaba al oferente sino desde que llegó a su conocimiento la indicada aceptación. Constando a esta parte que la aceptación del seguro por parte de la Compañía no llegó a conocimiento del asegurado sino después de ocurrido el siniestro.

Cuarto. Fundamenta este motivo de casación en el número 7.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, citado como infringidos por violación los artículos 1.261, 1.262 y 1.282 del Código civil. Error de derecho al apreciar los pruebas relativas a la existencia del consentimiento por parte de la Compañía aseguradora en el contrato de autos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, dados los términos de planteamiento, la cuestión litigiosa en el escrito inicial del pleito, dos eran los problemas sometidos a la decisión del Juzgado de instancia, a saber: si existía el crédito invocado en la demanda y si, caso de estimarse demostrada su existencia, estaba obligado a satisfacer el importe del mismo el porteador o la entidad aseguradora, es decir, que admitida la existencia del crédito, la condena de uno de los demandados había de significar la absolución del otro, debiendo, por tanto, establecer el fallo respecto a la segunda cuestión, y en acatamiento a las normas de la congruencia, dos pronunciamientos inseparables.

Segundo. Que si la decisión del segundo de los indicados problemas tenía que producir aquellos dos efectos conexos en el caso de prosperar la demanda, aparece manifiesto que estimada la misma en primera instancia, no podía prescindir el fallo de apelación de uno de los extremos de la alternativa propuesta, porque, como estableció esta Sala en sentencia de 21 de abril de 1942, la posición del Tribunal de alzada frente a los litigantes ha de ser la misma que ocupó el inferior en el momento de decidir, sin que esté facultado aquél para separarse de los términos en que se desenvolvió el debate; y frente a tal conclusión, carece, en el caso presente, de eficacia el argumento de que por no haberse adherido a la apelación el demandante, tan sólo estaba autorizado el Tribunal de alzada para decidir sobre la absolución o condena del demandado apelante, pues como también declaró la antigua sentencia de esta Sala de 26 de enero de 1897, acogida a una de las pretensiones alternativamente formuladas por el actor, no puede éste apelar de la resolución que por completo le favorece, siguiéndose de las razones expuestas que no es de apreciar en el fallo el visto de incongruencia acusado en el primer motivo del recurso ni cabe, por tanto, que dicho motivo prevalezca.

Tercero. Que afirmado por la Sala sentenciadora haberse concertado el seguro a las doce y media del día 12 de abril de 1941 y extendido inmediatamente la póliza, que el representante de la Sociedad recurrente firmó

antes de sobrevenir el siniestro, remitiéndola después al asegurado, el cual igualmente la suscribió, y declarado también en la sentencia que el aviso de dicho seguro fué dado a la entidad aseguradora al mismo tiempo que se formuló la oferta de contrato, resulta indudable que al no aparecer desvirtuadas en el recurso tales afirmaciones, faltan términos hábiles para entender, como pretende el segundo motivo del recurso, que el fallo infringe los artículos 1.793 del Código civil y los 52 y 382 del Código de Comercio, y, en consecuencia, no cabe estimar que la aseguradora recurrente se halla exenta de cumplir las obligaciones que asumió en virtud del contrato; y que no aparecen desvirtuadas las antes aludidas afirmaciones del Tribunal de instancia es incuestionable porque si bien en el motivo cuarto de los invocados se acusa, al amparo del número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley procesal, la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, no señala dicho motivo como quebranto ningún precepto regulador de los medios probatorios y sí únicamente la infracción de los artículos 1.261, 1.262 y 1.282 del Código civil, todos ellos ajenos a la materia de prueba.

Cuarto. Que si los razonamientos expuestos determinan la desestimación de los motivos segundo y cuarto del recurso, tampoco puede prevalecer el tercero de los mismos, que alega la vulneración en el fallo de los artículos 1.261, 1.262, 1.274 y 1.275 del Código civil, sosteniendo que la aceptación de la oferta del contrato objeto de controversia fué manifestada por el representante de la entidad aseguradora a medio de carta, que llegó a conocimiento del asegurado después de conocido el siniestro, implicando ello a juicio de la recurrente la falta de causa; y no puede prosperar dicho motivo, en primer lugar, porque sienta como punto de partida una inexacta afirmación de hecho, cual es la de que la oferta de contrato dirigida a la aseguradora fué aceptada el día 14 de abril de 1941 a medio de carta, cuando lo cierto es, según declara la sentencia, sin que sus afirmaciones se impugnen debidamente, que el contrato se concertó con intervención de un Agente de la Compañía aseguradora, en conferencia telefónica celebrada a las doce y media del día 12 de los citados mes y año; de donde se sigue que conforme a lo dispuesto en el artículo 55 del Código de Comercio, dicho contrato alcanzó el momento de su perfección desde que el representante de la Compañía aceptó verbalmente la propuesta, porque celebrado por teléfono, no es la material ausencia de las partes, sino el medio de comunicación empleado la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento, como ha venido a reconocer en nuestra legislación el artículo 255 del Código de obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos al disponer que las ofertas y aceptaciones realizadas por medio del teléfono entre las partes o sus mandatarios personalmente se entenderán hechas entre presentes; y consecuencia de tales premisas es que en el caso objeto de controversia faltó el supuesto a que se refiere el artículo 1.262, apartado segundo del Código civil, precepto que, además, aun llegando a aceptar la tesis de la recurrente, tampoco sería ahora de aplicación, y si el artículo 54 del Código de Comercio, a cuyo tenor los contratos celebrados por correspondencia quedan perfeccionados desde que se contesta aceptando la propuesta, y, finalmente, si con arreglo al artículo 1.274 del antes citado CÓ-

digo civil, en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra, no cabe dudar de que fijada en la póliza la prima a satisfacer por el asegurado—prima que el motivo tercero reconoce fué pagada, aunque con retraso—, existió el indicado requisito y carece de fundamento la alegación de falta de causa a que dicho motivo se refiere.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ENERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia—desestimación por no ser las disposiciones infringidas base del fallo.

La infracción de disposiciones citadas en la sentencia a mayor abundamiento para fundar su resolución, no es causa suficiente para que prospere el recurso.

ANTECEDENTES.—Con fecha 24 de junio de 1946 se formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 4, de Sevilla, por D. José Trianes Muñiz, por sí y como representante de la sociedad de gananciales con su esposa, D.^a Joaquina Maraver Sánchez, contra los herederos de doña Francisca Gurruchaga Mendieta, alegando que D.^a Joaquina, con licencia de su esposo, compró, con el carácter de gananciales, a D.^a Carmen Clavijo Silverio, una casa en Sevilla, en la calle de Puente Pellón, 17. La señora Clavijo manifestó a la compradora que la casa la llevaba en arrendamiento D.^a Francisca Gurruchaga, que pagaba la renta de 3.200 pesetas anuales. Una vez adquirida la finca, el Sr. Trianes hizo gestiones para que la desalojaran e instalar en ella su negocio de calzados y vivienda, rechazando los ocupantes los ofrecimientos, y autorizado el propietario por la Alcaldía para el derribo de la citada finca, así como la del número 15 de la misma calle, que también era propiedad del Sr. Trianes, no pudo hacerlo más que de la casa número 15, adquiriendo después la licencia para edificar en los solares de las ya mencionadas fincas un inmueble de nueva construcción, que comprendía un área segregada de la vía pública de unos ocho metros noventa y seis decímetros cuadrados, cuyo precio había abonado el actor al Ayuntamiento. La causa del derribo era justificante del desahucio, estando justificada además por el estado precario de la edificación. El actor reservaba a los herederos de D.^a Francisca Gurruchaga los derechos que pudieran corresponderles sobre el desahucio del inmueble.

Los demandados se opusieron porque ninguna de las causas determinantes del desahucio en la legislación de alquileres fué alegada por el actor, que en caso de necesidad no podría instalarse de nuevo en la finca porque se intentaba construir otra de nueva planta, y que el contrato tenía una duración de veintiséis años, había comenzado el 16 de octubre de 1932 y expiraba en igual día de 1958.

Con fecha 28 de julio de 1947 dictó sentencia el Juez, desestimando la demanda.

Contra esta sentencia se formalizó recurso por injusticia notoria.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Al amparo del artículo 168, en relación con los 169, 171 y concordantes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que la tesis de la sentencia impugnada no resiste a un serio análisis de los principios en que pretende fundamentarse, relacionándolos con la estricta finalidad del régimen de alquileres urbanos, que en ningún caso puede ir más allá de lo que sus propias o naturales exigencias demandan.

Segundo. Que el Juez, en su segundo Considerando, afirma que la vigente legislación de arrendamientos urbanos no señala la causa de desahucio invocada en la demanda como determinante de la resolución del contrato, admitiéndola sólo en supuestos de prórroga forzosa; pero la acción ejercitada (art. 8.^o del D. de alquileres) se comprende en el capítulo XI, y la disposición transitoria 13 niega efectos retroactivos al capítulo XI.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que a partir del Decreto de 21 de junio de 1920, tendente a solucionar el problema de la vivienda, la legislación en materia de arrendamientos urbanos muestra como una de sus bases fundamentales la prórroga obligatoria en beneficio de los inquilinos de los contratos de arrendamiento a que se refiere, afirmada en el artículo 1.^o de dicha disposición y reiterada en los Decretos posteriores sobre la materia, hasta llegar al Decreto de 29 de diciembre de 1931 y disposiciones que puedan reputarse complementarias de la misma, y se reafirma en los artículos 70 y 76 de la Ley de 3 de abril de 1947, sin perjuicio de las excepciones en todas ellas consignadas.

Segundo. Que este régimen es radicante incompatible con el artículo 1.571 del Código civil, que faculta al comprador de una finca arrendada para dar por terminado el arriendo antes del plazo pactado en el contrato, porque la prórroga sólo puede tener lugar cuando ha expirado el término contractual, y sería totalmente contraria al propósito del legislador de dar estabilidad a los contratos en beneficio de los inquilinos que antes de llegar a dicho término el contrato, que por ministerio de la Ley es prorrogable de modo indefinido, pudiera darse por concluso por el nuevo adquirente de la finca; pero es que, además, el aludido precepto del Código civil se halla en contradicción manifiesta con el artículo 12 de la primera de las normas citadas, según el cual lo dispuesto en la misma es aplicable aun en el caso de que los inmuebles variasen de dueño por cualquier título, precepto de índole general, dentro de la especialidad que viene a corroborar la Ley de 22 de julio de 1942 al disponer (art. 2.^o) que el arrendador de edificios, pisos o habitaciones ocupados desde primero de enero de 1924 no podrá desahuciar judicialmente fundado en esta sola causa al arrendatario por haber expirado el término contractual en los casos que invoca, entre ellos el del artículo 1.571 antes citado, por cuyas razones es de estimar ajustada a derecho la sentencia de instancia denegatoria del desahucio intentado al amparo de este artículo, y, por lo tanto, no infringidos los preceptos legales invocados en el motivo primero del mismo, incluso por lo que afecta al artículo 2.^o, número 5.^o de la Ley Hipotecaria, ya que aparte de ser cuestión nueva se trata de precepto de carácter general que no puede entrar en juego en el presente caso por oponerse a ello la legislación especial de alquileres, sobre la base de hecho de estimarse acreditada la existencia del contrato cuya vigencia persiste actualmente.

Tercero. Que por lo que se refiere al último motivo del recurso basado en la inaplicación del punto controvertido por falta de carácter retroactivo de las disposiciones reguladoras del desahucio por propósito de derribo del inmueble en la nueva Ley de arrendamientos, es de desestimar por cuanto aunque se admitiera la tesis del recurrente sobre el particular.

el Juez no declara la vigencia de estas disposiciones, sino que las invoca a mayor abundamiento para fundar su resolución, ello aparte de que basta la inaplicabilidad al caso del artículo 1.571, supuesta la vigencia del contrato, para hacer forzosa la desestimación del expresado recurso.

Cuarto. Que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 174 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es obligado imponer las costas al recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 ENERO 1948

Procesal.—desahucio: precario¹.

ANTECEDENTES.—Con fecha 13 de diciembre de 1943 se presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Fonsagrada, por D.^a Elisa Murias López, por sí y como representante legal de sus hijos menores María-Teresa, José, Marina y Elena Armesto Murias, contra D.^a Nemesia Murias López, estableciendo como hechos: Que D. Francisco Murias Fernández y su esposa D.^a María López Rodil, eran dueños de una finca urbana y trozo de terreno anexo a la misma, dedicada a labradío, formando todo una finca conocida por "Casa de Murias", cuya finca, mediante escritura de fecha 24 de febrero de 1921, fué vendida a D. Laureano Murias Ferrero en 20.063 pesetas, que recibieron los vendedores; pero se estipuló a favor de éstos el pacto de recobración por ocho años y el arrendamiento de la finca vendida, por el mismo plazo en renta de 1.120 pesetas, que debían pagar anualmente los cinco primeros años al comprador, pues condonaba éste a los vendedores la renta de los tres últimos. Fallecido el comprador el 12 de mayo de 1925, abintestado, fué declarada heredera universal su madre D.^a Francisca Ferrero Bermúdez, por auto de 9 de julio del mismo año, siendo, por lo tanto, esta señora dueña de la indicada finca, aunque bajo la condición resolutoria, a la sazón pendiente. Más tarde cedió o vendió a D. José Armesto Arias, finado causante de los demandantes, todos cuantos derechos tenía y representaba en la referida finca, mediante escritura pública de fecha 18 de febrero de 1929, por precio de 20.063 pesetas, que recibió en el acto. Transcurrido el trato convencional en 24 de febrero del mismo año sin que los vendedores D. Francisco y su esposa, ni los herederos de aquél, que había fallecido, hiciesen uso de su derecho ejercitando el retracto, quedando así consolidado definitiva e irrevocablemente el dominio de la finca en el cessionario D. José Armesto, fallecido abintestado el 20 de enero de 1930, siendo declarados herederos del mismo por auto del Juzgado de Mieres sus hijos legítimos habidos de su matrimonio con la demandante, y ésta en la cuota legal usufructuaria. Después de vendida la finca a D. Laureano siguieron ocupándola sus vendedores D. Francisco y D.^a María, con su familia, incluso la demandante—su hija—, hasta que contrajo matrimonio con el D. José Armesto, que pasó a vivir con él a Mieres hasta el fallecimiento de éste, y al quedar viuda la actora y regresar a Fonsagrada, las D.^a María, su hija D.^a Nemesia y el esposo de ésta dejaron a su disposición parte de la casa, pero éstos siguieron ocupando varias dependencias de la misma sin pagar renta alguna, negándose a satisfacerla, actitud que motivó que la demandante formulara ante el Juzgado municipal de Fonsagrada demanda de desahucio el 14 de febrero de 1933, fundándose en la falta de pago de toda la renta vencida y que se había estipulado en el arrendamiento convenido en la escritura de venta

¹. Por carecer de doctrina, no se hace el resumen de ésta.

a retro; pero habiendo alegado los demandados que ocupaban la casa, no en concepto de arrendamiento, por haberse extinguido el que se concretara en la escritura de venta a retro, y que, por lo tanto, la finca quedaba en precario, dictando sentencia el Juzgado denegando el desahucio. Por consideración de orden familiar no ejercitó la que demandaba ninguna otra acción, y continuaron los demandados en la tenencia de la finca, sin pagar ninguna merced por la parte que venían ocupando. Necesitando la actora la finca, para habitarla con su familia, y para obtener, en su caso, de ella la renta a que tiene derecho, requirió amistosamente a su hermana la demandada para que desalojase la casa o dependencias que ocupa, y por el resultado negativo la demandó en acto conciliatorio al mismo fin, celebrándose sin avenencia el 18 de junio de 1943.

La demandada se opuso a la demanda, alegando: que no reconoce que la finca de que se trata haya pertenecido exclusivamente a los cónyuges D. Francisco Murias y D.^a María López, pues aunque fuesen partícipes en ella, la ocuparon también los hijos del matrimonio y aun otros familiares, considerándose todos como copropietarios, y poseyéndola en tal concepto, siendo ella uno de tales condeños. No niega la existencia de la escritura de 24 de febrero de 1921, pero sobre no haber intervenido en ella la que contesta, el contrato de compraventa constituye una simulación, ya que los contratantes no intentaron sino simular un préstamo por la cantidad que la escritura expresa como precio de venta, para salvar una crítica situación económica de la familia propietaria del inmueble, siendo prestataria un próximo familiar, el que, aparece como comprador. Le consta el fallecimiento de D. Laureano Murias, pero no su sucesión hereditaria, si bien sabe que su madre D.^a Francisca otorgó la escritura de cesión a favor de D. José Armesto; pero este contrato no es sino la cancelación de un préstamo que bajo la fórmula de compraventa de la finca se había otorgado primitivamente con el pacto de retro convencional por ocho años, que era la duración convenida para el préstamo, y por el precio o capital prestado, cuando faltaban breves días para la expiración del plazo convenido para la acción de retracto; de este modo los esposos Murias, aparentemente vendedores y en realidad prestatarios, procuraron con la extinción del préstamo que la disimulada transmisión de la finca quedase sin efecto, restablecida en el patrimonio familiar mediante la intervención de un miembro de la familia, como el Sr. Armesto. Tanto antes como después de la celebración de los contratos relacionados, ocuparon la casa las personas de la familia Murias-López, figurando entre dichas personas la demandada, que nació y habitó en ella, poseyéndola como partícipe en el dominio de la misma proindivisión con los demás condeños, quieta, pública y pacíficamente sin interrupción. Le consta el fallecimiento del señor Armesto y reconoce como herederos suyos a sus hijos legítimos, pero no que en esa sucesión estén comprendidos los derechos de la casa del desahucio, ya que, según queda expuesto, dicho causante no tuvo intención de adquirir la finca, sino simplemente la de cancelar un crédito de familia.

El Juez de primera instancia de Villalba, encargado por prórroga de jurisdicción, dictó sentencia el 24 de junio de 1944, estimando la demanda e imponiendo expresamente las costas a la demandada.

Interpuesta apelación, la Sala de lo Civil de la A. T. de La Coruña dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 1947, confirmando la apelada, salvo en el particular de costas, sin hacer especial imposición de las mismas ni declaración de las ocasionadas en el recurso.

Habiendo sido interpuesto recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por errónea interpretación y aplicación indebida del número 3.^º del artículo 1.565 del propio texto legal, en relación con el artículo 445 del Código civil, ya que no son los propios razonamientos de la demandada, sino los de la parte actora, los que revelan la no existencia.

del precario, y, por tanto, la indebida aplicación al caso de autos del referido artículo 1.565 de la Ley procesal.

CONSIDERANDO.—Único. Que en el único motivo del presente recurso se impugna la sentencia recurrida invocando la simulación de la compra por el causante de los actores de la finca que es objeto de litigio, y al efecto se alega que la compraventa no ha tenido realidad por encubrir un simple préstamo; pero ni la sentencia de instancia acepta esta tesis, ni hay en los autos elemento de juicio alguno que, siquiera indiciariamente, la justifique, por lo que carece de toda eficacia en este recurso la referida alegación y procede mantener el fallo estimatorio de la acción de desahucio, ya que no se combate debidamente la apreciación por la Sala sentenciadora de la concurrencia de legitimación activa y pasiva que necesariamente lleva al lanzamiento de la demandada como ocupante del inmueble en concepto de precavista, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.564 y 1.565, número 3.^º de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin que para evitarlo tenga eficacia en la esfera del derecho positivo la proximidad de parentesco entre los litigantes, ni la antigua pertenencia a su padre de la casa a que se refiere el desahucio, ni la circunstancia, en fin, de que en ella, y por razones familiares, haya vivido la demandada durante muchos años, pues son aspectos éstos de orden interno o de conciencia que no trascienden al ejercicio del derecho de propiedad, según normas que regulan el orden externo de la convivencia humana, razones por las que no es viable el único motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 ENERO 1948

Civil—prueba: su carga.

Es reiterada jurisprudencia que al demandante incumbe la prueba de los hechos específicamente constitutivos de su derecho, o sea los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que formen el supuesto de sus excepciones.

Procesal—arrendamientos urbanos: recurso de injusticia notoria.

La impugnación sobre la apreciación de un hecho ha de hacerse o al amparo de la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental o pericial que obre en autos, o por la causa primera de dicho precepto, o sea por injusticia notoria por infracción de precepto legal que valore la prueba.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: impugnación de la apreciación de un consentimiento tácito.

La existencia de un consentimiento tácito establecido en la sentencia

por una presunción judicial o lógica ha de ser impugnado por infracción del artículo 1.253 del Código civil.

ANTECEDENTES.—Con fecha 10 de mayo de 1946 fué presentada demanda por D. Pedro Diharce Nemour ante el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, contra D. Juan Bautista Fourcada Garrica, alegando que el demandado era arrendatario, desde hacia bastantes años, de una vivienda en el antiguo edificio de la Aduana, propiedad del actor, autorizándole para instalar un taller de herrería. En 1.^º de julio de 1945, sin permiso del demandante, se dió de alta el demandado en la contribución e instaló en dicha vivienda una tienda de ultramarinos y, tan pronto como lo supo el actor, le cominó para que la cerrara, intentando en 4 de diciembre del mismo año celebrar con él un acto conciliatorio, al cual no acudió.

El demandado se opuso a la demanda, porque hacía veintidós o veintitrés años que tenía arrendada la vivienda de referencia, en la que, en julio de 1946, había instalado un comercio de ultramarinos y otros artículos, y qué hace unos tres años le habló por primera vez al actor manifestándole su deseo de instalar dicho negocio, a lo que se negó aquél; pero después de arreglada la casa, insistió nuevamente, y el demandante le dijo: "Haz lo que quieras", cuya manifestación se la hizo estando ambos a solas.

Con fecha 6 de junio de 1946 fué dictada sentencia, desestimando la demanda. Interpuesto por el actor recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, en auto de 28 de mayo de 1947 declaró aplicable la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que no había lugar a continuar la sustanciación por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interponiéndose recurso por injusticia notoria por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Fundado en la causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos al infringir el fallo recurrido, por aplicación indebida del artículo 1.214 del Código civil, pues no habiéndose practicado prueba, el Juez de instancia, invirtiendo los términos del citado artículo, fundamenta el fallo en la afirmación de que el recurrente era el llamado a probar que había prohibido el abrir establecimiento mercantil en la vivienda.

Segundo. Fundado en las causas tercera y cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: infracción por falta de aplicación del artículo 70 en relación con el número cuarto del 149 de dicha Ley y del apartado segundo del artículo 1.555 del Código civil por cuanto el arrendatario adquirió el uso del inmueble para vivienda, habiéndolo destinado a comercio.

CONSIDERANDOS.—Primero. Por el hecho que sirve de fundamento a la demanda es que habiendo cedido el demandante al demandado el uso de un local para vivienda, éste varió su destino, estableciendo en el mismo una tienda de tejidos y ultramarinos, hecho en el cual están conformes ambas partes, discrepando en lo que se refiere a la autorización del actor para que el demandado pudiera hacer tal variación, pues mientras aquél la niega, éste afirma, y en relación con tal autorización se hacen por la sentencia recurrida las declaraciones siguientes: a) que ante la falta de prueba por parte del actor procede la absolución del demandado; b) que el actor citó al demandado de conciliación seis meses después de

haber variado éste el destino de la casa arrendada, lo cual implica un consentimiento tácito a dicha variación por parte del demandante.

Segundo. Que conforme establece el artículo 1.214 del Código civil y ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, desenvolviendo la doctrina de la carga de la prueba, al demandante incumbe la de los hechos específicamente constitutivos de su derecho, o sea los necesarios para justificar la acción ejercitada, mientras que el demandado ha de alegar y probar los hechos impeditivos o los extintivos, así como los que formen el supuesto de sus excepciones, y como en el caso presente el demandante ha justificado que arrendó un local para vivienda y que el demandado lo destinó a tienda, uso distinto del pactado, es visto que ha cumplido lo establecido por la ley y por la jurisprudencia respecto a la prueba de los hechos que sirven de fundamento a su demanda y es al demandado a quien incumbe probar el hecho que invoca para justificar la alteración que dió a la cosa arrendada, o sea la autorización dada por el actor para tal alteración, la prueba de cuya falta no puede exigirse al demandante como la sentencia recurrida pretende.

Tercero. Que aunque el demandante no ha justificado su afirmación de que contaba con la autorización o consentimiento expreso del actor para variar el destino de la cosa, primitivamente pactado, la sentencia recurrida afirma la existencia de un consentimiento tácito, que deduce el juzgador de instancia del hecho de que el actor no citó al demandado de conciliación hasta después de seis meses de haberse producido la alteración del destino de la cosa arrendada, cuya apreciación no ha sido impugnada en el recurso ni por manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditado por la documental o pericial que obre en los autos, como establece la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni por injusticia notoria por infracción de precepto legal, como previene la causa tercera del propio artículo, infracción que hubiera podido ser la del artículo 1.253 del Código civil, ya que lo que hace la sentencia recurrida es establecer una presunción de las llamadas judiciales o lógicas, que dicho precepto regula, determinando que para que tales presunciones sean apreciables como medio de prueba es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, y como en el recurso no se impugna ni se demuestra la falta de enlace y conexión entre el hecho que el juzgador da por demostrado y la deducción que hace del mismo y que tal deducción sea absolutamente contraria a las reglas del criterio humano, hay que atenerse a la declaración que la sentencia contiene, estimar probada la autorización tácita dada por el arrendador al arrendatario para variar el destino de la cosa arrendada y cumplida por el demandado la obligación en que está, conforme al artículo 1.214 del Código civil, de probar tal autorización, debiendo, por lo tanto, desestimarse el primer motivo del recurso.

Cuarto. Que aunque el artículo 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que los contratos a que la misma se refiere se prorro-

garían obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, las cuales se reputaran vigentes, y aunque el artículo 149 de la misma Ley considera como causa de resolución del contrato a instancia del arrendador la transformación de la vivienda en local de negocio, y el 1.555 del Código civil en su número segundo obliga al arrendatario a destinar la cosa arrendada al uso pactado, aun supuesta la procedencia de aplicar todos ellos a la presente litis iniciada en fecha anterior a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, tal aplicación carecería de base desde el momento en que por la sentencia recurrida se ha declarado la existencia del consentimiento tácito dado por el arrendador al arrendatario para variar el destino de la cosa arrendada, y esta declaración no ha sido impugnada en la forma procedente, señalada en el considerando anterior, por lo que no se ha dado la infracción de los expresados artículos y procede también la desestimación del segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 ENERO 1948

Procesal—casación—infracción de Ley: no cabe basarlo en la Ley de Bases del Código civil.

Promulgada la Ley de Bases del Código civil, no para ser aplicada por los Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldara a ella al hacer uso de la autorización conferida por el Poder legislativo, no pueden los preceptos de dicha Ley servir de fundamento a ningún recurso judicial ordinario o extraordinario.

Civil—paternidad y filiación—hijos ilegítimos—reconocimiento de los hijos naturales: reconocimiento forzoso.

Lo exigido con el carácter de “indubitable” por el artículo 135 del Código civil para el reconocimiento de un hijo natural es el escrito en que el padre reconozca su paternidad, no el propósito que haya inspirado tal declaración.

ANTECEDENTES.—En la demanda se solicitaba por la madre el reconocimiento como hija natural de la nacida con el demandado el 16 de junio de 1934, con quien contrajo matrimonio el 9 de agosto siguiente, pero sin que la niña fuese inscrita como del padre. Acompañó a la demanda cuatro cartas firmadas “Leopoldo”, fechas 30 de abril de 1934, en Madrid; 21 y 26 de junio del mismo año, en Logroño, y 26 de septiembre, también de 1934, en Madrid, en las que se lee, entre otros extremos: En la primera: “Querido D. Luis: Mucho le extrañará esta carta que, aunque explícita, es portadora de malas noticias y éstas de suma trascendencia, las que darán origen a disgustos y solamente por mi culpa, y el decir esto es porque Aurita se excluye de ella, de la que no es partícipe de un ápice de culpabilidad. Mis viajes a ésa nunca debieron permitirme el regreso sin antes exponer todo personalmente y no por carta, lo que demuestra gran cobar-

día, y hoy no me queda otro remedio; dadas las cosas tan avanzadas, tendré que exponerle lo que hace tiempo debía haber hecho, y que esto me lo impidió su actitud deplorable, cuando mi deber era haberle dado solución a tiempo y no ahora, que tal vez no lo tenga, sin que caiga en falta lo que más se estima en una familia. Por eso hoy, con el perdón para mí y Aurita, pide la tranquilidad de una casa que tal vez hasta hoy no haya faltado, pero que, sin embargo, desde hoy es factible que deje de existir por la locura que ha cometido un hombre inconsciente como yo. Supongo me comprenderá, y lo esencial es subsanar a tiempo mi falta, para lo cual ya tengo advertida a mi familia, aconsejándola que nuestros planes matrimoniales tendremos que adelantarlos, y cuya respuesta de mi padre, nada más enterarse de lo que usted hasta ahora ignoraba, que debemos llevarlo a cabo lo antes posible, para lo cual ellos están decididos a ir a Salamanca en la primera decena del actual, bien el 5 ó el 7. En nada debe tachar la conducta de Aurita, y mucho menos atormentarla, aunque nadie más que usted, como padre, tiene derecho a hacerlo, pero me parece que ya es bastante lo que ha pasado y lo que está pasando pensando siempre en usted. Recuerdos a todos, y usted reciba un cariñoso saludo de este que nada más sirve para proporcionar disgustos." En la segunda: "Querida Aurita e hija: Impacientes estaréis por saber de mí... Después de verme en este estado (se refiere antes a un accidente sufrido por él), pienso en vosotras y en mi querida chiquitina, que nada más nacer tuve que dejarla, y me pongo peor, me lamento de lo perseguido que me hallo por mi suerte y ya lo único que aspiro es ponerme bien para regresar a esa y estrechar a mi nena... Dime cómo se encuentra nuestra niña, sólo pienso en ella, y si deseo regresar pronto es por contemplarla de nuevo. ¡Parece que estoy viendo su gestecito cuando nació! Escríbeme pronto diciéndome qué tal te encuentras, no me tengas en la penumbra, ahora que es cuando más necesito saber... Recuerdos para los de casa... y tú, tanto como la pequeñita, recibir los abrazos y besos de éste que os quiere." En la tercera: "Querida Aurita: Después de recibir tu carta con un día de retraso, he estado esperando que me hicieran una radiografía... todo el mundo pensaba que moría, y yo, sin darme cuenta de ello, me veía grave, no para morir, y pensaba en la niña, ¡qué ratos tan amargos!; hoy me encuentro casi bien, y gracias a Dios le doy por conservarme la vida para consagraria a mi criaturita y hacer que ésta conozca a su papá; no quiero pensarlo, sólo pienso en regresar pronto a Madrid y poder tenerla en mis brazos... Contesta diciendo en qué condiciones se dejó allí a Pepita y cómo quedó, pues me decían que andaba un poco malita, así como haber llevado al niño de doña Francisca y demás. Recuerdos a todos los de casa, así como por mí se interesen, y tú recibe, no sólo esto, sino abrazos besos de éste que te quiere." Y en la cuarta: "Querida esposa e hija: Nada aún sé de vuestra llegada, lo que mucho me preocupa por no saber en qué estado lo habéis hecho, y más tú, que en todos los viajes tienes que ponerte mala. Como supongo, darías en casa una alegría al dar a conocer a nuestra Pepita, que en estos momentos no dejo de recordar, y más ahora que me hallo separado, no solamente de ella, sino de ti; pero Dios hará que muy pronto estemos en nuestro hogar de nuevo y vivir felices hasta la eternidad y ser ejemplo de cuantos nos lo deseén. Supongo que habréis buscado el ama que tiene que criarla, y así como también saber si es de confianza y su lactancia tiene la riqueza necesaria para criarla gorda y sana. En estas cosas surgen muchos inconvenientes, y uno de ellos, y muy principal, es saber el trato que le van a dar, advirtiendo que de ninguna manera le den papas (patatas en puré), cosas que en los pueblos le dan; la que haya que criarla habrá de limitarse solamente a la teta, y cuantas veces sea necesaria, y hasta que el médico no designe otro alimento, pues hay que tener mucho cuidado y estar siempre pendiente de cuantas anomalidades demuestre, así como también de llevarla al médico cuantas veces sean necesarias. Hoy recibo carta de casa, a la que contestaré hoy mismo, con el

fin de notificarle lo de la niña, que se encuentra en ésa. Yo como fuera y duermo en casa, escatimando la cuerda, como es natural; me hallo muy aburrido, y por la noche me encuentro tan desolado y triste, que no duermo. Mi viaje está aplazado hasta el día 29, y mañana no sé si iré a Logroño. Ya me dirás cuándo quieres te vaya a buscar" Llevo unos días que me duele mucho la cabeza y una muela que me tendrá que sacar. Escribe pronto y dime cómo queda la niña; recuerdos a todos los familiares, y tú cómo la niña recibes los besos y abrazos que de corazón os envía vuestro esposo y padre; besos para la Pepita." Estas cartas fueron reconocidas como auténticas. Opuesto el demandado, solicitó la absolución, y emplazado el Ministerio Fiscal, contestó a la demanda que en ningún caso la niña podía tener ahora la condición de natural de los esposos litigantes y sin que las cartas entrañasen un reconocimiento expreso de la paternidad.

En réplica, se solicitó que de conformidad con la súplica de la demanda y previa declaración de que el demandado es el padre natural, se declarase también el hecho de que la hija es legítima por subsiguiente matrimonio.

Dictada sentencia absolutoria, la "Audencia Territorial la revocó, reconociéndose el carácter de hija natural legitimada por el subsiguiente matrimonio de los padres.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; infracción errónea del artículo 135 del Código civil, de acuerdo con la base quinta y la doctrina legal contenida en las sentencias de 10 de junio de 1894, 5 de julio de 1906, 26 de mayo de 1920, 26 de octubre de 1918, 27 de febrero de 1923, 7 de abril de 1924, 17 de junio de 1927, 12 de marzo de 1928, 8 de junio de 1929, 28 de noviembre de 1941.

Segundo. Número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; error de hecho en la apreciación de la prueba. Este motivo se articula con carácter subsidiario al anterior.

Tercero. Número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; error de derecho en la apreciación de la prueba, habiéndose infringido el artículo 135, que tasa la prueba al reconocimiento expreso y formal, sin que quepa deducirlo de una voluntad presuntiva. Este motivo se formula como subsidiaria a los dos anteriores.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 135, número primero, del Código civil, alegando que, con arreglo a dicho precepto y jurisprudencia que señala, el padre solamente está obligado a reconocer al hijo natural cuando el documento en que conste la declaración de paternidad, además de hallarse escrito de puño y letra de aquél, evidencia la voluntad indubitable de producir tal efecto, voluntad que no se expresa en los documentos aportados a los autos, añadiendo el motivo segundo que la sentencia incide en error de hecho en la apreciación de la prueba al estimar que los indicados documentos demuestran en el recurrente la intención de reconocer y aduciendo el motivo tercero que, con arreglo al artículo 135 del Código civil, la prueba de la paternidad es una prueba tasada y no una deducción de la voluntad de reconocer, la cual no puede ser interpretada ni suplida.

Segundo. Que si bien la base quinta de la Ley de 11 de mayo de 1888 —invocada por el recurrente en apoyo de su tesis—declara que "no se permitirá la investigación de la paternidad si no en los casos de delito

o cuando exista escrito del padre en el que conste la voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin o cuando medie posesión de estado", es lo cierto que entre esta redacción y la del artículo 135 del Código civil se observa una marcada diferencia bajo dos distintos aspectos; es el primero que la base quinta emplea el término genérico "hijo", mientras que el artículo 135 se refiere de manera específica al "hijo natural", y consiste el segundo aspecto—que es el de interés ahora a efectos de decidir la cuestión planteada—en que la base quinta aplica las palabras "deliberadamente expresada con ese fin" refiriéndose a la *voluntad indubitada* de reconocer, en tanto que lo exigido con carácter de indubitado por el artículo 135 es el *escrito* en que el padre reconozca su paternidad, no el propósito que haya inspirado tal declaración.

Tercero. Que la últimamente apuntada diferencia entre uno y otro textos legales—a la que ya aludió esta Sala en sus sentencias de 3 de julio de 1941, 8 de febrero de 1943 y 10 de febrero de 1946—destruye la base en que se apoyan los tres motivos del recurso, pues al no exigirse por el repetido artículo 135 del Código civil como condición del reconocimiento del hijo natural que se acrelide la deliberada voluntad del padre en tal sentido y requerir tan sólo que tenga carácter de indubitado el escrito en que se expresa la declaración, sin referirse al propósito que la hubiera inspirado, resulta manifiesto que admitida por el recurrente la autenticidad de los documentos en que él califica de hija suya a la menor de que se trata y se declara padre de la misma—lo cual lo hace en las cartas a 21 y 26 de junio y 26 de septiembre de 1934—no cabe entender que existen en la sentencia las infracciones legales acusadas en los motivos primero y tercero ni tampoco el error de hecho denunciado en el segundo, ello aun prescindiendo de que, según aparece de la carta de 30 de abril del citado año, al enterarse de que la hoy recurrida se hallaba encinta, procuró el recurrente anticipar la fecha del matrimonio, que se celebró a las pocas semanas después de haber dado a luz aquélla; y a la indicada conclusión no obsta el texto de la antes referida base quinta porque, como también estableció esta Sala en sus antiguas sentencias de 24 de junio de 1897 y 10 de noviembre de 1902, promulgada la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 no para ser aplicada por los Tribunales, sino para que el Gobierno se amoldara a ella al hacer uso de la autorización conferida por el Poder legislativo, no pueden los preceptos de dicha Ley servir de fundamento a ningún recurso judicial ordinario o extraordinario.

Cuarto. Que las razones expuestas determinan la desestimación de los tres motivos de casación invocados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado: traspaso¹.

ANTECEDENTES.—En 14 de diciembre de 1946, D. Salomón Aram Alfón demandó en juicio de desahucio a D. Juan Rosso Sevillano, alegando haber este último traspasado el local que le tenía arrendado, a lo que él se había opuesto al enterarse.

El demandado opuso a las pretensiones del actor que estaba autorizado para efectuar el traspaso con arreglo al contrato, habiéndole pagado además, una prima, sin que el actor le haya ofrecido indemnización por ello.

Insistió el actor en sus pretensiones en el acto del juicio, aclarando que se trataba de un subarriendo.

El Juzgado de Primera Instancia de Ceuta desestimó la demanda y el actor formalizó recurso de injusticia notoria, basándose en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; inaplicación de los artículos 44, 45 y 53 de la misma Ley, así como su disposición transitoria 14, en relación con la 8.^a, 12 y 13.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; inaplicación de los artículos 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.278, 1.91 y 1.124 del Código civil, en relación con la disposición transitoria octava de la citada Ley.

Tercero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; aplicación indebida de los artículos 9.^o y 11 del Decreto de 21 de enero de 1936.

El recurrido se opuso a la motivación del recurrente, afirmando respecto al primer motivo que no se comprende cómo se pudieron infringir aquellos principios si no existían; que el Sr. Rosso tenía reconocido su derecho a traspasar sin necesidad de autorización posterior, y en cuanto al motivo segundo, que carecen de valor sus afirmaciones, toda vez que se relacionan con la cláusula octava, siendo inaplicables por su carácter sustantivo.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en la sentencia recurrida se establece como hecho, cuya certeza no se ha impugnado en el recurso, que D. Juan Rosso Sevillano, al iniciar su actividad comercial en el local arrendado a D. Salomón Aram pagó por el traspaso nueve mil pesetas con conocimiento de éste, lo que efectivamente se había probado por documento de autenticidad reconocida por el propio D. Salomón Aram, que, según consta en el mismo documento, había recibido parte de dicha cantidad.

Segundo. Que en tal caso, conforme a derecho reconocido en el artículo 9.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, D. Juan Rosso podía licitamente aprovechar la ventaja que le proporcionase el traspaso de su establecimiento, aun sin el consentimiento del propietario, no exigido al efecto por la disposición citada.

Tercero. Que ese derecho de D. Juan Rosso no estaba limitado en modo alguno por la cláusula del contrato de arrendamiento que exigía

1. De los Considerandos de la sentencia no cabe deducir doctrina.

acuerdo con el propietario para el traspaso, porque tal cláusula, según el artículo 11 del Decreto citado, es nula y sin ningún valor, sin que, por lo tanto, ninguno pueda atribuirse en el juicio.

Cuarto. Que en verdad D. Salomón Aram pudo negarse a que tuviese lugar el traspaso; pero, para que esa negativa tuviera eficacia, debía ir acompañada, por exigencia del citado artículo 9.^º del Decreto de 21 de enero de 1936, de la indemnización señalada para el arrendatario comerciante, y, lejos de ello, el dueño, en el requerimiento al arrendatario y en la demanda en que se opuso al traspaso, ocultó la existencia de la entrega de la cantidad que, con su consentimiento y, en parte, en su provecho, había entregado D. Juan Rosso al entrar, a su vez por traspaso, en el local arrendado.

Quinto. Que realizado y perfecto, según la legislación anterior, el traspaso, con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, no puede fundarse en él una causa de resolución comprendida en el capítulo XI de la misma, cuyas prescripciones carecen de efecto retroactivo por su disposición transitoria décimatercera.

Sexto. Que, según lo expuesto, en la sentencia recurrida no se aprecia ninguna de las infracciones alegadas como causas del recurso, cuya improcedencia, por lo tanto, es concluyente.

FAILLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 ENERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—excepción a la prórroga: locales de negocio.

El fin de comodidad, sin variación en la amplitud del negocio, no puede identificarse con el de satisfacer la necesidad de ampliarlo, alegado como fundamento de la excepción de la prórroga obligatoria del arrendamiento.

Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado: desahucio.

Para dar lugar al desahucio, de la causa c) del artículo 5.^º del Decreto de 21 de enero de 1936, hace falta la demostración y alegación de la relación necesaria entre dicho fin y el medio de la ocupación del nuevo local, como preciso para conseguirlo.

Civil—arrendamientos urbanos—excepción a la prórroga: ampliación de negocio.

La ampliación de un almacén para artículos de esparto y cáñamo puede conseguirse en local de inferior rango al exigido por un comercio de muebles.

ANTECEDENTES.—Por D. Clemente Iglesias Basario se formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2, de Bilbao, con fecha 28

de septiembre de 1946, contra D. José María, D. Felipe, D. Luis, D. Juan y D.^a Eugenia Erostarbe Olaneta, como propietarios del negocio denominado "Erostarbe Hermanos. Muebles El Modelo", establecido en casa propiedad del actor, alegando que, dedicado a la industria de cordelería, compró dicha casa para ampliar su negocio, y como estuviese ocupada la finca por los demandados, como arrendatarios, hizo toda clase de gestiones amistosas, desde enero de 1943, para que la dejaras libre; pero visto el resultado negativo, a principios de 1945 entabló desahucio ante el Juzgado Municipal número 3, de Bilbao, apoyándose en los mismos fundamentos que actualmente lo hacía, poniendo a disposición de los demandados un año de renta como indemnización, siendo desestimada la demanda por entender el Juzgado que no se había justificado el requerimiento previo que exige la ley.

Los demandados se opusieron porque el actor figuraba como contribuyente en la tarifa y clasificación de "sacos usados por mayor", y que aun que era cierta la compra del inmueble, no podía admitirse que fuera a los exclusivos fines que decía, sino a otros bien distintos. Que, efectivamente, el actor acudió al Juzgado Municipal en demanda de que se le dejase libre el local para ampliar su negocio, cuya necesidad no se justificaba, y que el actor tenía a su disposición locales donde poder instalar su negocio, los cuales había vendido.

En 28 de noviembre de 1946 se dictó sentencia, desestimando la demanda.

Contra este sentencia se formalizó recurso por injusticia notoria.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 3.^o del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; por infracción del apartado a) del artículo 5.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, según el cual el propietario puede ejercitar la acción de desahucio, cuando necesitase el local arrendado, para establecer en el mismo su propia industria o comercio, y cuya necesidad, en el caso de autos, se ha patentizado en virtud del informe pericial.

Segundo. Número 4.^o del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; toda vez que el fallo incide en manifiesto error en la apreciación de la prueba, en que se acredita por la prueba documental y pericial.

Los demandados y recurridos impugnaron el recurso, alegando: en cuanto al primer motivo, que el recurrente copia, mutilándole el apartado a) del artículo 5.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, pues ha omitido que el mencionado concepto añade: "Previa justificación de la necesidad de ocupar el local de que se trata", y en la sentencia se afirma, de un modo rotundo y categórico, que no se ha demostrado esa necesidad. Respecto al segundo motivo, hay que sentar que el aludido informe pericial no acreditaba fehacientemente la necesidad alegada, pues esta palabra, según el Diccionario, es lo que hace fe en juicio, y atribuísela al informe es querer hacerlo documento público, y al perito que la emite, funcionario público.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que tanto de los hechos alegados en la demanda como de las pruebas practicadas, se desprende que el verdadero fin que trata de conseguir D. Clemente Iglesias con la ocupación del local arrendado no es el alegado de ampliar su negocio, sino el de procurar mayor comodidad en la colocación de sus mercancías, por resultar el local que actualmente ocupa "pequeño para almacenar todas las que necesita para el desarrollo *normal* de sus actividades comerciales"; como se establece en la sentencia recurrida.

Segundo. Que el fin de comodidad que sin variación en la amplitud del negocio que, según sus propias alegaciones y pruebas, trata de conseguir el demandante con el desahucio, no puede identificarse con el de satisfacer la necesidad de ampliarle, alegando como fundamento de la excepción de la prórroga obligatoria del arrendamiento.

Tercero. Que, aun estimando como suficiente tal fin, para fundar dicha excepción faltaría, para dar lugar al desahucio por esa causa, la demostración y aun la alegación de la relación necesaria entre aquel fin y el medio de la ocupación del nuevo local como preciso para conseguirlo.

Cuarto. Que falta en el caso de autos la demostración y aun la alegación indicadas, porque la ampliación de un almacén, para artículos de esparto y cáñamo, puede conseguirse en local de inferior rango al exigido por un comercio de muebles, y el propio demandante, al absolver la tercera de las posiciones de su confesión, reconoció haber vendido, en septiembre de 1945, un piso de la misma casa que, aunque tachado de inhabitable, no dice fuese inadecuado para almacenar artículos de esparto y cáñamo.

Quinto. Que por no responder el fin alegado al que verdaderamente se propuso el demandante y por no haber probado que para conseguir el verdadero fuese precisa la ocupación del local del que se pedía el desahucio, resulta justa la sentencia que lo denegó.

Sexto. Que de lo expuesto también se deduce que en dicha sentencia no hubo error en la apreciación de la prueba; por lo que no puede apreciarse la existencia de ninguna de las dos causas alegadas, para sostener el recurso de injusticia notoria.

FATILO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 ENERO 1948

Mercantil—propiedad industrial—marcas: protección que les confiere el Estatuto de la Propiedad Industrial.

Como tiene declarado la sentencia de 4 de mayo de 1945, la protección que el artículo 123 del Estatuto de Propiedad Industrial dispensa a la marca industrial registrada no queda limitada a los extremos que dicho artículo menciona, pues al particular que ostenta la propiedad de una marca no puede negarse el derecho a obtener en vía civil una declaración que le faculte para perseguir las infracciones, cualesquiera que sean, para impedir el mal y no reducirse a suprimir sus consecuencias.

ANTECEDENTES.—La Sociedad "Hijos de A. Ariso", de Barcelona, demandó a D. Antonio Ariso, hijo de un antiguo socio de la misma, alegando que interpretando erróneamente una cláusula de la escritura de constitución en la que se decía que si un socio se separase podría dedicarse a la misma industria y utilizar las patentes concedidas a la Sociedad, había confundido el concepto de patente con el de marca y venía distinguiendo sus productos con el nombre "Ariso", marca de la Socie-

dad, que, como el nombre comercial, tenía registrado y consolidado el dominio.

Contestó el demandado basándose en el artículo 125 del Estatuto de la Propiedad Industrial, según el cual no podía el actor seguir en este caso un procedimiento civil, sino el criminal, vía que ya había seguido y en la que había fracasado.

En réplica, la parte actora hizo saber que en el procedimiento criminal seguido no había recaído sentencia, sino auto de sobreseimiento, y que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 126 de la ley procesal, podía ejercer la acción civil; que no le alcanzaba el artículo 123 del Estatuto citado, ya que se trataba de resolver si el demandado tenía o no la propiedad de la marca que utilizaba.

Insistió el demandado en dúplica en lo consignado en la contestación y practicada la prueba propuesta por ambas partes, el Juzgado de Primera Instancia desestimó las pretensiones del demandante, siendo confirmado por la Audiencia y recurrido por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Número 1.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, interpretación errónea de los artículos 1.^o y 2.^o del Decreto-Ley de 22 de mayo de 1931 (elevado a Ley en 16 de septiembre), en relación con el preámbulo del mismo, al afirmar la sentencia recurrida que el párrafo primero del artículo 239 del Estatuto de la Propiedad Industrial se halla derogado, olvidándose que sólo se hallan derogadas las disposiciones penales contenidas en los artículos 233 al 243, y que el citado artículo 239 no contiene ninguna de estas disposiciones.

Segundo y tercero. Número 1.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, violación del artículo 239 del Estatuto de la Propiedad Industrial e interpretación errónea del artículo 123 y del 6.^o del mismo texto, que prohíben el registro de una marca similar, fonética o gráficamente, a otra, y al prohibir su registro, prohíbe su uso.

Cuarto y quinto. Número 1.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; violación por infracción de los números 1.^o y 11 del artículo 124 y artículo 1.^o del mismo Estatuto, no debiendo quedar reducida la cuestión, como ocurre en la sentencia recurrida, a determinar si el artículo 239 está o no en vigor, pues, aunque estuviera derogado, es de aplicar lo solicitado en la demanda; infracción de la doctrina contenida en las sentencias de 22 de diciembre de 1927, 8 de febrero de 1930, 19 de enero de 1914 y 25 de abril de 1919.

Sexto. Número 1.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; violación de los artículos 13 y 265 del Estatuto de la Propiedad Industrial, ya que la declaración de derechos que se solicita ha de llevar implícita una declaración de propiedad, no entendiéndolo así el tribunal al manifestar que no puede resolver sobre lo que pide la actora.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la sentencia recurrida, al aceptar los considerandos de la del Juzgado, funda su fallo en que no cabe invocar la aplicación al caso de autos de los artículos 233 al 243 del Estatuto de la Propiedad Industrial por estar derogados por el Decreto-Ley de 22 de mayo de 1931, y en que las únicas acciones concedidas por la Ley al que registra una marca son las que autoriza el artículo 123 del Estatuto mencionado, el primero de cuyos fundamentos está impugnado por los motivos primero y segundo del recurso y el otro por los del tercero, cuarto y sexto del mismo.

Segundo. Que, como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 4 de mayo de 1945, carece de consistencia la afirmación de que la protección que el artículo 123 del Estatuto de la Propiedad Industrial dispensa a la

marca industrial registrada queda limitada a los extremos que dicho artículo menciona, pues al particular que ostenta la propiedad de una marca no puede negarse el derecho a obtener en vía civil una declaración que le faculte para perseguir las infracciones cualesquiera que sean para impedir que se cometa el mal, y no reducirse a reprimir sus consecuencias, y de admitir que la marca pueda vivir fuera del Registro frente a la que alcanza la protección de éste, resultaría que el titular de una marca registrada no gozaría en toda su extensión de la protección que la ley le otorga de que se declare que sólo él tiene derecho a usarla y que nadie use otras que puedan confundirse con ella, que es la facultad de uso exclusivo y respeto de éste por todos los demás sujetos que corresponde a todo dominio, entre los que los artículos 1 y 7 del Estatuto de la Propiedad Industrial colocan todas las modalidades de ésta, además de la especial que por la particularidad de esta clase de propiedad la otorga el citado Estatuto de 30 de abril de 1930, más concretamente, en su artículo 123.

Tercero. Que estas razones son suficientes para casar la sentencia recurrida por los motivos invocados bajo los números tres, cuatro y seis, sin necesidad de entrar a examinar el motivo quinto del recurso, porque éste informa en la misma doctrina invocada en los otros tres que se acaban de mencionar y no añadir nada nuevo ni más eficaz a ello porque se apoya en sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa que no se refieren, como en el caso presente, al uso de una marca, sino a su registro; ni tampoco es necesario entrar a examinar la vigencia o derogación del párrafo primero del artículo 239 del repetido Estatuto, porque en cualquiera de esos dos supuestos es procedente la casación con arreglo a lo que queda indicado, ya que lo mismo por ese artículo que se dice derogado que por los de la Ley de 16 de mayo de 1902 que habían de sustituirle se establece, aunque con términos distintos, la misma prohibición de usar marcas que puedan inducir a confusión con las registradas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 27 ENERO 1948

Civil—contrato: incumplimiento¹.

ANTECEDENTES.—Don Modesto Castañé Lloret demandó a la Sociedad distribuidora de películas “Balet y Blay”, alegando incumplimiento de contrato, por el cual la demandada estaba obligada a suministrarle trece películas para su estreno entre los meses enero y julio, inclusive, de 1941, no habiéndolo hecho más que de dos, que solicitaba la correspondiente indemnización por los perjuicios causados.

Se opuso a sus pretensiones la parte demandada, alegando que la causa del incumplimiento había sido fuerza mayor, debido a dificultades surgidas con motivo de los permisos de importación, con los que ya contaba en el momento de la contratación, que retrasaron la entrada de las

¹. No se resume la doctrina de los Considerandos de la sentencia por no contenerla al referirse a puntos concretos de la cuestión litigiosa.

películas en España hasta la última decena del mes de julio, siendo imposible en los pocos días que quedaban para el cumplimiento realizar las operaciones necesarias para condicionarlas para la proyección en España, y que como quiera que el contrato era de cumplimiento a fecha fija, y contenía una cláusula por la que se reservaba el derecho de rescisión en caso de fuerza mayor, como lo era el presente, no estaba obligado al pago de la indemnización reclamada.

El Juzgado dictó sentencia condenatoria, fallo que fué revocado por la Audiencia. La parte demandada formalizó recurso de casación por infracción de ley, basándose en el siguiente

MOTIVO.—Número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: interpretación errónea de los artículos 1.281 (párrafo segundo), 1.284, 1.285, 1.286, 1.287, 1.289, 1.258 y 1.101 y siguientes del Código civil, 37 del Código de Comercio y 306 y 928 de la ley procesal y sentencias de 23 de febrero de 1881, 12 de julio de 1897 y 26 de diciembre de 1925. Al desconocer la Sala que la cláusula del contrato que se refería a las variaciones de fechas lo hacía fuera de las señaladas como límite, ya que, en todo caso, lo que tenía contratado era el estreno, intención de los contratantes que claramente se expresa en el texto del documento y a la que en todo caso tendría que haberse atenido el juzgador. Igualmente quedaron erróneamente interpretados los preceptos de la ley de trámite citados, al declarar la Sala que no puede prosperar la reclamación de perjuicios por no haberse demostrado en el pleito cuáles sean éstos y la base para calcularlos, en contra de la doctrina jurisprudencial citada.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para la decisión de este recurso, amparado únicamente en el número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es preciso partir de los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados y que, en síntesis, se reducen a un pacto por el que la entidad demandada se obligó a facilitar al demandante trece películas para la exhibición en turno de estreno en un plazo comprendido entre el primero de enero y el 31 de julio de 1941, durante el cual fueron entregadas dos películas y no las restantes, porque, sin culpa de la demandada, no hubo posibilidad de que estas últimas fueran exhibidas dentro del plazo convenido.

Segundo. Que ante estos hechos no impugnados por la vía del número séptimo del citado precepto legal, se alega en el único motivo del recurso que la Sala de instancia incurrió en error de interpretación al fijar el sentido de la de la cláusula sexta del contrato por la que se reservó la entidad demandada el derecho de cambiar las fechas de exhibición de películas por cualquiera de fuerza mayor, cláusula que el Tribunal “a quo” limita al período de tiempo comprendido entre el primero de enero y el 31 de julio de 1941, sin posibilidad de aplicación a fecha posterior por voluntad presunta de los contratantes, deducida de la naturaleza propia del contrato que necesariamente terminaba el 31 de julio, mientras que el recurrente estima que por virtud de dicha cláusula le asistía el derecho de exigir a la demandada el cumplimiento del contrato en la temporada de estrenos siguiente a la de la fecha final señalada en el convenio.

Tercero. Que así planteado el recurso, es obvio que el error de inter-

pretación denunciado no puede prosperar, porque, de una parte, la cláusula sexta del contrato establece una facultad en favor exclusivamente de la sociedad demandada para alterar las fechas de exhibición convenidas, y no un derecho de prórroga en favor del demandante, y, de otra parte, es indudable que se está en presencia de un contrato a fecha fija en el que adquiere el factor tiempo de vigencia el rango de condición esencial y excluyente del cumplimiento extemporáneo a instancia de uno de los interesados contra la voluntad del otro, ya que en dicha figura contractual va implícita la intención de que lo convenido tenga efecto imperioso en una fecha o período determinado como momento único en que la prestación puede rendir el provecho o utilidad que los contratantes esperan obtener, intención claramente confirmada en el caso de autos por el hecho notorio que invoca la Sala sentenciadora, sin impugnación en el recurso, de que llegado el mes de agosto "sólo se exhiben películas usadas", lo que explica suficientemente que en el contrato se haya fijado la fecha tope del 31 de julio para estrenar las películas contratadas.

Cuarto. En consecuencia, que al quedar fuera de discusión en el recurso la apreciación de que el contrato no pudo tener total cumplimiento durante pacto de vigencia pactado, por la concurrencia de hechos determinantes de fuerza mayor, entra en juego el artículo 1.105 del Código civil, que libera de responsabilidad al obligado, porque falta la base del incumplimiento culposo y de toda otra contravención a lo convenido, que, como presupuesto de la obligación de indemnizar, señala el artículo 1.101 del Código civil, independientemente de que en la sentencia recurrida no se estima probada la existencia de perjuicio, y tampoco esta declaración, de hecho, ha sido debidamente combatida en el recurso, razón ésta por la que tampoco sería viable el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 ENERO 1948

Procesal—resoluciones judiciales—sentencias: congruencia.

Según reiterada jurisprudencia no es incongruente la sentencia que concede menos de lo pedido y se ajusta en lo esencial a lo interesado en la demanda, siquiera no acoga enteramente los fundamentos invocados por las partes.

Procesal—arrendamientos—recurso de injusticia—desestimación: por atacarse los considerandos y no el fallo.

El recurso por injusticia notoria se da, como reiteradamente tiene declarado esta Sala en cuanto a los recursos de casación, contra el fallo y no contra los considerandos de la sentencia, siquiera éstos hayan de ser tenidos en cuenta para apreciar si la ley se apreció en el fallo justamente.

Procesal—arrendamientos—recurso de injusticia—desestimación: por no ser las disposiciones infringidas base del fallo.

La cita que se hace en la sentencia de un precepto a mayor abundamiento y no porque se haga aplicación de él no es causa suficiente para que prospere el recurso.

ANTECEDENTES.—Don Narciso Petinto demandó a doña Tomasa de Carlos Marticorena, solicitando la revisión de la renta que satisfacía por el arrendamiento del piso 1.^o dcha. de la casa núm. 12 de la calle de Víctor Pradera, de San Sebastián, reduciendo las 1.000 pesetas mensuales que pagaba a la cantidad correspondiente al arrendamiento en 1.^o de enero de 1942, incrementada con el 5 por 100 anual por obras y mejoras, con devolución de las sumas pagadas. Alegaba que al suscribir, en el año 1945, un contrato impreso de inquilinato con renta de 500 pesetas, en documento aparte, y como complemento del mismo, se extendió un contrato privado por el que la propietaria fijaba en 1.000 pesetas la renta del piso.

La parte demandada interesaba la absolución, ya que no podía establecerse comparación entre los precios cuando las cosas arrendadas eran distintas, la inquilina que ocupaba el piso en el año 1942 lo tenía para vivienda particular con prohibición de subarrendar, mientras que el demandante, no sólo tenía permiso para efectuar subarriendo, sino que además tenía en él instalada una industria. Por otra parte, el Decreto de 29 de diciembre de 1931 se refería solamente a los casos en que hubiese aumento de renta, y en este caso no lo había habido, sino que al arrendarse servicios nuevos se había fijado nueva renta.

El juzgador de instancia declaró que procedía no considerar como válido el aumento de renta convenido por escrito precisamente el mismo día de la firma del contrato, porque esta novación encierra un vicio de nulidad declarada por el texto del artículo 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, comprendido de un modo expreso en el apartado 8.^o, Base 9.^a, de la Ley de 31 de diciembre de 1946, procediendo declarar que, si bien al pasar la renta, que era inferior a 200 pesetas, a las 500 pesetas no procedía la revisión, es nulo el otro aumento, y que los precios de renta de los pisos de una vivienda son cosas que han de tener propia objetividad, con absoluta independencia de los cálculos que pueda hacer un comprador equivocadamente a base de las rentas impuestas en los contratos de arrendamientos.

Acoplados los trámites procesales realizados a los preceptos de la nueva ley, la parte demandada formalizó recurso de injusticia notoria, basado en el número 3.^o del artículo 169 de la Ley de A. U.

MOTIVOS.—Primero. Infracción del artículo 359 de la L. E. C.: Es incongruente la sentencia, ya que refiriéndose a una petición de revisión de renta dentro del significado limitado y concreto que tiene esta palabra en la legislación de arrendamientos, resuelve sobre reducción de renta basada en la nulidad del contrato.

Segundo. Aplicación inadecuada del artículo 13 del Decreto-Ley de 31 de diciembre de 1931: El carácter tuitivo de la ley no autoriza a los juzgadores a modificar las peticiones de los arrendatarios.

Tercero y cuarto. Aplicación indebida del apartado 8.^o de la Base 9.^a de la Ley de 31 de diciembre de 1946, porque en la fecha de la sentencia esta Ley de Bases no estaba en vigor; además de que en dicho apartado se refiere a aumentos convenidos verbalmente o en documento distinto del contrato, y en el caso presente no ha habido aumento de renta, al no existir renta inicial, sino una sola renta y un solo convenio.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en la demanda se solicita, con invocación del artículo 7.^o y del artículo 13 del Decreto de Alquileres de 29 de diciembre de 1931 y del apartado a) del artículo 3.^o de la Ley de 7 de mayo de 1942 la reducción de la renta del piso a que se refiere la demanda elevada en el contrato vigente con respecto al anterior de 200 a 1.000 pesetas, dejándola reducida a 200 pesetas más el importe del 5 por 100 de las obras a que se refiere la última de dichas disposiciones o a la renta procedente según el superior criterio del juzgador.

Segundo. Que la sentencia, si bien aprecia que hay en el nuevo contrato circunstancias como la facultad reconocida al arrendatario para establecer en su vivienda la industria de bordados y plisados en toda su extensión y la de subarrendar que pueden legitimar una nueva renta, estimó tal elevación contraria a la ley, y, aplicando su artículo 13, la reduce a 500 pesetas.

Tercero. Que sobre estas bases no puede sostenerse, como lo hace el primer motivo del recurso, que la sentencia de instancia incida en incongruencia, pues atiende en parte una demanda de revisión teniendo en cuenta uno de los preceptos invocados en la demanda, y ya es sabido por reiterada jurisprudencia de esta Sala que no es incongruente la sentencia que concede menos de lo pedido y se ajusta en lo esencial a lo interesado en la demanda, siquiera no acoja enteramente los fundamentos invocados por las partes, máxime cuando se trata de una legislación como la de alquileres, que concede amplias facultades al arbitrio judicial, carácter reflejado no sólo en el artículo 13, invocado por el Juez, sino en el 15 del Decreto de Alquileres de 29 de diciembre de 1931, vigente al trábarse la litis contestatio, en el que se faculta a los Jueces para rechazar las demandas que carezcan, a su juicio, de fundamento y para desestimar las reclamaciones, y es claro que las excepciones, que entrañen manifiesto abuso de derecho.

Cuarto. Que por lo que se refiere al motivo segundo de donde se denuncia la aplicación indebida del artículo 13 del Decreto de Alquileres de 29 de diciembre de 1931, que establece la nulidad de los pactos contrarios a esta legislación, al aceptar el Juez la tesis del recurrente según la cual no es posible aplicar al caso el artículo 1.^o y el apartado A) del artículo 3.^o del Decreto de 7 de mayo de 1942 porque se otorgan al inquilino en el nuevo contrato ventajas—como el poder subarrendar y la facultad para establecer en su domicilio su industria de bordados y plisados no existentes en el anterior y no obtante reducir la renta pactada—hay que examinar si dicha disposición se aplica indebidamente para rebajar la renta, sean cuales fueren los argumentos jurídicos empleados por la sentencia, porque el recurso se da, como reiteradamente tiene declarado esta Sala en cuanto a los recursos de casación contra el fallo y no contra los considerandos de la sentencia, siquiera éstos hayan de ser tenidos en cuenta para apreciar si la ley se aplicó en el fallo justamente.

Quinto. Que, declarada en principio la nulidad de los pactos contrarios a la ley por el precepto invocado, es evidente que aunque se admitta

la aludida tesis con respecto a la aplicación integral de la disposición citada—la Ley de 7 de mayo de 1942—, entra perfectamente en las facultades del juzgador apreciar el exceso en la renta, por el estado de necesidad que se presume en el inquilino, en relación con los preceptos legales que se citan en la demanda, que es la razón de ser de la disposición aludida, e indudable que hizo uso acertado de la misma, atendidas las circunstancias del caso, en que por un contrato del mismo día en que se suscribe el de inquilinato se llega a la elevación de la renta de 200 a 1.000 pesetas mensuales, por un derecho a subarrendar que por cierto no es en la nueva legislación generador de aumento de renta y por una autorización para el ejercicio de una industria que no hace perder al local el carácter de vivienda, artículos 119 y 7, disposiciones que no se citan para hacer aplicación de las mismas, sino como reflejo del estado de conciencia social sobre la materia, que no puede ser extraño al intérprete de una ley de esta índole, por lo que en ningún caso cabría dar lugar al recurso de injusticia notoria, que presupone una clara y abierta violación de la justicia, inadmisible en el presente caso por todo lo que queda expuesto.

Sexto. Que la mera lectura de la sentencia del Juez evidencia que la cita que en ella se hace de la Base 9.^a, apartado 8.^º, de las de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que constituye hoy el artículo 125 de la expresa Ley, se hace a mayor abundamiento, no porque se haga aplicación de la misma, y por esa sola razón dicho motivo debe ser desestimado; pero si de otro modo se entendiera, es claro que el error hipotético sufrido por el juzgador en cuanto a este fundamento implicaría la modificación de la sentencia por las demás razones alegadas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 ENERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado—traspaso—aportación del arrendamiento a una Sociedad.

La transferencia de la titularidad de un arrendamiento a una Sociedad mercantil implica, lógica y jurídicamente, la de los derechos que aquél representa.

Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado—traspaso—aportación del arrendamiento a una Sociedad.

La aportación a una Sociedad de la titularidad del arrendamiento por el arrendatario no supone falta de precio, que en este supuesto está representado por la participación social reconocida a aquél.

ANTECEDENTES.—Doña Carmen Gimeno Orueta demandó a doña Dolores del Vall Ortiz de Valderrama, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento existente entre ambas sobre una tienda, por haberlo cedido

la demandada en contra de la prohibición expresa contenida en el mismo.

La demandada se opuso alegando no existir cesión, sino que al no haberlo podido traspasar por las pretensiones de la demandante había formado una Sociedad aportando dicho local.

La demandante, en réplica, hizo constar que tal contrato implicaba una cesión de derechos, y, estimándolo así, el Juzgado de Primera Instancia acordó la resolución del mismo, fallo que fué recurrido por la otra parte en injusticia notoria, basándose en los siguientes:

MOTIVOS DEL RECURSO.—Causas 3.^a y 4.^a del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; infracción del artículo 1.218 del C. c., al estimar inexacto el documento público de constitución de Sociedad, y las sentencias de 27 junio 1900, 16 junio 1915 y 16 diciembre 1920, con infracción del artículo 1.281 del C. c. en cuanto se refiere a la interpretación del contrato, y error en la apreciación de la prueba, ya que la voluntad de la recurrente fué constituir una Sociedad y no efectuar una cesión.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para demostrar la injusticia notoria del fallo recurrido se funda el recurso en las causas tercera y cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conjuntamente expuestas; y como al examinar la última se limita el recurrente a combatir la interpretación que hace el juzgador de la escritura de constitución de la Sociedad O. C. A. P. en relación con la existencia de la causa resolutoria básica de la demanda, es claro que la única cuestión que el recurso plantea se contrae a resolver si la transmisión de los derechos arrendaticios, que hizo la demandada a la referida Sociedad, implica o no una cesión o traspaso, como, respectivamente, sostienen el juzgador de instancia y la recurrente.

Segundo. Que no obstante admitirse en el recurso, como hecho indiscutido, que la entidad de referencia se constituyó conforme a lo prevenido en los artículos 117 y 108 del Código de Comercio y del Registro Mercantil, con el propósito lucrativo de explotar en el local litigioso una industria de perfumería, y que, asimismo, para la formación del capital social la arrendataria aportó el establecimiento citado y sus instalaciones, el recurrente entiende que, de tal contrato, no cabe inferir la existencia de la cesión declarada por la sentencia combatida, por cuanto, a su juicio, no se dan los requisitos esenciales a tal fin, como la existencia del precio, y el acto voluntario traslativo, con intención de transmitir los derechos arrendaticios en que se fijó la aportación, sino que, al constituirse la Sociedad, no se ha operado transmisión alguna y sí una simple modificación de aquéllas, trocándose su valor por una participación social.

Tercero. Que la inconsistencia de estos razonamientos fácilmente se acredita con las propias manifestaciones vertidas en el recurso, puesto que, al reconocerse en él que la arrendataria transfirió a la Compañía O. C. A. P. la titularidad del arrendamiento, tal transferencia implica, lógica y jurídicamente, la de los derechos que el título representa; según vienen a corroborarlo las estipulaciones de la escritura constitucional, en las que expresamente se hace constar que la arrendataria aporta, para la formación del capital social, "los derechos arrendaticios sobre el local", "incluso el valor comercial e industrial", al propio tiempo que se atri-

buye a la Sociedad "la facultad de traspasar el establecimiento, por medio de su solo gestor"; y, siendo esto así, no cabe desconocer la efectividad del acto traslativo, ni dudar de la intención de la arrendataria al disponer en tal forma de sus derechos en favor de una entidad jurídica, con personalidad distinta y patrimonio también diferente de cada uno de los asociados; por lo que el Juez "a quo" no ha incurrido, al interpretar la escritura de constitución y fijar el alcance de su contenido, en la infracción de los artículos 1.218 y 1.262 del Código civil, rectamente aplicados.

Cuarto. Que de lo expuesto se deduce la suficiencia de la transmisión así verificada, para que pueda producir los efectos resolutorios interesados por la demandante; sin que obste a ello, como pretende la recurrente, la falta de precio para que la cesión tenga lugar; pues, aparte de que el valor de la aportación está representado, en este supuesto, por la participación social, como equivalente de aquél, tal requisito carece de transcendencia a los fines de que la cesión pueda autorizar la acción ejercitada, por lo mismo que lo que en este caso interesa al dueño de la finca no es que la sustitución del titular del arrendamiento se haya realizado en forma onerosa o gratuita, sino, exactamente, qué se hiciera sin su aprobación; y, en consecuencia, acreditado que sin ella se cedió la explotación del local por la arrendataria a esta tercera persona, que es la Sociedad O. C. A. P., C. L., es llano que no incurre la sentencia impugnada, al declarar la realidad de la cesión, en la injusticia notoria que se la atribuye.

Quinto. Por último, que aun cuando es cierto que tanto el precio como el consentimiento inicial del arrendador son requisitos ineludibles para legitimar el derecho de traspaso, tal como lo define el artículo 9.^º del Decreto de 21 de enero de 1935, no lo es menos que la falta de aquéllos impedia, en el supuesto de autos, su aplicación; por lo que mal pudo ser infringido tal precepto, por indebida aplicación, como afirma el recurrente, que, por el contrario, no impugna las normas y doctrina legal en que el fallo se basó.

Sexto. Que, al desestimar el recurso, procede imponer al recurrente las costas del mismo por ministerio de la ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 ENERO 1948

Civil—principios generales del Derecho: nadie puede ir contra sus propios actos.

Según reiterada jurisprudencia, a nadie le es lícito ir contra sus propios actos.

Arrendamientos urbanos—derecho derogado—irrenunciabilidad de beneficios.

La irrenunciabilidad de beneficios prescrita por las leyes anteriores a

la nueva Ley de Arrendamientos ha de entenderse con respecto a los inquilinos, y no a los arrendadores, por tratarse de una legislación protectora de aquéllos.

Procesal—desahucio: costas.

El artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil se contrae al juicio de desahucio regulado en ella, pero no a los tramitados conforme a la legislación especial de alquileres anterior a la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

ANTECEDENTES.—Don Manuel Martín Luque demandó, en 21 de junio de 1946, en juicio de desahucio por subarriendo a doña Sabina Cabaleiro Tellado, alegando que en la condición 4.^a del contrato de arrendamiento con ella suscrito, sobre unos locales dedicados en parte a vivienda y en parte a la industria de casa de huéspedes, se obligaba la arrendataria a no ceder, subarrendar ni traspasar el todo ni parte del local arrendado sin la correspondiente autorización, y la causa 11.^a del mismo documento que disponía que, en caso de convenir a la arrendataria efectuar el traspaso, solicitaría autorización del propietario, que le consentiría siempre que el nuevo arrendatario tuviera, a su juicio, las necesarias condiciones de honorabilidad y solvencia.

Con motivo de seguir un procedimiento de desahucio por falta de pago, se enteró el actor que en el piso no habitaba la titular del contrato, pudiendo comprobar que, efectivamente, era cierto este extremo, ya que la arrendataria se había trasladado a otro, donde se encontraba empadronada.

En el acto del juicio adicionó el actor el nombre del ocupante actual del piso, y la parte demandada se opuso a las pretensiones del primero, alegando que no se trataba de subarriendo, sino de traspaso, que se había efectuado con el consentimiento del demandante, si bien no se había suscrito nuevo contrato.

El Juez de instancia dictó sentencia, el 27 de diciembre de 1946, desestimatoria, imponiendo al actor las costas del juicio. Este formalizó recurso de injusticia notoria basándose en los siguientes

MOTIVOS.—Causas 3.^a y 4.^a del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Primer y segundo. Infracción del artículo 9.^º del Decreto de 21 de enero de 1936, que exige la autorización escrita y expresa del arrendador, al admitir la existencia de un traspaso no verificado en forma legal, cuando no puede hablarse de traspaso en el presente caso, por no poderse estimar renunciados o modificados por acuerdo de las partes los derechos establecidos en las disposiciones citadas, por ser nulos los pactos en contrario.

Tercero. Error en la apreciación de la prueba, ya que admitiendo el principio de que el simple conocimiento de un hecho no es prueba de consentir, lo contradice al declarar que el propietario conocía la existencia en el local de un nuevo ocupante y no se opuso, siendo estos dos fundamentos meramente pasivos, de los que no puede deducirse un acto de voluntad expreso.

Error en la apreciación de la prueba; en cuanto la sentencia se funda en deducir, aunque no lo afirma expresamente, la existencia de un traspaso, aunque la documentación obrante en autos acredita que éste nunca llegó a formalizarse.

Quinto. Infracción por inaplicación de los preceptos y doctrinas que establecen el subarriendo como causa de desahucio en los locales destina-

dos a comercio e industria y la cláusula 4.^a del contrato, ya que el artículo 3.^º, apartado *c)*, del Decreto de 7 de julio de 1944, las Ordenes de 19 de septiembre y 8 de noviembre y Decreto de 30 de diciembre del mismo año, la nueva Ley de Arrendamientos y la sentencia de 31 de enero de 1946, entendidos a "sensu contrario", hacen necesario admitir que el subarriendo era causa de desahucio en la legislación anterior.

Finalmente, infracción por aplicación indebida del artículo 1.582 de la L. E. C., por entender no ser preceptivo en los juicios de desahucio seguidos por las causas y trámites que regulan las leyes de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936.

A la motivación anterior opuso la parte contraria que no podía prosperar el recurso por deducirse de la redacción del contrato una autorización, efectuada de antemano, para traspasar, condicionada a las cualidades de honorabilidad del nuevo inquilino, y tampoco invocando la existencia de subarriendo porque éste no había sido probado.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda de desahucio por subarriendo no consentido formulada por el recurrente, parte de un doble fundamento: la afirmación de que en el contrato de arrendamiento no se pactó que la autorización para subarrendar o traspasar había de ser escrita y la de que el demandante consintió el traspaso, afirmación esta última que se basa en la apreciación conjunta de la prueba practicada, y, por lo tanto, es evidente que para que pueda ser estimado el recurso precisa destruir una y otra afirmación, ya que aunque se admitiera que el contrato exigía la autorización escrita, si se prueba que el propietario de la finca dió su consentimiento al subarriendo o traspaso no le sería lícito ir contra sus propios actos, pretendiendo desahuciar con la alegación de un subarriendo que fué consentido por él, a lo que se opondría, no sólo la reiterada jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos, sino los preceptos del Código civil que sancionan la eficacia del consentimiento libremente prestado.

Segundo. Que si bien el razonamiento del juzgador en sus considerandos sexto y séptimo de su resolución para llegar a la conclusión de que el contrato de arrendamiento de que se trata no exige la autorización escrita del arrendador para el subarriendo o traspaso, es harto deleznable al pretender hallar una contradicción que no existe entre las cláusulas cuarta y novena del contrato, expresivas, la primera, de la necesidad de la autorización escrita, y la otra, negatoria de la facultad del arrendador para oponerse al traspaso si el propuesto por el inquilino fuera persona de solvencia, puesto que ambas son armonizables en el sentido de que la autorización ha de ser escrita en todo caso, y argumentando sobre la forma impresa de una de ellas y manuscrita de la otra, para afirmar la procedencia de ésta, desconociendo que una y otra se hallan suscritas por los contratantes, no es menos cierto que la otra base de que parte la sentencia recurrida: la afirmación del consentimiento del arrendador por la apreciación conjunta de la prueba practicada, no queda desvirtuada por las alegaciones del recurrente porque el hecho de haberse seguido por el actor contra la demandada un desahucio por falta de pago donde se consignó la renta adeudada por el que dijo ser representante de

la arrendataria, no evidencia el error del juzgador al apreciar que el subarriendo o traspaso fué consentido, porque se trata de un elemento de prueba a tener en cuenta, entre otros, alguno tan importante como el oficio de la Cámara de la Propiedad Urbana obrante al folio 53, donde se hace referencia a un escrito del propietario demandante solicitando cédula de habitabilidad para el cuarto en cuestión, donde se da el nombre de la subarrendataria como ocupante del mismo, y en cuanto a la circunstancia que también se alude en el recurso de que ésta haya subarrendado parte del piso a un tercero, que hace la poco verosímil alegación de disfrutarla para hacerse pago de un crédito contra aquélla, es inoperante a los efectos pretendidos desde el momento en que se trata de un hecho ajeno a la arrendataria, procediendo por ello la desestimación de cuantos motivos se alegan en contra de la realidad de los hechos que da como probados el juzgador.

Tercero. Que por lo que se refiere a la infracción de preceptos legales a que alude el motivo primero del recurso en cuanto exigen una autorización expresa y escrita del arrendador para el traspaso y establecen el derecho del propietario a negarse a que tenga lugar, indemnizando al arrendatario en la cantidad que hubiere abonado por el traspaso anterior, lo que hace indispensable el pago de éste y la comunicación de su cuantía al arrendador, no es posible estimar hayan sido infringidos sobre la base de los hechos declarados probados por la sentencia, que parte de la afirmación del consentimiento del propietario y porque tampoco se niega en su parte dispositiva la posibilidad de que el propietario pueda reclamar los derechos que crea asistirle.

Cuarto. Que tampoco cabe apreciar la infracción de las prescripciones legales que estiman irrenunciables los pactos contrarios a la ley sobre la base de reputar necesaria en todo caso la autorización escrita del arrendador para subarrendar o traspasar; en primer lugar, porque no es cierto que el Decreto de 29 de diciembre de 1931 ni el Decreto-Ley de 21 de enero de 1936 exijan que la autorización del propietario se diese por escrito, y, por lo tanto, de estimarse que el contrato no exigía la forma escrita para la autorización, tal pacto no sería contrario a la ley; pero es que, además, esta irrenunciabilidad de beneficios ha de entenderse con respecto a los inquilinos, no a los arrendadores, por tratarse de una ley protectora de aquéllos.

Quinto. Que los motivos tercero y cuarto del recurso, en los que se sostiene la falta de prueba del traspaso por no haberse presentado el documento acreditativo del mismo, ni haberse justificado el pago de los derechos reales, invocando a tal efecto los artículos 1.270 y 1.248 del Código civil, 51 del Código de Comercio y el 45, apartado e) de la Ley de 31 de diciembre de 1946, que exige para los contratos de traspaso de locales de negocios la escritura pública, tampoco son suficientes a estimar la injusticia notoria del fallo, ya que el error en la apreciación de la prueba sólo puede demostrarse por documentos y prueba pericial, y que los preceptos legales que se citan no pueden prevalecer ante una valoración conjunta

de la prueba y sin que el requisito de la escritura pública pueda ser exigido tratándose de un traspaso realizado con anterioridad a esta exigencia legal, no obstante el carácter retroactivo de esta disposición que no puede alcanzar a contratos de traspaso anteriores a su vigencia, ni en definitiva tiene gran trascendencia a los solos efectos de estimar la procedencia o no del desahucio que se trate de un subarriendo o un traspaso, si se aprecia, como en el caso, por el conjunto de la prueba practicada el consentimiento del propietario.

Sexto. Que en lo tocante al último motivo del recurso, en el que, aparte de referirse a razones anteriormente alegadas, se invoca la sentencia de este Tribunal de 31 de diciembre de 1946 sobre subsistencia de la causa de desahucio por subarriendo después del Decreto de 21 de enero de 1936, tampoco puede basarse en esa circunstancia la estimación del recurso, porque el Juez funda su fallo absolutorio en su apreciación de que el subarriendo o traspaso fué consentido, estimación que, como queda dicho, no aparece suficientemente desvirtuada para que pueda apreciarse la notoriedad de una injusticia cometida por la sentencia.

Séptimo. Que fundada la condena en costas del demandante en el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es de apreciar la aplicación indebida de este precepto, cuyo alcance se contrae al juicio de desahucio regulado en la citada ley, pero no a los tramitados conforme a la legislación especial de alquileres, para los cuales, en la fecha en que fué pronunciada la sentencia, regía la libre apreciación por el Tribunal de la mala o buena fe de las partes, y no siendo de estimar aquélla a estos efectos, procede la estimación del recurso en este particular, no haciendo expresa condena de costas en la instancia ni tampoco con respecto a las originadas en el presente recurso.

FALLO.—Dejando subsistente la sentencia de instancia, ha lugar en lo referente a las costas.

SENTENCIA 31 ENERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia—error en la apreciación de la prueba: existencia de un mandato.

Para declarar la existencia de un mandato no basta apoyarlo en el otorgamiento de un poder, que no tiene efectos frente a un tercero por su falta de inscripción en el Registro Mercantil.

ANTECEDENTES.—Doña Pilar Laguna Dargallo y D. Cosme González Palazuelo, como representante de su hija menor, demandaron en juicio de desahucio a D. Antonio Trigueros Plaza, alegando que siendo arrendadores de una tienda por contrato firmado con el demandado, en el que expresamente se prohibía el subarriendo, traspaso o cesión total o parcial del local, había buscado éste, de acuerdo con su esposa y con D. Pedro Saracho y la suya, la fórmula de tramitar unos autos ejecutivos contra la esposa del demandado, a instancia del Sr. Saracho, que para estos efectos figuraba como apoderado y acreedor, en el cual se embarga-

ron, entre otros bienes, el local de autos y los frutos y rentas del mismo, constituyéndose una administración judicial que fué precisamente a recaer en la esposa del ejecutante.

Disfrazado de esta forma el traspaso o subarriendo, se instaló en dicho local una industria de vulcanizados, bajo el nombre de "Eguía", que coincidía con el segundo apellido de la esposa del Sr. Saracho, realizando éste todas las operaciones comerciales a su nombre e incluso empleando su propio papel timbrado.

Negó la parte demandada la existencia de subarriendo o traspaso, afirmando que, como consecuencia del procedimiento, había dado participación en su negocio al Sr. Saracho para que fuese así cubriendo su crédito, siendo mera coincidencia la identidad del nombre comercial con el apellido de la esposa de éste.

El Juez de instancia desestimó la demanda y la parte actora formalizó recurso de casación con base en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; aplicación indebida de los artículos 281 y 287 del Código de Comercio, en relación con el artículo 1.669 del Código civil, al no ser aplicables, pues ni se ha alegado ni probado el carácter de comerciante del Sr. Trigueros ni de la asociación a que se alude, no estando tampoco inscritos en el Registro Mercantil los poderes a favor del Sr. Saracho.

Segundo. Causas tercera y cuarta del artículo 169 de la misma Ley; infracción del apartado *d*) del artículo 5.^o del Decreto de inquilinato de 29 de diciembre de 1931, en relación con el 1.^o del Decreto de 21 de enero de 1936; error en la apreciación de la prueba documental, demostrándose la confabulación por el hecho insólito de que un apoderado embargue a su poderdante el propio establecimiento que dice representar y otras circunstancias que concurren.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el presente recurso tiene por objeto resolver si el arrendatario Sr. Trigueros, confabulado con Pedro Saracho, subarrendó o traspasó a éste el local litigioso, sin consentimiento de las arrendadoras como pretende la parte recurrente, o, como se excepcionó por el demandado y afirma la sentencia impugnada, ni ha existido tal subarriendo, ni puede atribuirse al supuesto subarrendatario otro carácter que el de apoderado mercantil del recurrido.

Segundo. Que frente a estas declaraciones del juzgador de instancia, y para demostrar la injusticia notoria en que incide, se fundamenta el recurso en las causas tercera y cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditada por la documental obrante en autos, e infracción, por aplicación indebida e interpretación errónea, de los artículos 281 y 287 del Código de Comercio, en relación con el 1.669 del Código civil.

Tercero. Que si bien es cierto que para la eficacia de la impugnación de los documentos que se deduzcan a tal fin han de tener la virtualidad suficiente a poner de relieve la clara contradicción entre las afirmaciones de hecho del Tribunal "a quo" y el resultado que ofrezcan aquéllos, no lo es menos que, en el supuesto de autos, se dan tales circunstancias: primero, porque es un hecho evidente, por indiscutido, que el local litigioso, destinado en un principio a mercería, se transformó por extraña coincidencia en "Talleres de Vulcanizados". al otorgarse el apo-

deramiento; segundo, porque el nombre comercial de la referida industria coincide también, desde su iniciación, con el apellido de la señora del supuesto apoderado; tercero, porque, alegándose que el Sr. Saracho no es subarrendatario, sino mandatario, aparece de la diligencia de inspección de libros, que lleva uno solo, el de "neumáticos", sin requisito de apertura, sin referencia alguna al titular del negocio, figurando sólo al frente de cada hoja el rótulo "Vulcanizados Eguía", y sin el más mínimo dato que refleje el estado administrativo de la gerencia; cuarto, porque de la carta comercial, aportada a la litis y reconocida por el supuesto apoderado, se desprende, con toda claridad, que los membretes están a su nombre, que contrata por cuenta propia y que, al contratar, ni indica que lo hace en el de su principal, ni consigna tampoco la más leve salvedad de la que pueda inferirse el apoderamiento.

Cuarto. Que, esto sentado, no cabe desconocer que el Juzgado de instancia, al declarar la existencia del mandato, ha incurrido en manifiesto error al apreciar la prueba; porque el juicio así formado no puede apoyarse sólidamente en el otorgamiento de un poder sin efectos para tercero, por falta de inscripción, ni en el resultado de otros elementos visiblemente encaminados a encubrir el subarriendo, ante la realidad, patente y manifiesta, de un fingido mandatario que forma la inscripción comercial de la industria con el apellido de su mujer, que no lleva libros que reflejen el estado de contabilidad con su principal, ni al contratar cumple, en forma alguna, las inexcusables prevenciones del artículo 284 del Código de Comercio.

Que si, por lo dicho, procede estimar el motivo segundo, la procedencia del primero es consecuencia obligada de las bases de hecho que quedan establecidas, ya que al aplicar el juzgador, a un apoderamiento inexistente, los artículos 281 y 287 del Código de Comercio, normativos del mandato mercantil, forzosamente tenía que infringirlos en el concepto invocado en este motivo del recurso.

Sexto. Que prohibida toda cesión, subarriendo o traspaso en el contrato, sin permiso de las arrendadoras, el incumplimiento de tal prohibición es causa determinante del desahucio, conforme a lo estudiado en el apartado d) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931, en relación con el artículo 1.^o del de 21 de enero de 1936, que impide que los subarrendatarios o cessionarios puedan convertirse en arrendatarios sin autorización del arrendador.

Séptimo. Que a tenor de lo preceptuado en los artículos 171 y 174 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no procede hacer mención de las costas del recurso; y por la temeridad que se deduce de las anteriores consideraciones, debe condenarse en las de la instancia al recurrido.

FALLO.—Ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos Rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y José E. Greño.

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1947

Extensión del retracto arrendaticio.

Este es más amplio que el retracto legal, alcanzando a todo caso de transmisión a título oneroso, y, por tanto, a la permuta.

Subrogación del retrayente en caso de permuta.

La sustitución de valor por finca es modalidad necesaria en los casos de permuta para que pueda tener lugar la subrogación.

Recurso de revisión: requisitos para que prospere.

Cuando el motivo se refiere a manifiesto error en la apreciación de la prueba, es necesario demostrar que con ello se comete injusticia notoria.

ANTECEDENTES.—El 8 de abril de 1946, doña Cristina Casanellas y su hijo D. Pedro Güell Casanellas interpusieron demanda contra doña María Costa y D. Carlos Rafecas, solicitando les sea reconocido su derecho de retracto sobre una finca rústica que llevaban en arrendamiento, propiedad de doña María Costa, que fué permutada por otra urbana propiedad de D. Carlos Rafecas, valorándose cada una de ellas, a efectos de la permuta, en 12.000 pesetas. Los demandados se opusieron, alegando que no es posible ejercitar el retracto en el caso de tratarse de permuta de cosa específica, dada la imposibilidad de subrogación en el lugar del adquirente, y que, en caso de concederse, habría que atender al valor real de la finca y no al que a los efectos fiscales del impuesto de derechos reales se consignó en la escritura, valor que los demandados pretenden acreditar mediante dictámenes periciales.

El 5 de julio del mismo año dictó sentencia el Juzgado de Primera Instancia, declarando haber lugar al retracto por la cantidad de 12.000 pesetas y demás gastos de definitivo abono. Apelada ante la Audiencia de Barcelona, fué confirmada el 20 de febrero de 1947. El demandado D. Carlos Rafecas interpuso recurso de revisión, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción del párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, al no interpretarlo de acuerdo con el artículo 1.251 del C. c., y aceptan, por tanto, la posibilidad de retracto, y porque en el precepto citado se habla de "valor" y no "de precio", y el valor no ha de ser el que a efectos fiscales señalan las partes, sino el valor real.

Segundo. Por evidente error en la apreciación de la prueba, al hacerse caso omiso de los dictámenes periciales de valoración de las fincas.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que vuelve a plantear el presente recurso la cuestión ya resuelta en la sentencia de esta Sala de 11 de junio de 1945, de que si se da o no el derecho de retracto arrendaticio que concede el

artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935 en una transmisión por permuta, y como en aquella sentencia se reconoció, la nueva institución retractual creada por la Ley citada, tiende predominantemente a satisfacer una aspiración de carácter social, la de convertir en propietario al cultivador de la finca, y para ello, ha dado mayor extensión al retracto arrendaticio que la que el Derecho civil concede al retracto legal por ésta regulado, alcanzando aquél a todo caso de transmisión a título oneroso de finca rústica arrendada, expresión con la que claramente comprende a la permuta, y al estimarlo así la sentencia recurrida, no sólo no infringe los preceptos que se indican en el primer motivo del recurso, sino que los interpreta rectamente.

Segundo. Que por ser el contrato de permuta de finca rústica una transmisión onerosa en que no media precio en metálico, atiende al cumplimiento de la subrogación necesaria en todo retracto al último apartado del párrafo primero del artículo 16 citado, obligando al retrayente a reembolsar al comprador en el valor de la finca, con el abono de los demás gastos y pagos legítimos a que se refiere el artículo 1.518 del Código civil, haciendo así factible la subrogación que la Ley establece y que hace compatible con las transmisiones onerosas en las que no existe precio en metálico, ya que la sustitución de valor por finca es modalidad necesaria en los casos de permuta, que autoriza la última parte del párrafo primero citado del artículo 16, para que tenga lugar la subrogación que interpretación que, aparte de ser la racional con arreglo al texto de la Ley, que expresamente lo indica al consignar, *si la enajenación no se hubiere verificado por precio en metálico el retrayente satisfará el valor de la finca o participación objeto del retracto*, además de los citados reembolsos (se refiere a los expresados en el artículo 1.518 del Código civil), redacción que claramente establece la forma en que ha de hacerse la subrogación en los casos de permuta y que está de perfecto acuerdo con la extensión dada al retracto arrendaticio, *a todo caso de transmisión a título oneroso de una finca arrendada*, que la Ley de Arrendamientos Rústicos crea y que la sentencia recurrida interpreta con acierto, lo que obliga a desestimar el primer motivo de recurso.

Tercero. Que cualquiera que sea el juicio que merece a esta Sala la tasación pericial que obra en autos acerca de la finca objeto del retracto, no hay que olvidar que nos encontramos en un recurso de revisión contra una sentencia que ha estimado el valor de la finca retraída en la cantidad que las partes que intervinieron en el contrato de permuta asignaron, el mismo con que se inscribió en el Registro de la Propiedad, y con esos antecedentes no puede sentarse que haya incurrido en *injusticia notoria* el juzgador de instancia al conceder un valor a la finca objeto del retracto coincidente con el que las partes le señalaron en la escritura otorgada y con el que consta en la inscripción en el Registro a favor del comprador, por sólo el hecho de que los peritos nombrados por el demandado la señalen otro distinto, ya que si éste responde a la realidad, hecho que el retrayente, en el fuero de su conciencia, puede apreciar, por el cabal conocimiento que de las condiciones de la finca le ofrece el ser cultivador de la

misma, podrá crear en él una obligación de orden moral que esta Sala no puede imponerle calificando de notoriamente injusto un acuerdo de la sentencia recurrida que obedece a tan justificados antecedentes, razones por las cuales es forzoso desestimar también este segundo motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1947

Procesal—requisitos de la sentencia: congruencia.

La congruencia ha de existir con relación a las pretensiones de las partes, pero sin que ello exija que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de las partes demandantes, basta que guarden conexión con los antecedentes de hecho discutidos.

Arrendamientos—retracto: condiciones para ejercitarlo.

El aprovechamiento principal—aunque no exclusivo—de una finca por precio y tiempo limitado y para fines pecuarios, permite al arrendatario solicitar el retracto arrendaticio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, párrafo 6.º, de la Ley de 15 de marzo de 1935.

ANTECEDENTES.—En 23 de mayo de 1940, D. Luis Figueroa y Pérez de Guzmán el Bueno y Pérez de Quintanilla, D.^a Isabel Figueroa y D.^a Casilda Figueroa, concurriendo D. Luis Figueroa y Alonso Martínez, padre de los primeros, por ser menores de edad, venden a D. Victoriano Hernández todas las fincas, censos y derechos que figuran en la administración de Avila y las de Valdehonduras, Torrejoncillo de Sanabria, Rabos de las Cantimplas, Casita de Angel, Pasabados y otras. D. Victoriano, haciendo uso de la facultad que le confería la cláusula octava del compromiso de venta, endosó su derecho a D. Tiburcio Palomo, de las dehesas de Navatacón y Castellanillos, por 525.000 pesetas. D. Victoriano Pindado, a 13 de junio de 1941, demanda a D. Victoriano Hernández Curto y D. Tiburcio Palomo, alegando que poseía por contrato verbal del administrador y desde 1939, por plazo de cuatro años, la dehesa de Navatacón. El Juzgado de Primera Instancia de Avila, admitida la demanda, declaró suficiente la fianza de 24.000 pesetas, contra la que D. Tiburcio Palomo interpuso recurso de reposición, acordándose que el demandante consignara la cantidad de 262.000 pesetas, importe de la renta de la dehesa. Practicado el incidente sobre nulidad de actuaciones, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia de Avila sentencia declarando la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de citación, y notificada de nuevo la providencia de 17 de junio de 1941, interpuso D. Tiburcio Palomo recurso de reposición por la que se declarase no haber lugar a la admisión de la demanda formulada por D. Victoriano Pindado, en el sentido de no tener por suficiente la fianza de 24.000 pesetas constituida por el demandante, providencia que fué confirmada por auto de la Audiencia de Madrid. Consignada por el demandante la cantidad de 238.500 pesetas, se emplazó a los demandados. Recibido el juicio a prueba se practicó la testifical, la confesión judicial del demandado y la documental. Y por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Avila en que estimando parcialmente la demanda, se declara

haber lugar al retracto de la dehesa de Navatacón por el precio de 262.500 pesetas.

APELACIÓN.—Interpuesta apelación por el demandado, la Audiencia Territorial de Madrid confirmó el fallo del Juzgado.

Interpuesto recurso de revisión, la parte actora lo fundamenta en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Injusticia notoria al infringir lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo. Infracción a lo dispuesto en los artículos 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, 1.518 del Código civil y 1.618, núm. 2º, de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO.—Que se funda el primer motivo del recurso en la incongruencia de la sentencia recurrida, sin tener en cuenta, al hacerlo, que ha sido uno de los extremos de constante discusión en el pleito el relativo al valor de la finca vendida, que mientras la parte actora le asignaba el que le correspondiese con relación al valor global de 1.900.000 pesetas en que decía vendida la finca al Sr. Hernández Curto, el demandado sostuvo que no existió tal venta y solamente tuvo lugar la realizada por los señores Figueroa y Pérez de Guzmán el Bueno al recurrente, en cuya venta corresponde a la finca objeto de este pleito el precio de 262.500 pesetas, que es el fijado en la sentencia recurrida para que figure como precio de la finca que se retrae, y si se acoge una de las alegaciones de las partes litigantes resolviendo uno de los extremos discutidos en el pleito, no puede tacharse de incongruencia la sentencia que así lo resuelve, ya que “la congruencia ha de existir con relación a las pretensiones de las partes, pero sin que ello exija que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y rigurosamente a las pretensiones de la parte demandante, pues basta con que guarden conexión con los antecedentes de hecho discutidos en el pleito, y no puede negarse, y menos por la parte recurrente que ve acogido en el fallo el punto de vista constantemente mantenido por ella”, de que el precio de la finca retraída es el de 262.500 pesetas señalado en la sentencia, que ésta es congruente con sus pretensiones y, por tanto, no se ha cometido la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil que se invoca como fundamento del primer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar a la revisión.

SENTENCIA 30 DICIEMBRE 1947

Arrendamientos—sucesión en el arrendamiento: alcance del artículo 18 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

El derecho que este artículo concede, aun siendo de tipo sucesorio, no se guía en su determinación por el orden de los ordinarios de esa clase, ni debe considerársele equiparado porque obedece a fundamentos particulares.

La atribución de la facultad que este artículo concede no ha de en-

tenderse hecha de modo global, sino guiada por el método seguido en su exposición, que lleva a la prioridad del cónyuge.

Procesal—recursos: circunstancias.

Para que pueda prosperar es necesario referirlo a todas las causas que motivaron la sentencia.

ANTECEDENTES.—El 16 de mayo de 1946, D.^a Blanca Blanco formuló demanda contra D.^a Francisca Bermúdez, solicitando el desahucio de la misma de una finca rústica propiedad de la actora, que aquélla llevaba en arrendamiento como sucesora de su esposo D. Francisco Ojeda, con el cual había celebrado D.^a Blanca contrato en 1.^º de enero de 1937, con un plazo de duración de cuatro años, y en el que se consignaba expresa prohibición de subarrendar. El 1.^º de enero de 1943 avisó la actora a la demandada para que abandonase la finca al final de dicho año. A petición de aquélla, se le concedió continuar en la finca un año más, pasado el cual debía hacer entrega de la misma; extremo que hubo de serle reclamado al cumplirse el plazo mediante un acto de conciliación, al que no acudió, dándose por celebrado sin avenencia; por compromiso particular se obligó la demandada a entregar la finca después de la cosecha del año 1945, pero no lo cumplió. Asimismo cedió en subarriendo a dos personas 29 de las 69 aranzadas que tiene de cabida la finca. Citados los subarrendatarios a un acto de conciliación, no acudieron.

La demandada contestó aduciendo excepción por falta de acción, por no haberse demandado conjuntamente a todos los arrendatarios, puesto que para nada se cita a los hijos habidos de su matrimonio con D. Francisco Ojeda, en unión de los cuales es heredera del arrendamiento, y estimando asimismo que el plazo de duración del contrato es de seis años, por lo que, a tenor de la legislación vigente, ha de entenderse prorrogado el contrato.

Con fecha de 4 de julio de 1946, el Juzgado de Primera Instancia de Marchena concedió el desahucio, declarando nulo el acto de conciliación celebrado con los subarrendatarios. Apelada la sentencia, fué confirmada por la Audiencia de Sevilla, el 7 de mayo de 1947, aunque revocando la declaración de nulidad que contiene. Denegadas por auto de 13 de mayo del mismo año la adición y aclaración a la sentencia, solicitadas por la demandada, ésta interpone recurso de revisión, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Por a) manifiesto error en la apreciación de la prueba, y b) injusticia notoria por infracción de preceptos legales, citando a este respecto los artículos 930, 931, 884, 1.137, 1.139, 661, 659, 1.156 y 1.157 del Código civil, y 18 de la Ley de 15 de marzo de 1926, por cuanto no se admitió la excepción de falta de acción, a pesar de que por certificado de matrimonio, partidas de nacimiento de los hijos, y de defunción de su esposo, así como de un recibo entregado por el apoderado de la actora, y por aplicación de los preceptos legales citados se desprende el carácter de coarrendatarios que tienen los hijos de su matrimonio con D. F. Ojeda.

Segundo. Injusticia notoria por infracción de preceptos legales, citándose como infringidas las disposiciones adicionales 1.^a y 2.^a de la Ley de 23 de julio de 1942, puesto que en la sentencia de la Audiencia de Sevilla se señala que el plazo de duración del contrato no tiene relevancia, pudiendo el arrendador recabar para sí en cualquier momento la finca con objeto de cultivarla directamente, dada la cuantía de la renta.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que al estudiar el contenido del artículo 18 de la Ley de 15 de marzo de 1935 se percibe que, no obstante mantener el principio de extinción del arrendamiento rústico cuando falleciere el arrendatario, lo enerva a seguida, limitándolo a cuando no queden herederos de éste hasta el segundo grado colateral, pues que, existentes, se instituye en su favor la opción para rescindir o continuar, que permite sostener el trato cualestuviere, sin cambio en sus condiciones y en su unidad requerida por el segundo párrafo. Mentada facultad para seguir con el arrendamiento enuncia un derecho surgido con la muerte del titular del disfrute cedido, que, aun con tipo sucesorio, no se guía en su terminación por el orden de los ordinarios de esa clase, ya que ve establecido otro dispar, ni debe entendérsele equiparado porque obedece a fundamentos particulares, que, si atienden a los beneficiarios, lo realiza consideradamente a la situación precedentemente ostentada, sin olvidar otros intereses cuyo respeto impone. Por eso, cuando señala los herederos favorecidos indicálos con sistema inadecuado a la sucesión por sangre, e impide el reparto del arrendamiento aunque sean varios los comprendidos.

Segundo. Que, ciertamente, la aludida facultad aparece otorgada a la parentela que menciona, sin señalar ordenación individual; pero como parece absurdo suponerla global o en modo que fuere para todos al par, lo cual saltaría por las preferencias de grado y llegaría a una confusión de intereses inexplicables, tiene que creerse guiada por el método seguido en su exposición, que lleva a la prioridad del cónyuge, donde por sí la unidad exigida queda guardada, y después la proximidad en grado con determinante de especie de calegalero que resulta el obligado para que no surja la división que ha querido impedirse.

Tercero. Que lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo cuarto de la Ley de 23 de julio de 1942, al conceder al arrendatario el derecho a designar sucesor arrendatario en ciertos casos y al autorizar en otros al arrendador para designarlo entre los familiares, refuerza el sentido de inteligencia que antes se expuso respecto a la institución, pues bien se ve que no predomina en ella el carácter corporativo, y que no van por la misma concedidos derechos que impliquen participaciones a cuantos figuren llamados, o sea que el señalado por el orden legal o la voluntad continuará como exclusivo titular de los derechos derivados del arriendo.

Cuarto. Que con el criterio expresado huelga tratar de la conjunción de personas en la continuidad cuando exista alguna de grado o vínculo preferente y también del carácter mancomunado o solidario de sus obligaciones, porque aquélla no puede suceder y si ocurriere resultaría incompatible con la unidad contractual y porque si no existe pluralidad personal carece de efecto de distinción. En consecuencia, y pues que en el caso el cónyuge viudo sigue con el arriendo, es el primeramente llamado según el precepto y a nadie consta que cediere en su derecho; para el arrendador no aparecía otro titular que aquél, y claro que, no obstante los demás derechos a serlo, había de eliminarlo al demandar. No, por tanto, impertinente la supuesta falta de acción que en el primer motivo del recurso se aduce.

Quinto. Que fundado el lanzamiento decretado por la sentencia en la terminación del plazo, pero también en el subarriendo, es pueril referirse tan sólo a la primera de dichas causas, prescindiendo de la segunda, y como ésta no se ataca en el recurso y por ella habría de producirse la consecuencia, resultaría vacuo ocuparse de la otra, por lo cual tiene que desestimarse este motivo revisionista.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 ENERO 1948

Cumplimiento de contrato de arrendamiento rústico.

Ha de cumplirse como su naturaleza lo requiere y su carácter social lo determina, sin que al arrendatario le exima de sus obligaciones como tal el que lo sea en contraprestación transaccional.

Transacción

No puede calificarse de transacción el contrato de liquidación de un estado social si no consta que su objeto no tuvo por fin evitar un pleito.

ANTECEDENTES.—El 1.^º de julio de 1942, doña Luisa y D. Luis Fernández Mazarambros, de una parte, y D. José M.^a Tradacete, de otra, suscribieron un documento privado para efectuar la disolución de una explotación agrícola-ganadera que había sido concertada entre los citados don Luis y D. José M.^a, y en sus estipulaciones, aparte de otros extremos, se establecía un arrendamiento de fincas rústicas, propiedad de los esposos Fernández Mazarambros, a favor de D. José M.^a Tradacete, señalándose como renta anual la cantidad de 80.000 pesetas, teniendo este último facultad para subarrendar todo o parte de las fincas, formalizando para ello los arrendadores directamente a las personas designadas por el arrendatario los necesarios contratos, y quedando solidariamente obligado con ellos al pago de la renta estipulada en el contrato que examinamos.

Formulada demanda solicitando el desahucio del citado D. José, basada en que éste había cedido una parte de las fincas en 90.000 pesetas, y el subarrendatario a su vez a un tercero en el mismo precio, todo ello sin conocimiento de los actores, se opuso a ella el demandado, alegando que la cesión de las fincas, calificada de arrendamiento por la parte actora, no lo constituye, por no ser sino una de las estipulaciones de un contrato de transacción, y, en consecuencia, pidió que se declarase la incompetencia del Juzgado para conocer del pleito, sosteniendo ambas partes sus posiciones en la réplica y dúplica.

En 1.^º de febrero de 1947, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando haber lugar al desahucio. Apelada ante la Audiencia de Madrid, ésta dictó sentencia confirmatoria el 28 de junio del mismo año. El demandado interpuso recurso de revisión, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Injusticia notoria por infracción de precepto legal al haberse utilizado un procedimiento inadecuado, en vez de someterlo a las reglas del procedimiento ordinario. Se alegan como infringidos los artículos 28, causa 4.^a, de la Ley de 15 de marzo de 1935; 1.^º de la Ley de 23 de julio de 1942; disposición transitoria 3.^a, norma 1.^a, apart. A) de la Ley de 28 de junio de 1940, en relación con la regla 1.^a del artículo 62

L. E. C., y, finalmente, el artículo 1.809 C. c., puesto que no se tiene en cuenta la existencia de un contrato de transacción.

Segundo. Injusticia notoria por infracción de preceptos legales y por error en la apreciación de la prueba. Se citan como infringidos los artículos 1.285 y 1.286 C. c., al interpretar el contrato que se calificó de arrendamiento sin relacionarlo con las demás cláusulas del documento que lo contiene, lo cual llevaría a una solución diferente.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el dilema, única cuestión de esta litis en sus instancias y recurso, arrendamiento o transacción, no lo es, si se percibe que entre ambos conceptos no hay la antítesis que se ha supuesto; porque que aquél viniera originado en éste, no le priva de su condición esencial ni autoriza para que en su desarrollo se falten a las particularidades sus características, lo cual implica buen cobijo de su desnaturalización, y si pese a dicho origen tendría que verse el pacto arrendatario regulado por sus normas adecuadas y sujeto a sus matices peculiares, el fin de su vulneración accionado no empece que fuere integrado como una de las relaciones jurídicas trabadas al transigir que siempre tendría que cumplirse según la Ley determina.

Segundo. Que concertado en el caso un típico arrendamiento rústico, según lo manifiestan las partes y lo califica su objeto de cesión del disfrute de predios por tiempo y precio cierto, habría de cumplirse, como su naturaleza lo requiere y su carácter social lo determina, sin que al arrendatario le exima de sus obligaciones como tal que lo sea en contraprestación transaccional, porque ni en éste se advierte estipulación que le exone de ninguna, ni es permisible pactarlo de las que el derecho necesario estableció.

Tercero. Que ni aun de ser aceptada la tesis demandada recurrente surtiría sus pretendidos efectos, tanto menos ha de producirlos cuando no hay fundamento bastante para afirmar que el contrato de que se trata fuere en verdad de transacción, pues sus términos acreditan que su objeto no vino para evitar pleito, sino en liquidación de un estado social que acordemente se hizo cesar, asignándose los respectivos bienes y concertando nuevo modo de explotarse las fincas propias de unos socios; y, por tanto, resultan impertinentes los temas propuestos en el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 ENERO 1948

Arrendamientos—revisión: motivos del recurso.

El impugnar y rectificar el juicio de prueba merecido por el Tribunal de instancia exige injusticia notoria en su estimación y que el error se acredice por la resultancia documental o pericial del pleito.

Arrendamientos—retracto arrendatario: presunción de abandono del derecho.

El derecho a retraer finca rústica arrendada, que el artículo 16 otorga al arrendatario, es de suyo renunciable, rigiendo para él el principio, y sus

notorias consecuencias, del "abandono del derecho" cuando no se utiliza dentro del plazo condicionador de su subsistencia.

Propiedad—régimen temporal de la propiedad: ilegitimidad de su indeterminación.

El régimen del derecho de o a la propiedad no puede quedar en situación equívoca, indefinida por tiempo indeterminado.

Arrendamientos—retracto arrendaticio: conocimiento de la transmisión y cómputo del plazo prescriptivo.

El artículo 16 de la Ley de 1935 alude a tres supuestos distintos de conocimiento, que tratan de hacer vivir, a su modo, el precepto del artículo 1.969 C. c.: a) la información directa hecha por el comprador; b) la indirectamente adquirida por cualquier otro medio; c) la operada ex lege por el principio de publicidad registral. El día en que, de cualquiera de los tres modos, se conoce la posibilidad de subrogación, la acción puede ejercitarse y el plazo del retracto empieza a correr.

Arrendamientos—retracto arrendaticio: cómputo del plazo prescriptivo.

El hecho de haberse omitido por el comprador la notificación directa de su adquisición al arrendatario, no autoriza a éste para dar permanencia indefinida a una situación jurídica que el legislador quiso que no subsistiera más de un mes después de conocida con todas las circunstancias que hagan posible el ejercicio de la acción adecuada.

Interpretación—inadmisibilidad de una tesis injusta y contraria a derecho.

Es inadmisible una tesis que conduce a conclusión injusta y contraria a derecho.

ANTECEDENTES.—Se trataba en instancia de un retracto legal arrendaticio. Frente a la pretensión del actor se alegó por el demandado la incompetencia de jurisdicción y la prescripción de la acción de retracto. La excepción de incompetencia fué desestimada por el Juez; pero el demandado fué absuelto en virtud de la segunda. La Audiencia confirmó después este pronunciamiento.

Interpuso recurso de revisión fundado en los siguientes

MOTIVOS.—1.º) Injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, acreditada por la resultancia de la documental obrante en autos. (Al amparo de la causa 4.^a), norma 7.^a, disp. trans. a) de Ley de 28-6-1940.)

La Sala afirma transcurrido con exceso el plazo de un mes en que la acción es viable, sosteniendo que de la prueba practicada se deduce que tuvieron conocimiento de la transmisión en 14 de febrero, y, en cambio, el certificado de inscripción registral, obrante en autos, atestigua que se efectuó por escritura pública de 26 de septiembre.

Fué un documento privado de 14 de febrero, el único que el Tribunal a quo afirma conocido de los arrendatarios. Pero, siendo enteramente diverso el contenido de los dos documentos, cualquier comunicación o noti-

ficación del primero no podría servir para estimar conocidas las condiciones esenciales de la transmisión.

2.º) Injusticia notoria por infracción del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 y de la doctrina legal sentada en SS. de 14-V-41, 2-XII-41, 21-XI-45, 6-II-46, 16-X-43 y 22-IV-46.

El citado artículo de la Ley de Arrendamientos predicha dice textualmente que "si el vendedor de la finca no diera cuenta del arrendamiento al comprador, o éste, por cualquier causa, incluso por ignorar el arrendamiento, no notificare la compra al arrendatario, este último conservará el derecho al retracto durante un mes, a partir de la fecha de inscripción de la escritura de compra en el Registro de la Propiedad, o, en su defecto, a la fecha en que el retrayente haya tenido conocimiento de la transmisión".

Por tanto, en defecto de notificación, el conocimiento por cualquier medio sólo entra en juego, para el cómputo del plazo, en defecto de inscripción en el Registro. Pero, practicada ésta, no cabe otro criterio de computación. Esta tesis, ratificada por la Jurisprudencia, ha sido violada por la Sala, aunque se estime que los actores tuvieron conocimiento de la transmisión.

El recurso fué desestimado en todos sus motivos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que de dos modos dió a conocer la Ley de 1940 en la causa 4.^a de las enunciadas en la norma 7.^a de la disposición transitoria 3.^a, cuál había de ser el criterio de los recurrentes en revisión y el del Tribunal que debía decidir, para impugnar aquéllos y ratificar éste el juicio de prueba merecido al Tribunal de instancia; exige notoria injusticia en la estimación de prueba, y que el error se acredeite por la resultancia documental o pericial del pleito: ni uno ni otro de tales requisitos se cumple en el caso de autos. La Sala de instancia no se limita a hacer suyo el juicio vertido en los Considerandos que acepta de los del Juzgado, sino que lo perfeccionó en el sentido de puntualizar todos aquellos pormenores que revelan su plena convicción de que los demandantes, porque así se lo hicieron saber los otorgantes de la venta, conocieron íntegramente, en todo momento, de modo cabal, la génesis, la evolución y la consumación de aquélla, no obstante lo cual, dejaron transcurrir con exceso el plazo legal para retraer, contado desde el tiempo en que se lo hizo saber: la certificación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de 26 de septiembre de 1946, único documento en que los recurrentes se fundan para demostrar el error origen de notoria injusticia que a la sentencia de instancia achacan, nada contrario dice a las concluyentes afirmaciones que la Sala estima probadas; según ellas, "los demandantes, *en todo momento, no ya* "después de celebrar el contrato de 14 de febrero de 1946, sino con anterioridad a esta última fecha, tuvieron conocimiento de la transmisión que se iba a realizar, y de lo que medió después de que las partes interesadas estuvieron conformes sobre la venta de la finca que por los mismos se pretende retraer, hasta el punto de que los vendedores pusieron en su conocimiento, con todo detalle, la celebración del contrato de tal fecha, al igual que hicieron los demandados, cual se deduce de lo que en los autos consta, y ese conocimiento que fué perfecto a raíz de tan expresada fecha, vuelven a tenerlo al otorgar la escritura pública ante el Notario de Mérida, señor Valverde, el 26 de septiembre de 1946, por lo que el conocimiento de la venta que ha de ser completa no puede ser puesto en duda en el caso

"presente, dado que de la prueba practicada en este procedimiento se infiere de modo inequívoco que los actores, a partir del 14 de febrero de 1946, "tuvieron conocimiento de la transmisión que se había operado a favor de "los Sres. Valhondo de la Dehesa Cachafre y Retamales, del término de "Mérida."

Segundo. Que si los demandantes, instruidos por vendedores y compradores, tuvieron conocimiento cabal y exacto de todos los hechos anteriores y posteriores a 14 de febrero de 1946, relacionados con los causales de la demanda, tal como se relatan en la consideración precedente; si en 23 de septiembre de 1946 supieron también el otorgamiento y contenido de la escritura pública de tal fecha; si hasta el 11 de diciembre de dicho año no presentaron su reclamación retractual, evidentemente ésta inicia su actuación jurídico-procesal después de transcurrido el mes siguiente a la fecha en que a los demandantes se les hizo saber con todo detalle la venta y sus condiciones, cuya rescisión han pretendido, con olvido del plazo señalado improrrogablemente para tal fin en el párrafo cuarto del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Tercero. Que de dos modos cumple analizar el tema propuesto en el segundo motivo de revisión; una, desde el punto de vista general de la influencia del tiempo en la génesis y extinción de los derechos; otro, concordancia de tal doctrina en el modo como se aplica en el párrafo cuarto del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935.

Cuarto. Que el derecho a retraer finca rústica arrendada, que el artículo 16 otorga al arrendatario, es de suyo renunciable; rige, pues, para él el principio y sus naturales consecuencias del "abandono del derecho" cuando no se utiliza dentro del plazo condicionador de su subsistencia; rige también el otro fundamento jurídico-racional de la influencia del tiempo en la biología de las relaciones jurídicas, cual es la de que el régimen del derecho de o a la propiedad no puede quedar en situación equívoca, indefinida por tiempo indeterminado. Las consecuencias de ambos principios las recogen los artículos 1.930, 1.935, 1.961, 1.969 y concordantes del Código civil.

Quinto. Que el estudio del segundo de los aspectos atrás aludidos ofrece las siguientes observaciones: 1.^a Nada hay en el artículo 16 de la Ley de 1935 que ni directa ni indirectamente se oponga a la doctrina recogida en la consideración precedente. 2.^a Para todo caso, fija en un mes la vida inestable de la acción retractual arrendaticia. 3.^a La alusión a tres supuestos, a saber: de notificación de venta, falta de ella sin inscripción y falta con inscripción, coincide en un punto común, cual es el de que la Ley busca siempre el modo cómo ha de vivir en su artículo 16 el precepto del 1.969 del Código civil, y esa búsqueda concluye en dichos tres supuestos en el conocimiento por el arrendatario de las condiciones subrogables del caso; a saber, conocimiento transmitido directamente por el comprador; conocimiento indirectamente adquirido por cualquier otro medio de información; conocimiento impuesto (éste en algún modo ficto) por la nota de publicidad que caracteriza los actos presididos por la Ley del Registro de la Propiedad. 4.^a Es, pues, el día "en que la acción pudo ejercitarse (artículo 1.969 del Código civil), por conocer el arrendatario la extensión

de su posible subrogación (artículo 16 de la Ley de 1935), aquel en que comienza el plazo retractual. 5.^a El citado artículo 16 no da preferencia al modo de conocer, sino que *resuelve cuando* el arrendatario *conoció*, para fijar en ese momento cognoscente el inicial de la acción de retracto. 6.^a El hecho de haberse omitido por el comprador la notificación directa de su adquisición al arrendatario no autoriza a éste para dar permanencia indefinida a una situación jurídica que el legislador quiso que no subsistiera más de un mes, después de conocida con todas las circunstancias, que hagan posible el ejercicio de la acción adecuada. 7.^a El conocimiento de los datos necesarios para entablar la acción de retracto adquirido por cualquiera de las tres modalidades antes aludidas, tomado como único momento inicial del plazo para retraer, presta a la Ley, mediante las oportunas declaraciones judiciales tomadas del juicio de prueba de hechos en el pleito, ocasión suficiente para imponer su dominio ante la pasividad del comprador, que omitió notificar la compra, y la del arrendatario, remiso en ajustar sus iniciativas al plazo legal, cortando—mejor aún—, impidiendo, que tal plazo pueda actuar extensiva o adquisitivamente, subordinándolo a refugios ideados por cualesquiera de los interesados con fin *contra-Ley*. 8.^a La tesis contraria a la que se propugna conduciría a la conclusión, inadmisible por injusta y contraria al derecho expresado en el párrafo cuarto del artículo 16 de 15 de marzo de 1935 y sus fundamentos doctrinales, de admitir la subsistencia indefinida del plazo retractual para el arrendatario de quien se hubiese probado cumplidamente en juicio que había leído—oficiosamente si se quiere—una copia de la escritura pública de venta no inscrita, sin que tan cumplido conocimiento afectara a dicho plazo porque no hubiere obedecido a un acto del comprador. 9.^a La subsistencia del repetido plazo no puede considerarse como sanción impuesta al comprador que no notificó, porque la lectura del último inciso del párrafo cuarto del comentado artículo 16 enseña que no es posible tal interpretación, pues alude al caso en que el comprador hubiere dejado de notificar e inscribir, no obstante lo cual manda que el *conocimiento* inicie el plazo para retraer.

Sexto. Que si *notificar* equivale, en sentido gramatical y lógico, a “hacer saber” (*facere-notum*), en el caso de autos, según el juicio de prueba, vendedores y compradores de la finca objeto del pleito *hicieron saber* en todo momento a los demandantes no sólo la venta, sino todas y cada una de sus singularidades; en este sentido, y puesto que la Ley no exige forma predeterminada para la notificación a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, ha de concluirse que los arrendatarios demandantes han sido *notificados* de la evolución íntegra de la aludida venta, y, no obstante ello, exigieron su rescisión a título de retrayentes cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de un mes, computado desde el conocimiento de la transmisión dominical, adquirido no sólo por las relaciones de estrecho parentesco que entre todos mediaban y que para el caso en litigio han sido causa de que las gestiones que condujeron a la consumación del negocio no hayan sido ocultas entre ellos, sino y muy singularmente porque, como atrás se dice, compradores y vendedores *hicieron saber* a los arrendatarios cuanto es-

tos necesitaban conocer; por eso, con acierto, dice la Sala sentenciadora, tomándolo de la sentencia de Primera Instancia, al tener por reproducidas sus consideraciones (salvo la que exceptúa), que en el análisis de la prueba se propone "poner bien de manifiesto que no estamos en presencia del típico arrendatario a quien se le oculta la venta para burlarle en sus derechos, sino muy por el contrario, en enfoque de un caso en el cual los retrayentes acuden al retracto cuando estiman convenir..."

Séptimo. Que ante las categóricas conclusiones de prueba de la sentencia recurrida; la doble repulsa que en ambas instancias merecieron en derecho las pretensiones de los demandantes; la inexplicada rectificación de conducta adoptada por éstos después del proceso de enajenación de la finca, no obstante conocerlo en la integridad de su desenvolvimiento y consumación, obligan a reputar temeraria la interposición del recurso de revisión y, por tanto, puramente gravoso para los demandados su llamamiento ante esta Sala, por todo lo cual es justo condenar a los recurrentes al pago de las costas que temerariamente causaron a sus contrarios.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Arrendamientos—recurso extraordinario—defectos: no citación del precepto legal que lo regula.

La falta, en un recurso extraordinario, de la cita del precepto legal vigente que lo regula, constituye un defecto esencial de forma suficiente para ser desestimado, sin entrar en el examen de su fondo.

ANTECEDENTES.—Don Vicente García Alvarez, en 31 de agosto de 1945, como arrendatario durante más de veinticinco años de una finca sita en Leganés, interpone una demanda contra D. Amador González Borrajo, por retracto de esta finca.

Con fecha 23 de enero del 40, muerto el dueño de la finca, sus herederos expresaron al señor García Alvarez la conveniencia de hacer constar por escrito el arrendamiento que existía sin contrato formal entre la anterior propietaria y el señor García Alvarez.

Realizada la venta de la finca, el comprador no hizo saber al arrendatario la firma de la escritura de la compraventa; la que conocida por el señor García en virtud del requerimiento notarial a desalojarla de la otra parte, y desconocido el precio de venta de la misma y otras condiciones del contrato, se comprometió, no obstante, a consignarlo en forma legal tan pronto como fuera conocido.

Intentada en 7 de julio de 1947 la demanda de conciliación y no puestas de acuerdo las partes en cuanto a lo en ella solicitado, se presentó la correspondiente demanda, admitida por providencia de 1.^º de septiembre de 1945.

El demandado, en su contestación, niega todos los hechos de la demanda, salvo el de la venta en 1.^º de julio de 1941 de la quinta objeto de la litis.

Terminada la práctica de las pruebas, a las que se concedió un término de veinte días, por la variedad de puntos en que habían de solventarse, realizándose la de confesión del demandado, pericial reconocimiento judicial, testifical, confesión del demandante. En el curso del proceso, D. Vicente García consignó la cantidad de 12.000 pesetas, en que se valoró por los prácticos el terreno llevado por él en arrendamiento.

El Juez comarcal de Getafe, en funciones de Juez de Primera Instancia, en su fallo declara no haber lugar al retracto de la finca rústica, punto primero de la demanda interpuesta por la parte actora. Interpuesta contra la anterior resolución recurso de apelación, el fallo de la Audiencia confirma en 21 de febrero de 1946 la sentencia del Juez comarcal de Getafe. Preparada contra aquélla recurso de revisión, la representación de D. Vicente García la fundamenta en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Causa primera y segunda del artículo 52 de la Ley de Arrendamientos rústicos.

Segundo. Amparado en la causa tercera del artículo 52 de la Ley de Arrendamientos rústicos.

Tercero. Causa tercera del artículo 52 de la Ley de Arrendamientos rústicos y error en la apreciación de la prueba, vulnerando el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 y el párrafo segundo del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO.—Que el error manifiesto en que se incurre al formalizar el presente recurso citando como precepto legal que ampara sus diferentes motivos el artículo 52 de la Ley de Arrendamientos rústicos, omitiendo, además, la expresión de la fecha de ese ordenamiento, siendo patente que dicho texto adjetivo de la Ley de 15 de marzo de 1935, a la que ha de suponerse se refiere, fué modificado en varios aspectos substanciales por la de 25 de junio de 1940, en su disposición transitoria A) y concretamente en su norma séptima, en la que se señalan, numerándolas, las causas en las que inexcusablemente ha de fundamentarse el recurso de revisión, constituye un defecto esencial de forma de entidad suficiente en esta clase de recursos de carácter extraordinario, para que, carente dicho escrito de la cita del precepto legal vigente que lo regula y ampara, debe ser desestimado el deducido, por defectos sólo imputables a la parte que lo promueve, y sin entrar en el examen de su fondo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 ENERO 1948

Arrendamientos—retracto—condiciones para ejercitarlo: derecho preferente del arrendatario del aprovechamiento principal.

El arrendatario del aprovechamiento principal está facultado para solicitar por sí solo el retracto de la finca.

ANTECEDENTES.—En 22 de enero de 1945, D. Inocente Bermúdez compró a D.^a Clementina Salgado una finca rústica denominada "Bosque de Alamparte" por precio de 30.500 pesetas. De esta finca, y desde 28 de abril de 1934, era arrendatario D. José Sanovez, de la que llevaba en arrendamiento una parcela. Enterado el demandante de la venta requirió al comprador, ejercitando la acción de retracto y consignando el precio de venta. Contestada la demanda y recibido el juicio a prueba, practicada la confesión del demandado y la pericial, para determinar si el arrendamiento constituye por su calidad el principal aprovechamiento del citado bosque, y reiteradas en el trámite de conclusiones por las partes sus posiciones, el Juez de Primera Instancia de Mondoñedo, con fecha 4 de

junio de 1945, dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda declarada, por estimar que por tratarse de finca, parcelada entre dos arrendatarios, uno que cultiva labrado y otro que cultiva labrado y disfruta monte, no tiene el demandante por sí solo y sin la concurrencia del otro arrendatario acción para retraer en su exclusivo beneficio la totalidad de la finca objeto de la demanda.

APELACIÓN.—La sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña estima en parte la demanda interpuesta por el actor, declarando haber lugar al retracto de la parte de la finca que llevaba el arrendamiento.

MOTIVO.—Fundado en la causa tercera, norma séptima de la disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940, por interpretación errónea del artículo 16, párrafos primero y sexto de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, sin lugar a duda, el párrafo penúltimo del artículo 16 de la Ley de 18 de marzo de 1935 distingue dos supuestos para resolverlos con la misma aspiración; son aquéllos: primero, finca material y jurídicamente una; arrendada parcelariamente a diversos arrendatarios para que cada cual explote y aproveche exclusivamente la producción íntegra de la suerte de que sea arrendatario el titular; segundo, finca, con igual carácter unitario, arrendada a diversos arrendatarios para que cada uno explote y beneficie íntegramente uno o varios —nunca todos—de los varios aprovechamientos de que aquélla sea susceptible, percibiendo la integridad de la producción del inmueble que corresponda a la índole del aprovechamiento arrendado. La aspiración de la ley, común para ambos supuestos, es la de armonizar los derechos de los arrendatarios conforme a la naturaleza de sus respectivos titulares arrendaticios, pero sin perjudicar al comprador, como indudablemente perjudicado resultaría si se le obligara a que la cosa comprada quedara en su poder reducida a una cuota inservible para el fin que se había propuesto al comprarla.

Segundo. Que, para el primer supuesto, ordena el comentado párrafo séptimo del artículo 16 la unidad de reclamación hecha conjuntamente por todos los arrendatarios; para el segundo, otorga la facultad de retraer al arrendatario del aprovechamiento principal. Dedúcese de ello que no es posible confundir bajo ningún concepto ni los hechos ni el derecho que los regula, porque el aprovechamiento de *todos* los productos de una parcela es hecho distinto e incompatible con el de alguno tan sólo de los aprovechamientos de *toda la heredad* y, por tanto, imposible que en derecho pueda aplicarse solución igual a hechos heterogéneos cuando tal heterogeneidad se tuvo en cuenta para regularla de modo distinto.

Tercero. Que en la indicada confusión inciden el razonamiento y fallo de él deducido que se contienen en la sentencia recurrida. Olvida ésta que habiendo estimado cierto que la finca objeto del retracto se halla arrendada en porciones determinadas a titulares distintos, no es posible —sin vulnerar rotunda y claramente el primer supuesto del párrafo séptimo del artículo 16 de la Ley de 1935— acceder a la pretensión re-

tractual de uno de los parcelarios sin que tal pretensión relativa a toda la finca sea conjunta con la de los demás coarrendatarios, también parcelarios, y nunca si la repetida pretensión tiene por objeto tan sólo la parcela arrendada por el demandante de retracto, y por último, como contrario al segundo de los supuestos del repetido precepto y norma legal, para él dictada, ha de rechazarse la tesis nacida del aludido confusionismo, según la cual cabe que un arrendatario de parcela sea preferido a otro parcelario, o quede exento de actuar conjuntamente con él en razón a mayor intensidad o volumen de "cultivo principal", confusión sin duda radicada en el concepto erróneo de lo que ha de entenderse por arrendatario parcelario y arrendatario de aprovechamientos limitados a lo que atrás se aludió.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 30 ENERO 1948

Extinción del contrato de arrendamiento—muerte del usufructuario arrendador: extensión del derecho del arrendatario a continuar en la finca arrendada.

Unicamente subsiste durante el año agrícola en que tuvo lugar el fallecimiento del usufructuario, cualquiera que fuere el plazo de duración que se hubiere señalado en el contrato.

Procesal—costas.

No procede hacer declaración de costas cuando sólo tiene lugar el acto procesal de la personación de la parte recurrente en el recurso.

ANTECEDENTES.—El 22 de abril de 1939, doña Ana Planas, usufructuaria de unas fincas, las cedió en arrendamiento a D. José Rueix, por un plazo de dos años a partir del 1.^o de febrero de 1939, prorrogables año a año si no hubiere aviso en contrario con uno de antelación. El 21 de febrero de 1944, y en vigor el contrato, falleció la arrendataria, y el hasta entonces nudo propietario vendió las fincas el 7 de junio de 1946 a D.^a Rosa y D. Pedro Pineda, por mitad y proindiviso, libres de cargas, pues el vendedor no había celebrado pacto alguno para dar vigor al extinguido contrato de arrendamiento, ni aceptó cantidad alguna del arrendatario. El 15 de junio del mismo año comunicaron los compradores a D. José Rueix su voluntad de que dejara libre la finca al final del año agrícola, a lo que no accedió, contestando que deseaba ejercitar el derecho de retracto que le otorgaba la Ley, con protesta de los gastos que se le ocasionaron al no habérsele permitido ejercitar el tanteo. El 30 de noviembre del mismo año, los compradores formularon demanda contra D. José Rueix, solicitando el desahucio, por considerar que su derecho de arrendamiento se había extinguido al fallecer D.^a Ana Planas. El demandado se opuso, alegando que, en virtud de lo preceptuado en la Ley, el contrato se encontraba en vigor. Con fecha de 3 de febrero de 1947 se dictó sentencia por el Juzgado de primera instancia de Sabadell, declarando haber lugar al desahucio; apelada por el demandado, fué confirmada por

la Audiencia Territorial de Barcelona en sentencia de 21 de octubre de dicho año. Se interpuso por el demandado recurso de revisión, fundado en el siguiente

MOTIVO.—Infracción por inaplicación de los artículos 2.^º de la Ley de 28 de junio de 1940, 9.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, y aplicación indebida del artículo 9.^a de la Ley de 15 de marzo de 1935, al considerar la sentencia recurrida como extinguido el contrato de arrendamiento, a pesar de la tácita aceptación del nudo propietario y de los plazos legales de prórroga.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que reconocido por el demandado que el contrato inicial que le otorgó la posesión arrendaticia de la finca objeto del pleito fué otorgado por D.^a Ana Planas, como arrendadora y en concepto de usufructuaria de la finca objeto del arriendo, es manifiesto que tal contrato quedó resuelto al fallecimiento de la misma por ordenarlo así el párrafo segundo del artículo noveno de la Ley de 15 de marzo de 1935 y no realizado por el propietario acto ninguno que indique su voluntad de pactar un nuevo contrato o prórroga del otorgado por la usufructuaria; antes al contrario, expresada su voluntad de darle por terminado, negándose hasta a admitir la renta convenida en el contrato, se tiene base legal la pretensión del recurrente de continuar en la posesión de la finca arrendada bajo el pretexto de que su abusiva posesión durante el largo espacio de tiempo transcurrido desde el fallecimiento de la usufructuaria y arrendadora ha creado un nuevo contrato a su favor que le da derecho a continuar en la posesión arrendaticia de la finca por el plazo de duración mínima que la Ley señala a estos contratos.

Segundo. Que el derecho del arrendatario a continuar en la posesión de la finca arrendada cuando el arriendo se pactó por quien solamente tenía el usufructo de la finca únicamente subsiste durante el año agrícola en que tuvo lugar el fallecimiento del usufructuario, cualquiera que fuese el plazo de duración que se hubiese señalado en el contrato, porque, como terminantemente dispone el artículo noveno de la Ley de 1935, citada, tal contrato quedó resuelto al terminarse el usufructo, y si, como se dice en el considerando precedente, no existe ningún motivo para estimar que el nudo propietario haya celebrado un nuevo contrato ni haya prorrogado el anterior, es a todas luces injustificada la pretensión del demandado de dar vida a un contrato que no existe ni de concederle un mínimo de duración, que la Ley sólo otorga a los que tienen existencia legal, careciendo, por tanto, de toda razón la alegación en que se apoya el recurso de infracción por injusticia notoria en la sentencia recurrida de los preceptos que en el mismo se enumeran, lo que obliga forzosamente a rechazarlo.

Tercero. Que la personación de la parte recurrente solamente en el recurso hace innecesaria declaración sobre las costas del mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 FEBRERO 1948

Arrendamiento—renta: fijación en trigo.

Es nula la cláusula contractual arrendaticia posterior a la Ley de 1942, que estipula la renta en dinero, y hace inválido el pacto en que conste.

ANTECEDENTES.—El 24 de septiembre de 1942 adquirió D.^a Asunción Martín una finca conocida por "El Labrado de Zúñiga", reservándose el anterior propietario el usufructo vitalicio de la finca.

Con fecha 24 de abril de 1944 el usufructuario, D. José Crespo, arrienda a D. Martín Campos, D. José Mariscal y D. Zoilo Mariscal la mayor parte de la finca reseñada por seis años, que empezaron a contarse del 30 de septiembre de 1984.

Con fecha 29 de septiembre de 1945 gestionaron los arrendatarios, de la nueva propietaria de la finca, por muerte del anterior usufructuario, un nuevo contrato, que conservó las mismas cláusulas, salvo la de fijar en metálico el precio de arrendamiento por valor de 40.300 pesetas. Ante el Juzgado de Primera Instancia de Trujillo, D. Eladio Rodríguez, como representante legal de su esposa, formuló demanda en la que solicita la nulidad del contrato de arrendamiento suscrito en aquella fecha entre su esposa y los arrendatarios actuales de la finca. Contestada la demanda y verificada la prueba documental, el órgano judicial dicta en 20 de marzo de 1947 sentencia en la que declara nula la estipulación de modificación de precio en el contrato suscrito en 23 de septiembre de 1945, y subsistentes las relaciones contractuales que niegan a las partes con anterioridad al acto nulo. Interpuesta apelación, la Audiencia revoca la sentencia apelada y declara nulo el contrato de 29 de septiembre del 45 con todas sus consecuencias legales. Los arrendatarios interponen recurso de revisión, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Causa tercera y cuarta de la norma séptima, apartado A) de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 e infracción de los artículos 2.^º de la Ley de 23 de julio de 1942 y 1.261 del Código civil.

Segundo. Causa tercera, norma séptima, apartado A) de la tercera disposición transitoria de la Ley de 28 de junio de 1940, por infracción del artículo 9.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y los artículos 1.^º y 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que luego de las dos sentencias posteriores a la de 28 de mayo de 1945, que recalcan la tesis por ésta iniciada, de la nulidad plena de la cláusula contractual arrendaticia posterior a la Ley de 1942 que estipulare la renta dineraria, contrariando la necesidad impuesta por esta Ley de que fuere en trigo, ya ha de pasar por doctrina legal efectiva y consecuentemente de guardar la expresada conclusión. En su virtud y cuando en la litis actual se ha decidido tal invalidez del pacto que fija en numerario la merced del arrendamiento de que se trata, no se incidió en la interpretación errónea de esa doctrina legal ni del precepto que aplica y queda invirtual esta faceta del recurso.

Segundo. Que aun de aceptar el criterio recurrente sobre la continuidad del primer contrato, pese a la defunción del arrendador usufructuario y porque no opere *ipso-facto* por ésta su resolución, no se obtendría efecto de persistencia real o eficiente del mismo, al encontrarlo cual-

queda después de su modificación en la especie y cuantía de la renta y de la nulidad de ésta, falto de tan esencial convención en punto indeclinable; pues la concorde voluntad de los interesados al señalar distinto tipo y modalidad rentística, mató la antigua, que no es ni puede ser recidiva por la invalidez ahora declarada, ya que el cambio de la personalidad arrendadora y la expresa voluntad contraria de la nueva impiden suponer un asentimiento que la actualizare. Y, por tanto, dicha falta insuprible, pues no hay datos para establecerla, que unos, los primeros, no sirven por arrumbados, y otros, los nuevos, no pueden tener ningún efecto, arrastra todo el artificio recurrente en este aspecto.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1948

Valoración de prueba: apreciación conjunta

El juzgador está obligado a ponderar conjuntamente la prueba, pues en tal conjunción ha de hallar contraste entre los distintos elementos singulares informativos recogidos en el litigio para formar estado de conciencia que le permita admitir o rechazar los hechos base de las resoluciones jurídicas pretendidas por los litigantes.

Arrendamientos—revisión—motivos: alcance de la norma séptima, disposición transitoria tercera.

Los preceptos meramente formales, como lo son los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no tienen cabida en la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940.

La causa tercera predicha no permite bajo su epígrafe que se impugne la verdad de las conclusiones de hecho que la Sala de instancia declaró ciertas.

Casación—cuestiones de hecho: novación de contrato.

La cuestión referente a si el contrato fué novado es de puro hecho y se halla sometida a la apreciación del Tribunal sentenciador.

Aparcería—novación del contrato: ausencia de “animus novandi”.

En un contrato de aparcería en el cual los interesados, partiendo de la subsistencia del mismo, convienen una ligera modificación de la cuota a pagar en metálico o en especie, falta el “animus novandi”, falta la declaración “terminante” de extinción del primitivo contrato para que el nuevo lo substituya y no existe incompatibilidad de prestaciones ni los requisitos novatorios del artículo 1204 del Código civil.

Aparcería: alcance de la opción del artículo 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940

El derecho concedido al aparcero cultivador por el artículo 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940, de transformar la aparcería en arrendamiento, no puede dejar sin efecto aquel que otorgan al propietario el segundo de dicha Ley y el sexto y los dos primeros adicionales de la del 42 para recuperar la libre disposición de la cosa al transcurrir el tiempo en que son las prórogas "ex lege" facultativas del arrendatario.

ANTECEDENTES.—La demanda inicial de los autos solicitaba la declaración del vencimiento de un contrato de aparcería con el desalojo consiguiente del demandado. Alegaba éste en su contestación la *exceptio sine actione agis*, pretendía su absolución y reconvenía por su parte al actor pidiendo que se le reconociera el derecho de opción del artículo 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940, transmitiéndole, en régimen de arrendamiento, las tierras sujetas a la aparcería y haciéndole reserva expresa para ejercitarse todas las acciones que le correspondan en caso de incumplimiento por el actor.

Formulada la oposición a la demanda reconvencional y celebrada la comparecencia, el Juez estimó la demanda, lo que fué ratificado por apelación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—(Al amparo de la causa tercera, norma séptima, disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940.)

Primero. Infracción de los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil y doctrina legal de sentencias de 30 de abril de 1929, 15 de febrero de 1917, 17 de agosto de 1927 y 4 de abril de 1942.

Estimada en el fallo la acción del actor, basada en documentos no presentados al tiempo de deducir la demanda, se ha infringido la Ley y doctrina citadas.

Segundo. Infracción de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil y 49 y 44 de la Ley de Arrendamientos de 15 de marzo de 1935.

El fallo declara el vencimiento del contrato desconociendo la novación operada en el mismo al variar, según consta probado, el precio, y prescindiendo del período de cuatro años de rotación de cultivo en aparcería que rige en Cataluña.

Tercero. Infracción de doctrina legal sentada en sentencias de 26 de junio de 1899, 8 de noviembre de 1911, 25 de junio de 1920, 29 de septiembre y 5 de diciembre de 1935, 25 de febrero de 1926, 14 de enero de 1930 y 30 de abril de 1928, según las cuales "para que la costumbre pueda ser aplicada en juicio, a falta de ley escrita, es indispensable que sea debidamente justificada su existencia y alcance".

La sentencia recurrida se basa en una costumbre (rotación de cultivo "año a año") que sólo se da para fincas de pequeña cabida y cuya existencia, por demás, no ha sido demostrada en autos.

Cuarto. Infracción del artículo 6.^o del Código civil.

En ausencia de ley exactamente aplicable al caso, el juzgador debió aplicar la costumbre local de la rotación de cuatro años, pues la distinción de cabida no consta en autos.

Quinto. Infracción del artículo 7.^o de la Ley de Arrendamientos de 28 de junio de 1940.

El fallo dispone el vencimiento del contrato de aparcería, desestimando el derecho de opción, correspondiente al demandado y pretendido en vía reconvencional, de continuar como arrendatario en una porción de tierra proporcional a la participación en la aparcería.

Sexto. La injusticia notoria que juntamente con la infracción de pre-

cepto legal exige la norma se produce al desestimar la reconvención del demandado, privándole de su derecho de opción, y al acceder a la demanda disponiendo el vencimiento de un contrato que, según las disposiciones legales, debiera estimarse vigente.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la Sala de instancia, en juicio que no versa sobre declaración de dominio, estimó comprobado que la acción de aparcería pertenece al actor en calidad de propietario de la cosa, deduciendo esta condición del contenido de *toda* la prueba, modo de juicio que está obligada a ponderar conjuntamente, pues en tal conjunción ha de hallar contraste entre los distintos elementos singulares informativos recogidos en el litigio para formar estado de conciencia que le permita admitir o rechazar los hechos base de las resoluciones jurídicas pretendidas por los litigantes; ocurre, además, en el caso aludido en el primer motivo del recurso, que el demandado nunca alegó propiedad del inmueble al actor con el que quiere que la aparcería se convierta en arrendamiento, y así lo pide en vía reconvencional; tampoco niega la verdad de su título adquisitivo, como que él dice al contestar la demanda: “*¡No es más cierto que la copia auténtica de la calendada escritura (alude a aquella que el actor presentó por copia simple) obra unida a cierto expediente en tramitación en el Ministerio de Agricultura...?*” Revela toda la argumentación en que el primer motivo de revisión se apoya, que, al formularlo, se quiso encontrar en el modo de actuar preceptos *formales*, ocasión para discutir hechos que la Sala declaró probados; mas esa aspiración no puede tener éxito porque tal motivo se articuló para sostener que la causa de revisión era la tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, y en ella no tenía cabida, porque los artículos 504 y 506 de la Ley de Enjuiciamiento civil y doctrina a ellos relativa son puramente *formales*. Por otra parte, tal impugnación de apreciación de prueba, aun en el supuesto de que se hubiere argumentado fundando la razón de revisión en la causa cuarta, tampoco pudiera prosperar, porque ni documentos ni peritos enseñan nada contrario a la calidad de propietario que la Sala admite como hecho cierto concurrente en el demandante.

Segundo. Que en el segundo motivo vuelve su autor a olvidar que la causa tercera atrás aludida no permite bajo su epígrafe que se impugne la verdad de las conclusiones de hecho que la Sala de instancia declaró ciertas. “La cuestión referente a si el contrato fué novado, es de puro hecho, y se halla sometido a la apreciación del Tribunal sentenciador”—dijo este Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de febrero de 1908—”. Si, pues, la Sala que falló la instancia negó por el resultado de la prueba que en el caso de autos hubiera ocurrido la novación pretendida por la parte demandada, ínterin los hechos en que tal declaración se fundó no se impugnen y se justifiquen en el modo y por los medios dispuestos en la causa cuarta de la norma séptima antes citados, es inútil toda discusión que tienda al fin propuesto en el segundo de los motivos por los que pide revisión. Por otra parte, y si sin abandonar la declaración de prueba, tomándola como base, se pretende que en derecho se declare que los hechos probados son suficientes (contra el criterio de la Sala de instancia)

para causar novación, esta Sala no acepta tal propuesta, porque en un contrato de aparcería en el cual los interesados, partiendo de la subsistencia del mismo, convienen en ligera modificación de la cuota a pagar en metálico o en especie por el aparcero cultivador, falta el *animus novandi*, falta la declaración terminante de extinción del primitivo contrato para que el nuevo le sustituya y no existe incompatibilidad de prestaciones, esto es, hállase ausente del caso la totalidad de los requisitos novedosos exigidos por el artículo 1.204 del Código civil y reiteradamente reclamados por la jurisprudencia.

Tercero. Que consecuente con su inaceptable criterio, en los motivos tercero y cuarto, olvidando de nuevo la causa cuarta de revisión, razona el recurrente tomando como fundamento hechos contrarios a los que la Sala estimó probados, mas como ni documental ni pericialmente ha demostrado (ni aun seguido la vía que a tal demostración pudiera conducir) que el Tribunal de instancia haya sufrido error cuando estimó probadas las costumbres del lugar y las modalidades de la misma en lo que al caso en cuestión atañe, dichos motivos tampoco pueden ser estimados.

Cuarto. Que el derecho que al aparcero cultivador concede el artículo séptimo de la Ley de 28 de junio de 1940, de transformar el contrato de aparcería en el de arrendamiento, no puede dejar sin efecto aquel otro que al propietario del fundo otorgan los artículos segundo de dicha Ley y el sexto y dos primeros adicionales de la del 42, cual es el de que una vez ocurrido el límite máximo de tiempo durante el cual el arrendatario está facultado para imponer prórroga arrendaticia, pueda aquél recuperar la libre disposición de la cosa arrendada. Abonan este criterio las siguientes observaciones: Primera. Los textos legales citados nada disponen contrario a esta solución. Segunda. Si el interés público-social conviene que durante largo plazo, pero con límite cierto, el arrendatario goce de la producción del fundo, también al mismo interés importa, con manifiesta utilidad, que el dueño no se vea privado más allá del plazo legal de una de las facultades más destacadas del derecho de propiedad, cual es la del libre uso del predio, porque así lo exige la naturaleza de tal derecho, una vez cumplido en él el deber de cooperación en fines sociales legítimamente impuestos o válidamente pactados. Tercero. Si ante idéntica razón de ley la lógica impone soluciones iguales para casos análogos, tal regla de hermenéutica ha de aplicarse como rectora del régimen de aparcería, a falta de disposiciones prohibitivas, cuando hayan de solucionarse supuestos comunes de las instituciones arrendamiento-aparcería. Cuarto. Si la Ley de 1935, en su artículo 49, autorizaba al propietario para dar fin a la aparcería al concluir el tiempo pactado o el ciclo por aquella señalado *sin prórroga obligatoria* para ningún caso, ciertamente que nada autoriza para interpretar extensivamente que el legislador quiso en el artículo séptimo de la Ley de 1942 estatuir, *sin mandarlo de modo expreso*, cuál corresponde a la imposición de cualquier gravamen, un cambio tan radical, que no sólo privara al dueño de recuperar la tenencia de su finca en el tiempo previsto por los contratantes o prescrito en el artículo 49, sino que le prohibía ejercitar dere-

chos que le correspondían a quien la viniera cultivando a título de arrendatario por tiempo superior al señalado en los artículos segundo de la Ley de 1940 y sexto y adicionales primera y segunda de la del año 1942. Tal exégesis no puede estimarse conforme al propósito de la Ley.

Quinto. Que en el caso de autos, el aparcero, que en vía reconvenional es demandante, no sólo deja subsistente la afirmación del actor, según la cual aquél "lleva cultivando la finca por tiempo muy superior a quince años" (folio 34), sino que en trance de prueba, se aportó a los autos certificación (folio 66 v), en la que consta que el señor Rifá, cuando en juicio de desahucio de la misma heredad instado por el señor Fontemberta contestó las pretensiones de éste, alegó como hecho primero que "desde tiempo inmemorial sus familiares antepasados vienen ocupando la casa "El Maciá", cultivando las tierras anexas a la misma en calidad de colono, cuya finca la han explotado siempre hasta el presente régimen de arrendamiento mediante un contrato verbal..." Esto es, que concurren en el caso en litigio las circunstancias mencionadas en las precedentes consideraciones que impiden al aparcero (con tal calidad reconvino el señor Rifá) gozar de mayores beneficios que los concedidos a los arrendatarios aun a los singularmente protegidos, para el caso de pretender, contra la voluntad del propietario, prórrogas cuya suma exceda del tiempo legal de tenencia arrendaticia obligatoria.

Sexto. Que el sexto motivo de revisión, limitado a calificar de notoriamente injusto el fallo recurrido porque no se acomoda a las pretensiones del recurrente, ha de desestimarse por las mismas razones que quedan expuestas para decidir que la Sala sentenciadora pronunció aquél conforme a derecho.

Séptimo. Que no se aprecian motivos suficientes para hacer especial condena de costas en este recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 FEBRERO 1948

Civil—mandato: facultades del mandato.

Son inexistentes los actos ejecutados por el mandatario sin facultades para realizarlos o desnaturalizándolos; tal inexistencia afecta a quienes contrataron con el apoderado; no infringe la ley del contrato la sentencia que declara la nulidad del celebrado por quien para ello no tenía autorización; los contratos generadores de derechos reales son actos de riguroso dominio, y para llevarlos a cabo por medio de mandatario ha de estar éste autorizado por un mandato expreso, según ordena el artículo 1.713 del C. c.; el mandatario cuando extralímite el apoderamiento carece de representación del mandante.

Nulidad—ejercicio de acción y excepción: declaración previa de nulidad.

El deber rituario de pedir previamente la nulidad de algún acto, documento u obligación, en cuya nulidad se funde la pretensión litigiosa, si

obliga al actor, a menos que la nulidad sea consecuencia indeclinable de estimarse la pretensión deducida, no obliga al demandado, que cumple exceptuando la nulidad del documento y sus consecuencias.

Arrendamientos—revisión: ámbito del recurso.

Lo dispuesto en la causa 4.^a, regla 7.^a, disp. trans. 3.^a, de la Ley de 28-6-940 impide la rectificación de la apreciación de la prueba, fundándola en desacertado criterio, si documentos o peritos no prestan suficiente base para razonar que la crítica del recurrente se impone con notoria justicia a la notoriamente injusta del Tribunal sentenciador.

ANTECEDENTES.—Fundamentalmente la cuestión debatida se centra sobre la procedencia de un retracto arrendatario. Tal era el objeto de la demanda inicial. Días después, mediante escrito de ampliación, se acumulaba eventualmente a la súplica de la demanda esta otra pretensión: “que se declare previamente la ineficacia en derecho y consiguiente nulidad o rescisión de la rectificación material del primitivo contrato de compraventa y subsiguiente donación, dejando subsistente la venta misma, e igualmente ineficaz y rescindida la cesión de bienes... decretando la cancelación de inscripciones... y dando lugar al retracto”.

La causa de la adición era, según el mismo escrito ampliador, el llegar a conocimiento de la parte los siguientes hechos, de influencia decisiva en la litis. Pero antes de describirlos es menester un poco de historia.

En 7 de abril solicitaron los actores, del Notario otorgante, copia simple de la escritura de venta, que les fué denegada por ser el protocolo reservado. Y el 11 de abril comparecen ante el mismo Notario los demandados manifestando que en la escritura de venta habían incurrido en el error material de considerar vendidas fincas que en realidad habían sido objeto de donación, por lo que los interesados consentían y solicitaban la cancelación de la inscripción de venta y la substitución por otra de donación. Lo que se hizo el día 13 del mismo mes. Y el 14 de mayo se constituye por el adquirente una fundación benéfica a la que son cedidos todos los bienes, lo que también fué inscrito.

La principal alegación justificativa de sus pretensiones—aparte de la motivación propia del retracto—era para los actores que la calificación jurídica de una relación no depende de la voluntad de las partes, sino de su propia naturaleza. Por tanto, el carácter de gratuitad, esencial a la donación, excluye el precio, que el adquirente confiesa recibido antes. Por otra parte, la fundación creada el 14 de mayo es un intento de fabricar a toda prisa un tercero hipotecario, que no puede prosperar por el conocimiento pleno y eficaz que tenían los contratantes del retracto intentado, pues anteriormente se había celebrado el acto de conciliación y practicado el emplazamiento.

La oposición a la demanda se contrajo a estos motivos: 1.) Falta de acción por inexistencia de contrato de compraventa. El compareciente al otorgamiento de la escritura de venta carecía de facultades para obligar a título oneroso a la Institución que representaba. 2.) Aun admitida la validez de la escritura, los actos anteriores, coetáneos y posteriores muestran que la intención de las partes era efectuar una donación. 3.) Inexistencia de los contratos de arrendamiento en que se funda la demanda. Ni el adquirente fué prevenido de ésto, ni lo han probado los demandantes, por lo cual, habiendo adquirido libre de cargas, según el Registro, no puede ser perjudicado por un contrato verbal. 4.) Prescripción. La demanda ha sido presentada fuera de plazo, pues el contrato fué conocido antes de la inscripción por los demandantes, que realizaron gestiones para la adqui-

sición de las fincas poco después del otorgamiento de la escritura. 5.^o, 6.^o y 7.^o) Defecto legal en la proposición de la demanda. Por tales razones se suplicaba la absolución. Además, contestando al escrito de ampliación, se añadía especialmente que el procedimiento especial asignado al juicio de retracto es, por su sumariedad, inadecuado para obtener resoluciones propias del juicio declarativo correspondiente, como la nulidad que se persigue con el escrito de ampliación.

El Juez de instancia admitió en parte la demanda, excluyendo de la viabilidad del retracto los montes o fincas forestales. La sentencia fué objeto de doble apelación, una promovida por el demandado y otra por una parte de los actores en cuanto a las cosas excluidas del retracto. La Audiencia dictó pronunciamiento absolutorio revocando la decisión del inferior.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Por presentar el recurso la nota irregular de no puntualizar separadamente sus varios aspectos, el primer considerando concreta así los motivos de revisión alegados por el recurrente: 1.^o) Infracción por la sentencia recurrida del principio tuitivo de los intereses de los arrendatarios de fincas rústicas contenidos en la legislación arrendaticia y en este caso con referencia al artículo 16, en relación con los 1.^o y 2.^o de la Ley de 15-3-1935. 2.^o) El apoderamiento en virtud del cual quien en el contrato de 21 de enero de 1943 figura como comprador obra en condiciones de obligar a la entidad representada, basta para que el acto adquisitivo de dominio realizado por el mandatario engendre un vínculo jurídico eficaz. 3.^o) El contrato expresa una relación de compraventa, ni anulable ni rescindible, y no una donación. 4.^o) En todo caso, en la escritura de 11 de abril se convino una donación remuneratoria, y en cuanto lo es, por lo que de onerosa tiene, causa posibilidad de retracto, por lo que, denegándolo, la Sala infringe el citado artículo 16. 5.^o) La sentencia recurrida, al estimar la relación entre las escrituras de 21 de enero y 11 de abril, falta a la regla de presunción lógica del artículo 1.253 del C. c. (Los demás extremos del recurso—declara el mismo considerando—no tienen acceso al tema de revisión.)

CONSIDERANDOS.

Segundo. Que es cierto, como el recurrente arguye en el primer término de su propuesta de revisión como argumento en favor de su tesis, que el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 quiso facilitar al arrendatario el modo de adquirir la propiedad de la finca que trabaja, y cierto también que la jurisprudencia de esta Sala, secundando en su esfera de acción tal propósito, veló porque “no prosperaran habilidades de quienes se propusieran obstaculizar aquella aspiración”. Evidente que la Ley y jurisprudencia se inspiraron en la idea del interés público-social que preside el citado artículo, que tal amparo nunca puede traspasar los límites de justicia distributiva, y éstos se rebasarían cuando se olvidara, en beneficio de tal *curatela*, la máxima consignada ya en clásicas y pretéritas Compilaciones legislativas—aun en las de derecho eminentemente formalista—y enraizada siempre en la historia del derecho, porque es eterno el principio de justicia que la fecunda, según la cual “Cuando a la Regla se la toma *como causa*, si se vicia en algo, *deja de hacer su oficio*”. A este propósito tampoco es lícito olvidar que la pretendida “tuición” nunca puede invocarse legítimamente, cuando visto en cada caso el engranaje de los hechos ciertos y probados lo *justo*, según derecho razonablemente entendido, obligue a impedir enriquecimientos torticeros, porque así se

cumple la misión de hacer imposible que la idea "summum jus" degenera contra la aspiración de la Ley en "summa injuria". El fallo de la Sala de instancia, contrastado con el razonamiento que lo autoriza, concierta con tal principio de justicia, y por ello no infringe los preceptos legales ni la jurisprudencia citados en el primer aspecto del recurso.

Tercero. Que como segundo punto de los acumulados con relativa heterogeneidad en el único articulado motivo de revisión, figura la impugnación de las razones que llevaron a la Sala de instancia a estimar insuficiente el apoderamiento en virtud del cual el R. P. Piña tomó la calidad de comprador en la escritura de 21 de enero de 1943. La disección de este tema presupone el análisis de otro tan trascendental en el caso de este recurso como es el de la crítica de lo que el mandante—Orden Hospitalaria de San Juan de Dios—entendió lo que con ella quería contratar doña Concepción de Cerragería, la actuación de dicha institución religiosa con relación directa a tal fin, y el modo como fué—por lo menos formalmente—cumplido, sin que queda olvidar que el dictamen sobre este aspecto del recurso forma sustancial base para decidirlo, teniendo en cuenta que el área de la demarcación de tal recurso la delimitan, de un lado, la sentencia de instancia concretada al punto de capacidad del apoderado, y de otro, el contenido de las pretensiones de revisión sometidas a la consideración de esta Sala, de las cuales, las que no tienen por fundamento la eficacia del discutido apoderamiento, quedan subordinadas a la decisión que sobre éste recaiga, para tratarlas. Si llegare el caso en que el único tema jurídico de la sentencia recurrida "hubiere de rectificarse como contrario a derecho por inspirarle criterio notoriamente injusto como infractor de precepto legal, o radicado en documentos e informes periciales patentemente opuestos a él".

Cuarto. En orden al juicio que la *Congregación demandada* formó respecto al propósito contractual de la persona que formalmente se llama *vendedora* en la escritura de 21 de enero de 1943 y *donante* de la cosa común de ambos instrumentos en la de 11 de abril del mismo año: Primero. Que de ella se dijo en la revista *Caridad*, publicada en diciembre de 1942 por la Orden de San Juan de Dios, que "... en Respaldiza, cabeza de partido del Valle de Ayala, a cinco kilómetros de Amurrio y 29 de Bilbao, por ferrocarril, se establecerá esta fundación (se refiere al Instituto Asilo de San José y San Buenaventura para niños lisados pobres), debido a los nobles sentimientos de una distinguida y aristocrática dama de rancio linaje que, ocultando su nombre conforme a los dictados puros del Evangelio, desea perpetuar en este Instituto el apellido preclaro de sus antepasados, mediante el ejercicio de la caridad en favor de los niños pobres y enfermos... De momento será capaz para 15 ó 20 niños, plazas que podrán ser ampliadas según las necesidades y posibilidades de la Fundación, que, por cierto, se entregó a la Orden sin regateos ni restricción de ningún género, sino con la generosidad y gentileza propia de esas almas hidalgas y magnánimas que han aprendido y cultivado en regazo materno aquellas virtudes de que las dieron ejemplo sus ilustres progenitores". Segundo. Que de la misma señora, en escrito publicado en

Caridad, revista editada por la Orden de San Juan de Dios, en su número 26 correspondiente a febrero de 1943, se dijo: "Instituto Asilo San José y San Buenaventura para niños lisiados pobres (Casa Cerragería). En Respaldiza-Valle de Ayala (Alava). Como noticia de avance, tenemos el gusto de consignar estas breves líneas para anunciar a los amables lectores de *Caridad*, que el dia 21 del pasado enero se firmó la escritura de esta fundación por la donante, Excmo. Sra. D.^a Concepción de Cerragería Cavanillas, Condesa de Cerragería, y el muy Reverendo Provincial de la Provincia de Castilla, Fray Claudio Ipiña, por medio de cuyo instrumento notarial se hacía cesión de todos los bienes pertenecientes a este noble título de rancio linaje, al objeto de establecer en la finca del palacio condal o casa solariega una institución en favor de la niñez pobre y desvalida, cuya entrega ha sido incondicional y sin la menor restricción, generosidad muy en consonancia con las altas virtudes de fe y caridad practicadas en beneficio de los pobres, características que siempre fueron el distintivo de esta hidalga y aristocrática familia... En breve comenzarán las obras del Instituto Asilo propiamente dicho, a las que se dará un ritmo acelerado..." Tercero. A dicha señora ensalza la Orden de San Juan de Dios en *Caridad* como donante, por medio de la escritura de 21 de enero de 1943, de los bienes con los cuales se dota la futura e inmediata fundación benéfica; se elogió su liberalidad, aplaudiéndola, como plena y sin restricciones, sin que nunca se aluda al hecho *compraventa*, hecho que bastaría para que con ella compartiera méritos en la formación del Instituto quien cooperara con el valor del precio, cooperación que, ensombreciendo el concepto *donante*, le trocaría en el menos caritativo de *vendedora*. Cuarto. La fundación lleva al lado de denominaciones genéricas las específicas de *Casa Cerragería*, hecho comprobante en todo tipo de fundaciones, de quien las dió vida. Quinto. Doña Concepción de Cerragería, que para la Orden de San Juan de Dios, en *Caridad*, era la "aristocrática dama de rancio linaje que oculta su nombre (alude al personal sustituyéndolo por el de sus antepasados), conforme a los dictados puros del Evangelio, para realizar la caridad", otorgó la escritura de 21 de 1943, no sólo callando su obra y el fin de la misma, sino que encubre su caridad de *fundadora* para tomar el de *vendedora*, mas cuando se percató de que el cambio de tales calificados ponía en peligro todas sus aspiraciones y las de la Orden que había de consumarlas, reacciona para declarar públicamente cuáles eran aquéllas y tratando de restablecer la verdad en el calificado por medio de la escritura de 11 de abril del mismo año. Sexto. Con fecha 30 de diciembre de 1942, el Definitorio General en Roma de la Orden de San Juan de Dios, accediendo a lo solicitado por el Provincialato de Alava en instancia de 19 de diciembre, aprueba la formación de la fundación benéfica titulada Instituto Asilo de San José y Buenaventura (Casa Cerragería), en Respaldiza (Alava), para niños pobres. Hecho que, atendidas sus fechas, indudablemente son reveladoras de cuál ha sido, antes, en el momento y después de las escrituras de 21 de enero y 11 de abril de 1943, el espíritu informador de la actuación de las personas entre quienes los sucesos han ocurrido.

Quinto. Que las observaciones anotadas en la precedente consideración persuaden de que la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios en todo momento tuvo como cierto, y en virtud de tal creencia se decidió a actuar; que D.^a Concepción Cerragería *daba* y no *vendía* la cosa objeto de la escritura de 21 de enero de 1943. Por tanto, la persona que, en calidad de mandatario, tomó en ella, en virtud de apoderamiento, la posición de comprador, no reflejó, al hacerlo, la voluntad de la Orden religiosa demandada. En la operación hay, consiguientemente, oposición entre la voluntad del mandante y el acto realizado por el mandatario inautorizado legítimamente antes y desautorizado después de conocido el contenido de la escritura de 21 de enero por la Orden para consumarla tal como lo verificó (artículo 1.259 del Código civil), en calidad de comprador, cualquiera que haya sido el propósito personal que en su ánimo estuvo para realizar tal mutación.

Sexto. I. Que el art. 1.714 del Código civil es el verdadero núcleo de las "facultades del mandatario"; de tal precepto subsiguense, conforme a reiterada jurisprudencia, que *inexisten* los actos ejecutados por el mandatario sin facultades para realizarlos o desnaturalizarlos; que tal inexistencia afecta a quienes contrataron con el apoderado; que no infringe la ley del contrato la sentencia que declara la nulidad del celebrado por quien para ello no tenía autorización; que los contratos generadores de derechos reales son actos de riguroso dominio, y para llevarlos a cabo por medio de mandatario ha de estar éste autorizado por un mandato expreso, según ordena el artículo 1.713 del Código civil; que el mandatario, cuando extraímite el apoderamiento, *creece de representación del mandante*. II. Concordante con la doctrina de nuestro Código civil lo es tradicionalmente la disciplina eclesiástica cuando regula los actos contractuales que se celebren en nombre y representación de la Iglesia y sus Ordenes religiosas; baste recordar que ya las Decretales dijeron en el Capítulo VIII del Título *De Regulis*, XLI del libro V: *Qui facit alitar quam debet, non dicitur*: "Quien hace una cosa de manera distinta de como debe hacerla, se entiende que *no la hace*" (inexistencia); y evolucionando en precisión esta doctrina, informa los textos, gravemente punitivos, contenidos en la Constitución *Ambitiosae-Cupiditati* de Paulo II; sección 22, Capítulo IX del Concilio de Trento; Constitución *Apostolicae Sedis* de Pío IX, y actualmente en el canon 2.347 del Código de Derecho Canónico, todo lo cual conduce a interpretar restrictivamente cualquier acto que implique el hecho de *disponer*, y con más razón cuando el acto dispositivo es delegado en mandatario con delegación imperfecta, deficiente o para acto distinto. III. El apoderamiento en virtud del cual actuó el R. P. Ipiña en la escritura de 21 de enero de 1943—que no es especial para el caso y anterior en años a 1933, cuando no podía preverse el acto notarial de 1943—contiene una nota que condiciona absolutamente cuantas facultades expresamente en aquél se mencionan; es ella la de que ha de ejercerlas *guardando la norma de nuestras Constituciones*, y éstas, en los apartados c) y d) de la norma 233 mandan... que para... *contraer obligaciones* (y el comprador las contrae) es necesaria la au-

diencia previa del Capítulo y Consejo; y en el caso en cuestión, el Definitorio declaró (folios 193 v y 194) que la Orden tenía previsto al contratar en 21 de enero de 1943 que adquiría por donación y no por compra, declaración de la que ciertamente se deduce que tal Definitorio no había sido respecto a este segundo modo de adquirir. Dispone la norma 39 de las aludidas Constituciones que el régimen de bienes "ha de conformarse en todo y por todo a las Leyes de la Santa Iglesia", y éstas, en el canon 1.533, refiriéndose literalmente no sólo a la *enajenación propiamente dicha*, sino también—añade—*a cualquier contrato* (por tanto, *a la compraventa*) *del cual pueda quedar la Iglesia en peor condición*; manda, para todos ellos, observar las formalidades previstas en los cánones 1.530-1.532, todos los cuales guardan indispensable relación con el 534, que exige para los casos de administración extraordinaria—entre ellos *contraer obligaciones*—licencia escrita del Superior con el *consentimiento de su Capítulo o Consejo*; sabido es que, en disciplina eclesiástica, en la llamada administración extraordinaria, se comprenden los actos de enajenación (cánones 532-534). IV. La compra de bienes rústicos arrendados lleva implícita la posible enajenación en favor de los arrendatarios, de suerte que en tal compra se contiene el doble concepto de contrato a "consecuencia del cual pueda quedar la Iglesia en peor condición" y el de "enajenación de bienes" adquiridos por y para la Iglesia. La *peor condición* a la que atude el canon es evidente, atendida la diferencia entre donación y venta; entre adquirir cosa sujeta a retracto o exenta de tal eventualidad, por razón y según la índole del título adquisitivo; la posible "enajenación" va inherente al caso de éxito de la acción retractual, y como necesariamente previsible, queda sujeta en su causa mediata a las reglas canónicas condicionadoras de los actos jurídicos por medio de los cuales la Iglesia pierde dominio sobre sus bienes. V. En el caso concreto del litigio, en el cual la recepción de precio se confesó como imputado a cantidad antes percibida, supone la posibilidad de múltiples medios de tal imposición susceptibles de referirse a actos respecto a los cuales no consta que el mandatario comprador estuviera autorizado para convenir. VI. No actúa en forma más ventajosa para el mandante—como en el recurso se alega—el mandatario que compra aquello que el mandante entendía recibir por donación, y que, sin restricciones, por tanto, el apoderado debía limitarse a aceptar (artículo 1.715 del Código civil).

Séptimo. Que el análisis crítico que queda expuesto impone en el campo del derecho solución conforme con la adoptada por la Sala de instancia, pues de aquél resulta que quien en la escritura de 21 de enero de 1943 tomó el nombre de comprador carecía de facultad debidamente discernida para representar a la Orden de San Juan de Dios en adquisición de cosa a título de compraventa, y, por tanto, al acto jurídico formalmente hecho constar en aquel instrumento notarial, falta capacidad de otorgamiento en el apoderado y consentimiento de su mandante. Surge de esta premisa: I. Inexistencia jurídica del contrato que se calificó de compraventa, en atención a las razones de derecho y jurispruden-

ciales hechas notar en el precedente considerando, en relación con el requisito primero del artículo 1.261 del Código civil. II. Esterilidad de tal instrumento de contratación, en tanto no la califica de compraventa, como razón y causa de derecho para dar origen a la facultad concedida a los arrendatarios en el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 (*nullus est negotium, nihil actum est*, se dice ya desde el derecho clásico). III. Esterilidad del mismo instrumento, con igual fin, aun reputándolo de donación: a) porque faltaría en tal supuesto la nota de contrato traspasativo de dominio por título oneroso exigido en el último precepto citado; b) porque, como tal donación, el acto jurídico intentado no se aceptó en los términos instrumentados por el presunto donatario (Orden de San Juan de Dios), como lo demuestran la escritura de 11 de abril de 1943 con el testimonio en ella inserto y artículo 630 del Código civil. IV. La escritura de 11 de abril no rescinde o anula la de 21 de enero por rectificación voluntaria de actos propios y como consecuencia de ellos su condición de sobrevenidos, sino que reconociendo el vicio *contra ley* que impidió a la de 21 de enero dar nacimiento al vínculo jurídico en ella relacionado, buscó el medio de adaptar causa, consentimiento y objeto al predilebido propósito de sus otorgantes por derecho propio, observación ésta que coloca el suceso, en su aspecto sustantivo, en el caso de la doctrina expuesta en las precedentes consideraciones de esta sentencia, y procesalmente amparado en cuanto al modo de sus alegaciones en este pleito, por aquella otra reiteradamente decidida por la jurisprudencia, según la cual "el deber rituario de pedir previamente la nulidad de algún acto, documento u obligación, en cuya nulidad se funde la pretensión litigiosa, si obliga al actor, a menos que la nulidad sea la consecuencia indeclinable de estimarse la pretensión deducida, no obliga al demandado, que cumple excepcionando la nulidad del documento y sus consecuencias". Sentencias, entre otras, las de 14 de noviembre de 1883, 5 de abril de 1888 y 2 de enero de 1924.

Octavo. Que si las razones expuestas en los precedentes apartados autorizan la solución de plena intrascendencia, a efectos del derecho demandado por los actores, del acto jurídico intentado en la escritura de 21 de enero de 1943, es inútil, y como tal inoportuno, argüir en el sentido propugnado en el tercero de los temas enunciados en tercer lugar del primero de los considerandos de esta sentencia, porque ya queda descartada su procedencia. Tampoco puede aceptarse la proposición del quinto de tales enunciados porque, también por las razones dichas, la Sala de instancia, sin infringir el artículo 1.253 del Código civil, pudo y debió llegar a la conclusión que, tildando de errónea por nacida de equivocada estimación de prueba, pidan se la rectifique, mas olvidando que ni el error existe, "ni, en todo caso, según lo dispuesto en la causa cuarta de la regla séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, puede acusarse tal error fundándolo en desacertado criterio, si documentos o peritos no prestan suficiente base para razonar qué la crítica del recurrente se impone con notoria justicia a la notoriamente

injusta del Tribunal sentenciador", y tales elementos de contradicción no existen.

Noveno. En orden al cuarto de los aspectos del recurso, que un acto jurídico origen de derechos para terceros, civiles o hipotecarios, no puede ser simultáneamente y con igualdad de características, compraventa y donación cuando aquellos derechos se vinculan por la Ley en caso de transmisión onerosa (artículo 16 de la arrendaticia de 1925), y con deberes de rígida subrogación, subrogación que distaría de la realidad, en general, cuanto pudiera distar la afección moral remunerada del valor (en múltiples casos también posiblemente afectivo) de la cosa remuneradora; y en el actual, faltaría en ella el deber de fundación impuesto a la Orden pseudo-compradora, y de permanencia de destino y aplicación de sus medios económicos, tan rigurosamente salvaguardados, cuanto resulta del contenido de las normas 237 de la Constitución de la Orden Hospitalaria en sus apartados *a)* y *b*), en la 239 y en el Código de Derecho canónico, entre otros con estos concordantes, en sus cánones 1.544, que considera la fundación legítimamente aceptada un contrato *do ut facias*, el 1.514, regulador de la acuciosa diligencia en el cumplimiento de los deberes fundacionales; el 532, que la extiende a la administración conforme a las Constituciones. Todo ello hace ver cómo—dentro del indiscutible propósito de liberalidad inspirador de la escritura de 11 de abril de 1943—, si la aspiración de los demandantes prosperare en este cuarto aspecto, que el recurso, la *real* subrogación sería tan imperfecta que su función jurídica y moral se desnaturalizaban, mas el lucro obtenido bajo su nombre sería tan pingüe como supone la diferencia entre valor ofrecido, 169.000 pesetas, y valor tasado, 1.467.897 pesetas, a la que habría que sumar la percepción de tal resta exenta del deber de asistencia al desvalido.

Décimo. También en orden al cuarto aspecto del cuestionario epigrafiado en el primero de estos considerandos: que en la escritura de 11 de abril de 1943 falta radicalmente la condición de donación remuneratoria que el recurrente le asigna, fundándola en el pacto que se refiere a dos fincas excluidas de la donación para ser objeto de venta futura. Tal pacto en modo alguno condiciona la donación de las heredades en aquélla comprendidas; lejos de obligar a la Orden Hospitalaria a comprarlas condicionando la donación, la faculta incondicionalmente para adquirirlas con libertad de acción, si los Superiores religiosos lo autorizan.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 MARZO 1948

Retracto—consignación del precio de la finca.

El no hacer consignación del precio del retracto, por el valor de la transmisión, al no demostrar su desconocimiento, hace válida la demanda desestimatoria.

Procesal—incongruencia.

La petición subsidiaria que pretende se conceda el retracto por el precio que se debió consignar significa incongruencia respecto de la petición del derecho de retracto por el precio depositado.

ANTECEDENTES.—En 1.^º de octubre de 1929, la Compañía mercantil "Islas del Guadalquivir, S. A.", arrienda a D. Bernardo Alvarez una suerte de tierra conocida por "Cortijo de Ortega", en terrenos de su propiedad de "Isla Mayor del Guadalquivir". El contrato fué prorrogado en diversas ocasiones, la última de las cuales establecía un plazo de arrendamiento de diez años, a partir de 1 de octubre de 1941. En 20 de julio de 1933, la Compañía Hispalense de Valoración de Marismas arrienda a D. Manuel Japón, por el plazo de un año, a partir de 1 de octubre de 1933, contrato también prorrogado sucesivamente.

En 30 de junio de 1941, "Isla Mayor del Guadalquivir, S. A.", otorga con D. Manuel Campos Jiménez una suerte de tierras situada también en la "Isla Mayor", por un plazo de nueve años y a partir de 1 de octubre de 1940. En este contrato se establece la cláusula f): Para el caso de quedar sin efecto el retracto establecido en la Ley de Arrendamientos rústicos vigente en favor de los arrendatarios, la Compañía "Isla Mayor del Guadalquivir" reconoce en favor de D. Manuel Campos Jiménez la preferencia de compra sobre los terrenos que en el momento de realizarse esa venta llevara dicho señor en arrendamiento, siempre que el señor Campos acepte las mismas condiciones de cualquier comprador.

El 12 de noviembre de 1941 "Isla Mayor del Guadalquivir" y D. Manuel Campos Jiménez otorga prórroga de contratos anteriores por seis años y a partir de 1 de octubre de 1941.

Por escritura pública de 15 de enero de 1943, "Islas del Guadalquivir" y "R. Seca y Compañía, S. L. de Industrias Agrícolas", esta Sociedad adquiere la totalidad de los bienes y derechos que constituyan el antiguo de "Isla Mayor del Guadalquivir", sucediéndole en cuantos derechos y obligaciones aquella hubiera asumido, recibiendo el Gerente de esta Sociedad un resguardo provisional de 2.000 acciones "R. Seca y Compañía, S. L. de Industrias Agrícolas".

En 1.^º de octubre de 1943, "R. Seca y Compañía, S. L.", otorga el arrendamiento a D. Pedro Tirno, por plazo de ocho años, a partir de 1.^º de julio de 1943, y a su vez y por seis años, y a partir de la misma fecha, a D. Joaquín Gómez, de terrenos sitos también en la "Isla Mayor".

Con fecha 27 de noviembre de 1945, "R. Seca y Compañía, S. L.", constituye con "Española de Inmuebles, S. A.", la misma Sociedad denominada "Agropecuaria del Guadalquivir" (vendiendo 4.500 acciones a diversas Compañías extranjeras). Los distintos arrendatarios de las diversas parcelas de "Isla Mayor" interponen demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 2, de Sevilla, en 27 de agosto de 1946, contra la Sociedad "Agropecuaria del Guadalquivir, S. A.", haciendo constar que la Sociedad demandada adquirente de la finca objeto del retracto no había cumplido con la obligación de notificar a los arrendatarios de la finca la adquisición de la misma, pidiendo en su escrito el otorgamiento a los demandantes por la entidad demandada de las escrituras públicas de venta de las tierras que llevan en arrendamiento. Consignada por los demandantes la suma de un millón ciento noventa y cinco mil pesetas, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, con fecha de 20 de febrero de 1947, haber lugar a la demanda de retracto por la cantidad consignada, fallo que, recurrido en apelación por la Sociedad demandada, revocó la sentencia de la Audiencia de Sevilla. Los demandantes dedujeron contra dicha sentencia recurso de revisión, fundados en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Causa tercera de la norma séptima de la disposición tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, consistente en la infracción del espíritu informativo del art. 16 de la Ley de 15 de marzo 1935.

Segundo. Comprendido en las causas primera y cuarta de la norma séptima de la disposición tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1940 e infracción de los artículos 1.274 y 1.276 del Código civil.

Tercero. Comprendido en la causa tercera de la séptima disposición transitoria tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1940, por infracción de los artículos 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935 y 1.445, 1.447, 1.448, 1.516 y 1.525 del Código civil.

Cuarto. Y subsidiariamente comprendido en la causa tercera de la norma séptima de la disposición transitoria tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1940, con infracción de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que para el recto entendimiento y aplicación de las normas precitadas hay que encuadrar el tema en el preciso marco de los hechos indiscutibles que lo delimiten tal y como ha sido planteada la acción de retracto, y a tal efecto considerar: a) que dicha acción reactual ha sido dirigida por los actores y hoy recurrentes sólo y exclusivamente contra la persona jurídica "Agropecuaria del Guadalquivir, S. A.", como adquirente de la finca rústica objeto del retracto; b) que ni esta Sociedad como tal adquirente ni la "R. Seca y Compañía, S. A.", como vendedora o transmitente, han cumplido las obligaciones notificadoras que respectivamente las impone el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos de 1935; c) que utilizando los recurrentes, en razón de la omisión antes dicha el plazo para el ejercicio de su derecho a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad el de la escritura pública de compraventa de 27 de noviembre de 1945, de su contenido parten para el ejercicio de su acción; d) que en la referida escritura, por la que se constituyó la mencionada Sociedad Anónima "Agropecuaria del Guadalquivir" consta como capital social, que se desembolsa totalmente en el momento de su constitución, el de 4.750.000 pesetas, del cual la Compañía Española de Inmuebles, S. A., aporta *doscientas cincuenta mil pesetas en metálico* y recibe en cambio las acciones números 4.501 a 4.750, ó sea el importe de su valor nominal, y R. Seca y Compañía, S. L., aporta la finca objeto de la litis, transfiriendo a la nueva Sociedad el pleno dominio de la misma con todos los derechos, usos y servicios inherentes a ella, valorándola de común acuerdo en 4.500.000 pesetas y recibiendo en cambio las acciones números 1 a 4.500.

Tercero. Que a la vista de los hechos transcritos, cuya realidad y exactitud hay que reconocer y mantener, como asimismo los reconoce la parte recurrente, siquiera pretenda oponerlos otros en el motivo segundo del recurso que, aunque se estimen como ciertos, no enervan su eficacia ni engendran la notoria injusticia por manifiesto error en la apreciación de la prueba a que se refiere la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera A) de la Ley de 28 de junio de 1943, surge por modo evidente que del propio título que sirve de base a la demanda y que ésta utiliza para el ejercicio de su acción de retracto aparece como precio de la finca cuestionada en el de 4.500.000 pesetas, valor asignado a la misma por común acuerdo de las partes, y que éstas esti-

maron como efectivo el nominal de mil pesetas cada acción, como lo demuestra el hecho no impugnado de que por doscientas cincuenta de estas acciones se aportaron 250.000 pesetas en metálico; luego si el precio de la transmisión onerosa de la finca a retraer resulta perfectamente determinado en la propia escritura pública de compraventa y esto es lo que se utiliza como medio de conocimiento de la transmisión por la nota de publicidad que le confiere su inscripción en el Registro de la Propiedad, es notorio que dicho precio de 4.500.000 pesetas es el que debieron consignar los retrayentes para utilizar con éxito su acción, ya que no pueden alegar válidamente su desconocimiento, y al no haberlo hecho así conforme a la exigencia de los artículos 1.518 del Código civil y 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyo número segundo en su último extremo de esta ley procesal no aparece utilizado ni en realidad es aplicable al supuesto contrario, la desestimación de la demanda por el fallo recurrido resulta ajustada a los preceptos legales citados y doctrina de esta Sala contenida, entre otros muchos, en sentencias de 10 de diciembre de 1940, 25 de mayo de 1943 y 31 de marzo de 1944.

Cuarto. Además de la condición subsidiaria que se formula en el cuarto motivo del recurso pretendiendo se conceda el retracto mediante el pago de 4.500.000 pesetas que se debieron consignar, aparte de que reconoce ser éste el verdadero y efectivo valor de la transmisión, por lo cual cae por su base toda la argumentación referente a la suma muy inferior asignada, significa una incongruencia con respecto a lo pedido en la demanda, a la cual no puede accederse, siendo por lo razonado improcedentes todos los motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 MARZO 1948

Motivos de revisión—manifiesto error en la apreciación de la prueba.

Para actuarlo con eficacia en revisión no basta la mera cita de documentos obrantes en el pleito, sino que de su contenido aparezca de modo evidente la manifiesta equivocación del juzgador al apreciar la prueba y que este error demuestre la injusticia notoria cometida, y siendo necesario puntualizar en qué consiste ésta.

Motivos de revisión—injusticia notoria por infracción de precepto legal.

No pueden ser citados eficazmente en revisión, bajo el amparo de esta causa, preceptos que se refieren a la facultad de los jueces y Tribunales para apreciar la prueba testifical.

Es necesario indicar en qué concepto aparecen infringidos los preceptos legales cuya infracción se estima.

Consignación de rentas.

No cabe aplicar el penúltimo párrafo de la disposición transitoria 3.^a B) de la ley de 28 de junio de 1940 cuando, por no haberse efectuado cierta liquidación, no se sabe si la renta está o no pagada y en qué proporción.

ANTECEDENTES.—El 18 de junio de 1943, D. F. Arbós Grané, como mandatario de su madre, doña M.^a Grané, y D. Jaime Suñol formalizaron un contrato mixto de arrendamiento y aparcería, al que pertenecen las siguientes condiciones: Si antes del plazo señalado para término del contrato quedase éste sin efecto por voluntad del Sr. Arbós (arrendador), se pagará al Sr. Suñol la cantidad de 3.000 pesetas, y, transcurridos sesenta días a partir de la fecha de vencimiento de la renta sin que el pago se haya hecho efectivo, podrá el arrendador quedarse con la cosecha perteneciente al Sr. Suñol, sin más derecho por parte de éste que el percibir la diferencia entre lo adeudado y el valor de la cosecha.

A consecuencia de desavenencias entre las partes contratantes, y por orden del Gobernador civil, al que había recurrido el arrendatario, se dictó un laudo por el prohombre de la Hermandad sindical provincial de labradores y ganaderos, en el cual se determinaba una indemnización al arrendatario como resarcimiento de los daños ocasionados por la conducta del arrendador y se le imponía la rescisión del contrato en el plazo máximo de un mes; dicho laudo no fué aceptado por el arrendador, quien habiendo solicitado, tras algunas dilaciones, un plazo para arreglar definitivamente la cuestión, no lo hizo así.

El 23 de noviembre de 1945, el Sr. Suñol formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10, de Barcelona, exponiendo como hechos los perjuicios sufridos por la conducta del Sr. Arbós (**apropiación de las cosechas, destrozos, etc.**, que ya habían ocasionado tres sumarios), lo antedicho sobre el laudo, y que en el día 1.^º de octubre de 1944 no quiso aceptarle el pago de la renta manifestando que era su voluntad rescindir el contrato, de acuerdo con la condición que en él se contenía, no verificándose ésto, así como tampoco la liquidación entre el valor de los frutos apropiados por el arrendador y la cuantía de la renta. Solicitó que se condenara al demandado a cumplir el contrato, practicar la liquidación antedicha y abono de daños y perjuicios. El demandado contestó negando los hechos aquí aludidos y señalando que el laudo carecía de valor por no cumplir los requisitos legales, y formuló reconvención atribuyendo diversos incumplimientos al demandante.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 23 de abril de 1946 desestimando la reconvención y condenando al demandado a abonar la diferencia que resultase de la liquidación de que venimos hablando y el importe de los daños y perjuicios; apelada por el demandado, fué confirmada por la A. Territorial en sentencia de 12 de marzo de 1947, señalándose que el Letrado del recurrente formuló "in voce" en el acto de la vista que se tenga por desistido al actor, por no haber consignado los plazos de renta correspondientes al período de sustanciación del pleito. El demandado interpuso recurso de revisión, y, después de señalar diversas infracciones de procedimiento, en su opinión cometidas, lo funda en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción por **inaplicación del penúltimo párrafo de la disposición transitoria 3.^a B) de la ley de 28 de junio de 1940**, puesto que la sentencia recurrida estima que se efectuó el pago de la renta por el hecho de haberse apropiado el arrendador de la cosecha, pero aun cuando esto fuera así, habría que cumplir el precepto aludido y estar a lo que decidiera el juzgador.

Segundo. Fundado en idéntica causa. Se citan como infringidos los artículos 1.820 del C. c. y 790, 792, 793 y 794 L. E. C., pues la sentencia recurrida se funda en un laudo que nunca tuvo valor alguno.

Tercero. Igual que los anteriores. Se citan como infringidos los artículos 1.248 del C. c. y 659 L. E. C., por basarse la sentencia recurrida en declaraciones de testigos del actor que no ofrecían garantías suficientes de exactitud; y

Cuarto. Injusticia notoria por evidente error en la apreciación de la prueba referente a diversos extremos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para actuar con eficacia en revisión la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria 3.^a A) de la Ley de 28 de julio de 1940 que se utiliza en el cuarto motivo del recurso no basta la mera cita de documentos obrantes en el pleito, sino que de su contenido aparezca de modo evidente la manifiesta equivocación del juzgador al apreciar la prueba y que este error, independientemente de los demás elementos probatorios del pleito, demuestre la injusticia notoria cometida. Los elementos documentales que utiliza el recurrente en este motivo se limitan a entresacar del laudo obrante el folio 98 de los autos de instancia el pasaje que dice “No obstante que tampoco por parte de éste—se refiere al arrendatario—se ha comportado debidamente en el cultivo de la finca”, documento que el propio recurrente impugno en el debate como inexistente en lo que a él se refiere, y la cita de los documentos obrantes a los folios 25 al 29, inclusive, de los propios autos referentes a jornales hechos en la finca Mas Bestit y a labores de arrancamiento de cepas en dicha heredad, débiles elementos por sí, dada su inconcreción, para enervar y anular la copiosa prueba practicada y que fué apreciada en conjunto, por lo cual y porque no se puntualiza en qué consiste la notoria injusticia que esta causa requiere para su eficacia en revisión hace inestimable el motivo examinado.

Segundo. Que con amparo en la causa tercera de la disposición transitoria citada se articula el tercer motivo del recurso y pues se dan como infringidos los artículos 1.248 del Código civil en su relación con el 659 de la Ley procesal civil, preceptos que hacen referencia a la facultad de los jueces y Tribunales para apreciar la prueba testifical, es visto que con tal fundamento resulta ineficaz e inoperante en revisión.

Tercero. Que tampoco el segundo motivo puede prosperar, porque plantea como tema la infracción por inaplicación de unos preceptos legales como el artículo 1.820 del Código civil y 790, 792, 793 y 794 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuyo contenido no se dice en qué concepto aparece infringido, limitándose el recurrente a impugnar la existencia legal del laudo de los folios 98 y 99 de los autos, dictado por la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos, de 10 de marzo de 1945, en lo que a él respecta, por no haberle dado su aprobación y a sentar la afirmación errónea de que tanto la sentencia en primera instancia como la recurrida se basan esencialmente, para estimar la demanda y desestimar la reconvención de los estimadores de dicho laudo, cuando lo cierto es que lo principalmente tenido en cuenta por la Sala sentenciadora fué el contrato mixto de arrendamiento y aparcería de 18 de junio de 1943, cuyas

cláusulas examinó en conjunción con el resultado de toda la prueba practicada apreciada en su conjunto y detalle, y entre ella, claro es, como uno de sus elementos documentales, el mencionado laudo, que en modo alguno constituye la razón única del fallo como equivocadamente se afirma en este motivo.

Cuarto. Por último, que la cuestión planteada en el primer motivo de revisión se halla tan íntimamente relacionada con lo que constituye el fondo nervio del pleito, que excluye por completo, en este caso, la aplicación al mismo del precepto que erróneamente se supone infringido por su no aplicación del párrafo penúltimo del apartado B) de la tercera disposición de la Ley de 28 de junio de 1940, relativo a la obligación del arrendatario de consignar los plazos de las rentas contractuales que vengan durante la sustanciación del pleito bajo pena de tenerlo por desistido de la reclamación o del recurso, porque debiendo respetarse la libertad de las partes para contratar siempre sus pactos no sean opuestos a la Ley en general ó a la especial de la materia basta examinar lo establecido en el contrato de que antes se hizo mención de 18 de junio de 1943 en cuya cláusula cuarta y apartado f) se establece "Que transcurridos sesenta días a partir de la fecha del vencimiento sin que el pago se haya hecho efectivo podrá el Sr. Arbós quedarse con la cosecha de algarrobas, viña, huerto y demás frutos y hortalizas propias del Sr. Suñol y sin derecho por parte de éste a reclamación ni abono de ninguna clase, salvo en el caso de que el valor de dichas cosechas excediere del valor de lo adeudado por el Sr. Suñol, en cuyo caso el Sr. Arbós pagará al Sr. Suñol la diferencia", para comprender que declarado probado, como así lo estímó el fallo recurrido, y declarado que la demandada señora Grané se ha incautado de las cosechas y pedido en la demanda el cumplimiento del repetido contrato, uno de los extremos a cumplir resulta el consignado en la cláusula copiada, y hasta tanto que no se determine el valor de las cosechas incautadas por la demandada no puede saberse si la renta está o no pagada y en qué proporción, y no cabe aplicar el precepto invocado en este motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

RUBIO, Rafael: *La misión y la función del juez.*

GUASP, Jaime: *Los límites temporales de la cosa juzgada.*

COSSÍO Y CORRAL, Afonso de: *El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.*

ORTEGA PARDO, Gregorio: *Cuasi-contratos atípicos.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SERRANO SERRANO, Ignacio: *Comentario al Decreto de 12 de diciembre de 1947 del Ministerio de Asuntos Exteriores, creando el Protectorado de los establecimientos benéficos españoles en el extranjero.*

CHACÓN SECOS, Manuel: *Notas sobre el denominado derecho de retracto reconocido en el artículo 19 de la Ley de Presupuestos de 27 de diciembre de 1947 y la Orden de 25 de febrero de 1948.*

3. VIDA JURÍDICA

CASTRO Y BRAVO, Federico de: *¿La Ciencia libre del Derecho es fuente primaria del Derecho?*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.